

**Leonardo Medeiros Régner**

**A PERSONIFICAÇÃO E A NACIONALIDADE  
DAS SOCIEDADES COMERCIAIS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Comercial

**ORIENTADOR** Professor Titular Doutor  
Alfredo de Assis Gonçalves Neto

**Curitiba  
2000**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO - SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO - DIREITO COMERCIAL**

**A PERSONIFICAÇÃO E A NACIONALIDADE**  
**DAS SOCIEDADES COMERCIAIS**

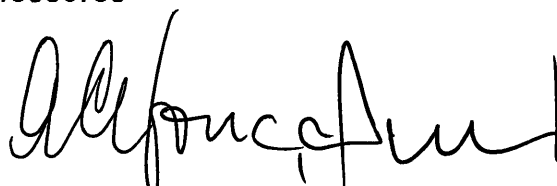
Leonardo Medeiros Régner

Curitiba  
2000

Leonardo Medeiros Régner

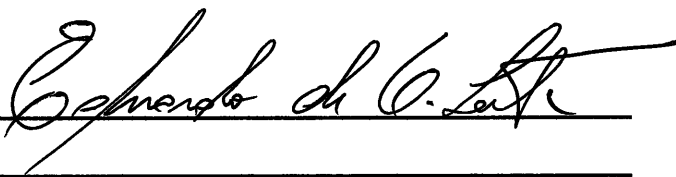
**A PERSONIFICAÇÃO E A NACIONALIDADE  
DAS SOCIEDADES COMERCIAIS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores



Orientador / Presidente Prof. Doutor Alfredo de Assis Gonçalves Neto  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro



---

---

Membro

---

---

Curitiba, agosto de 2000

*Aos meus filhos, Iago e Bernardo, pela pureza e  
ternura que transmitem*

*“Cette actualité d’une recherche sur la nationalité des sociétés ne tient pas seulement au fait que les controverses doctrinales ne sont point closes, et que les solutions du droit positif, de sources internes comme internationales demeurent variables et différentes, plus spécifiquement peut-être, elle se nourrit en effet de l’évolution de la structure et de l’activité des grands acteurs du jeu économique. Cette évolution, un mot peut la caractériser c’est la transnationalisation des sociétés, qui ne voient pas leur rôle globalement affecté par l’accroissement du nombre des entreprises relevant directement des Etats, du fait de prises de participations majoritaires ou de nationalisations*

Berthold Goldman,  
Prefaciando a obra *La Nationalité des Sociétés*, de  
Laurent Levy

## **SUMÁRIO**

<b>Resumo</b>	<b>VII</b>
<b>Summary</b>	<b>VIII</b>
<b>Resumé</b>	<b>IX</b>
<b>Introdução à matéria</b>	<b>10</b>
<b>A personificação das sociedades comerciais</b>	<b>25</b>
<b>A nacionalidade das sociedades comerciais</b>	<b>57</b>
<b>O posicionamento da doutrina quanto à nacionalidade</b>	<b>105</b>
<b>As empresas multinacionais, binacionais, plurinacionais, apátridas, e os grupos de sociedades</b>	<b>158</b>
<b>Comentários sobre o Direito Positivo brasileiro</b>	<b>221</b>
<b>Outros dispositivos legais, Tratados e Convenções que versam sobre nacionalidade</b>	<b>235</b>
<b>Epílogo – A nacionalidade das sociedades frente às novas tecnologias</b>	<b>251</b>
<b>Conclusões</b>	<b>254</b>
<b>Anexo 1 – Textos legais</b>	<b>258</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>308</b>
<b>Legislação de consulta</b>	<b>317</b>
<b>Índice sistemático</b>	<b>318</b>

## **RESUMO**

O presente estudo objetiva explorar um assunto pouco explorado atualmente, que é a nacionalidade das sociedades comerciais

Ligada a esse tema central, está a questão da personificação das sociedades comerciais, ou seja, a definição do momento em que ela surge no mundo jurídico. Principalmente no Brasil a doutrina está muito dividida nesse sentido, com duas correntes bem claras: uma entende que a personificação se dá com o contrato de sociedade, outra, entende que é necessário um ato formal, no caso o registro no órgão de comércio. Sobre esse assunto há um estudo comparado

Especificamente sobre a nacionalidade das sociedades comerciais (tema que depende do anterior) são abordadas as teorias que admitem e as que negam o atributo da nacionalidade, assim como os critérios e as consequências da sua aquisição, e a mudança de nacionalidade

Assunto também tratado, e para o qual reservamos capítulo em separado, diz respeito às empresas Binacionais, multinacionais, apátridas e os grupos de sociedades

Fizemos, também, um relato sobre grande parte da doutrina brasileira e estrangeira que tratam do tema

No mais, acompanha o estudo um anexo legislativo, no qual transcrevemos parte dos dispositivos legais relacionados com a nacionalidade das sociedades comerciais

## **SUMMARY**

This paper aims to explore a subject that has not been well treated yet, which is the companies's nationality

Connected to this central theme is the subject of the personification of the companies, in other words, the definition of the moment in which it appears in the legal world. Mainly in Brazil the doctrine is very divided in that sense, with two very clear currents: one understands that the personification is reached by the social contract, the other one sustains that it is necessary a formal act, in this case, the registration at the trade government department. On that subject there is a compared study

Specifically about the nationality of the companies (subject that is closely connected with the other one) the approach goes around theories that admit and others that deny the attribute of the nationality, as well as the criteria and the consequences of its acquisition, and the nationality change

We also drew attention to the bi-national and multinationals companies, stateless persons and the groups of companies, for what it has been reserved a separate chapter

Also, We did a report on great part of the Brazilian and foreign doctrine that deals with the central matter

In addition, it has yet been included the study of the legislative enclosure, in which we transcribed part of the Brazilian legal devices related with the nationality of companies

## **RÉSUMÉ**

Ce travail a l'intention d'explorer un sujet qui, dans les dernières années, n'a pas été bien exploité, c'est la nationalité des sociétés commerciales

Lié à ce thème central c'est le sujet de la personification des sociétés commerciales, en d'autres termes, la définition du moment où elle paraît dans le monde juridique. Principalement au Brésil la doctrine est très divisée dans ce sens, avec deux courants très claires. Une courante comprend que la personification est née avec le contrat de société, l'autre, par contre, comprend qu'il est nécessaire un acte cérémonieux - dans le cas, l'inscription dans l'organe du commerce. Sur ce sujet il y a une étude comparée.

Spécifiquement au sujet de la nationalité des sociétés commerciales (thème qui dépend de l'antérieur) se sont approchés les théories qui admettent et ceux qui nient l'attribut de la nationalité, aussi bien que les critères et les conséquences de l'acquisition, et le changement de la nationalité.

Un autre sujet que nous avons traité - et pour lequel nous avons réservé un chapitre séparé - concerne aux compagnies binationales, les multinationales, compagnies apatride, et les groupes de sociétés.

Nous avons fait, aussi, un rapport sur une grande partie de la doctrine brésilienne et étrangère qui traite de la matière.

Par ailleurs, l'étude est accompagnée d'une clôture législative, où nous avons copié une partie des appareils légaux brésiliens relatifs à la nationalité des sociétés commerciales.

## CAPÍTULO I

### INTRODUÇÃO À MATÉRIA

- Justificativa • Identificação do problema •
- Localização doutrinária e Taxionomia • Noção
- histórica •

#### **1.1. Justificativa.**

De logo seria natural uma primeira indagação em torno do porque escrever sobre a personificação e nacionalidade das sociedades comerciais. Podendo ser comum a resposta, instigantes são as justificativas (mesmo as de ordem doutrinária) que levaram à conclusão da conveniência do estudo.

Antes de responder a questão, todavia, é prudente uma explicação inicial para a linha de pesquisa adotada, a personificação da sociedade comercial está intimamente ligada à sua nacionalidade, sendo esta uma consequência daquela. Daí que, falando da importância do tema nacionalidade, alcançaremos, via de consequência, também a personificação das sociedades.

Pois bem, de fato a melhor doutrina vem tratando da matéria há muito tempo, mas raros os autores que chegaram perto de esgotá-la. Sem entrar, agora, no mérito das abordagens – pois reservamos capítulo a isso – o que existe, na imensa maioria, são incursões acerca da nacionalidade das pessoas jurídicas em tratados, cursos ou teses, tanto ligadas ao Direito Civil, como ao Direito Comercial ou Direito Internacional Privado (essa a razão, inclusive, da dificuldade de selecionar, agrupar, e organizar material de pesquisa satisfatório)

Assim, em primeira análise, a escassez de literatura especificamente direcionada ao problema da nacionalidade das pessoas jurídicas é que nos induziu ao estudo do assunto. Motivo, pois, de foro acadêmico

Já em segunda análise, a razão decorre da imperiosa necessidade de se abordar o tema em face dos enormes avanços nas relações comerciais, havidos por conta, principalmente, da revolução tecnológica do final do Século XX – que acarreta uma “ocupação” dos mercados disponíveis por empresas das mais variadas origens, em face criação de blocos econômicos regionais, e em face da globalização da economia mundial. Esta última dada em segmentos tais que, por certo, hão de reclamar um posicionamento jurídico satisfatório, seja da doutrina, seja da legislação, ou mesmo da jurisprudência

Cumpre-nos dizer, então, seguindo os ensinamentos do Professor JOAQUÍN HERRERA FLORES<sup>1</sup>, que a globalização, não obstante seja a legitimação de instituições já existentes sob nova ótica, alterando portanto a

---

<sup>1</sup> Joaquín Herrera Flores é Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Sevilha, na Espanha. Proferiu, na cidade de Curitiba, uma série de três seminários no

realidade social, não pode ser vista como um *ponto de chegada*, mas sim como um *ponto de partida*, posto não ser a globalização o fim-em-si, mas o meio para se alcançar um fim

Já a formação de blocos econômicos, não só traz reflexos para as sociedades comerciais, como, de resto, para todo o Direito Comercial (a exemplo da proteção ao consumidor, e, mais ainda, dos contratos mercantis)

Com efeito, as sociedades são atingidas - e também o Direito Societário, como doutrina - à medida que cresce a interferência de empresas estrangeiras no mercado nacional de um determinado país, uma vez que, com elas, afloram também seus usos e costumes, muitas vezes desconhecidos ou não utilizados fora do país de origem. E o Direito Comercial, portanto, conseqüentemente, o Direito Societário, e também o Internacional, têm fortes características consuetudinárias

Esse processo obriga não só as empresas (sociedades) nacionais a se adaptarem, mas também reclama uma atuação do Estado, no sentido de, por um lado, adequar sua legislação, e, por outro, dar condições à empresa estrangeira de se instalar e bem funcionar. É o caso do Brasil, que em época recente modificou o conceito de empresa nacional, tendo para isso que alterar, inclusive, preceito de ordem constitucional

A infra-estrutura, principalmente de transportes e de telecomunicações hoje existente, aliada às facilidades, *v g*, da rede Internet de comunicação global (que são decorrência do mundo globalizado) vêm fomentar ainda mais a atividade comercial, forçando, além de adaptações nas empresas,

a busca de parcerias através de franquias ou *joint ventures*, ou mesmo através de mecanismos de reorganização societária, como fusão, cisão ou incorporação, sem falar nas crescentes participações estrangeiras verificadas sobretudo nas privatizações

Analisando, contudo, por outra ótica – ainda o Brasil como exemplo – veremos que o Tratado assinado com a Argentina instituindo o Estatuto da Empresa Binacional (legislação que dá condições para formação de sociedades supranacionais) decorre exatamente de uma necessidade verificada a partir do funcionamento um pouco mais efetivo do Mercosul. É dizer, primeiro existiu o Mercosul – bloco econômico que reúne países sul-americanos – depois, verificada a necessidade emergente, surgiu o Estatuto que possibilita a formação de empresas binacionais

E assim ocorre também fora de nossas fronteiras, de onde se retira, por exemplo, o modelo reservado aos países da Europa Comunitária, que formulam bases para a criação de uma *Sociedade Anônima Européia*

Ademais, é de se destacar também a existência e a franca atividade de um enorme número de empresas multinacionais, tanto no Brasil como no exterior. E a só existência dessas empresas já reclama do Direito interno e internacional uma atuação mais contundente, como, por exemplo, proporcionar uma estrutura normativa que atenda às necessidades da empresa (como tomadora) e do Estado (como regulador). Sobre o assunto, essa a conclusão do *Instituto para la Integración de América Latina* (INTAL), e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)

*No extraña, entonces, que, desde el momento mismo en que se acepta la idea de la integración regional en América Latina, comience*

*a manifestarse la preocupación por facilitar el surgimiento de empresas de 'dimensión latinoamericana' Esta preocupación se acentúa al comprobarse otro hecho que caracteriza la actual actividad económica internacional la presencia dominante en los mercados mundiales de la llamada corporación internacional, empresa transnacional, o empresa multinacional* <sup>2</sup>

Portanto, diante desses argumentos trazidos em segunda análise, aliados àquele trazido em primeira – escassez de literatura específica sobre o tema da nacionalidade das sociedades comerciais – é que surgiu o interesse de ensaiar uma compilação doutrinária, legislativa e jurisprudencial do assunto

## **1.2. Identificação do Problema.**

Várias são as questões que podem surgir quando pensamos sobre a personificação das sociedades comerciais e sua nacionalidade. Como dissemos antes, nosso entendimento é de que a nacionalidade das sociedades comerciais está diretamente ligada a personificação, e em primeira cognição podemos inclusive dizer que aquela depende desta

---

<sup>2</sup> ALEGRÍA, Héctor, PEÑA, Felix (orgs ) *El Régimen de las Sociedades Anónimas en los Países de la ALALC* Buenos Aires Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) e Banco Interamericano de Desarrollo, 1971, p 6

Assim, a primeira questão a ser considerada é a do momento do surgimento (nascimento) da pessoa jurídica de direito privado comercial. Significativa parcela da doutrina sustenta que a pessoa jurídica comercial surge para o Direito no momento da confluência de interesses de duas ou mais pessoas traduzida em um contrato de sociedade<sup>3</sup>, outra, ao lado da qual nos colocamos, entende depender o nascimento da pessoa jurídica de um ato formal, no caso o registro no órgão de comércio.

Muito embora possa parecer questão secundária, cujo objetivo não é outro senão a polêmica, a consequência prática da correta determinação do momento em que surge a pessoa jurídica é de fundamental importância, visto que está diretamente ligada à subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.

Veja-se que pela primeira corrente é indispensável o exaurimento do patrimônio social antes da responsabilização dos sócios, ou seja, antes de se atingir o patrimônio destes, uma vez que, como pessoa jurídica, deve ser atendido o princípio da subsidiariedade para os casos de responsabilização. Já pelo posicionamento da segunda corrente, que entende despersonalizada a sociedade sem registro, os sócios poderiam ser responsabilizados diretamente pelas obrigações sociais, mesmo que a sociedade possuísse em seu patrimônio suficientes bens para solver suas obrigações<sup>4</sup>.

Um segundo problema é o que diz especificamente quanto à nacionalidade. Não se discute mais se um indivíduo, pessoa física, natural, é passível de ser *nacional* de um Estado, ou não. Também é consenso

---

<sup>3</sup> Autores como Fábio Ulhoa Coelho, Eunápio Borges, W. Bulgarelli, entre outros.

<sup>4</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 6 ed. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 103.

que a nacionalidade é um vínculo existente entre esse Estado e aquele indivíduo. Mas, podemos estender essas afirmações às pessoas jurídicas? Atualmente grande parte da doutrina pacificou entendimento no sentido de estarem as pessoas jurídicas sujeitas a um Estado, e, portanto, contarem com o atributo da nacionalidade. Mas isso considerando a existência de uma pessoa jurídica. Assim, outro problema daí decorre: como ficam as sociedades não personificadas? Também estão vinculadas a um Estado? E de que espécie é esse vínculo: é político ou é jurídico, ou ambos? Não nos parece questão resolvida.

Por outro lado, e considerando ser possível a nacionalidade das pessoas jurídicas, quais os critérios para determinar se uma sociedade é nacional do país "A" ou do país "B"? Pode uma sociedade ser nacional de ambos (binacional ou plurinacional) ou de nenhum (apátrida, portanto)?

Se existe um *quase consenso* no que tange a nacionalidade das sociedades comerciais, não existe quanto aos critérios a serem adotados para definir essa nacionalidade. Num universo em torno de dez critérios, autores defendem uns ou outros, e Estados adotam uns ou outros em suas legislações. Há, também, casos em que são adotados dois ou mais, cumulativamente, e há casos em que são adotados diferentes critérios para cada situação apresentada.

Uma boa dimensão do problema é dado por OSCAR TENÓRIO, parafraseando com FERRARA: "*A fragmentariedade dos textos legais, uns de direito interno, outros de direito internacional, torna difícil, de qualquer modo, o problema do critério da nacionalidade das pessoas jurídicas*"<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> FERRARA *Le Persone Giuridiche*, nº 59, p. 167. **apud** TENÓRIO, Oscar *Direito Internacional Privado* 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 268.

Na prática disso decorrem querelas de solução nunca fácil, por vezes levadas aos poderes judiciários dos países envolvidos ou até à cortes internacionais, como a Corte Internacional de Justiça de Haia, por exemplo, para cuja jurisprudência pretendemos reservar, futuramente, um anexo especial dentro deste estudo

Diante dessas questões, não há dúvida de que temos pela frente o estudo de um tema polêmico e inesgotado cientificamente Quanto às pretensões, não temos a de resolvê-lo, mas sim, e apenas, a de compilá-lo, tornando menos árdua a tarefa de compreensão do assunto É, pois, o que tentaremos fazer a partir do Capítulo Segundo

### ***1.3. Localização Doutrinária - Taxionomia.***

Deixando de lado os problemas de mérito e de essência apontados acima e que envolvem diretamente a matéria, de início nos deparamos com outro problema, agora de cunho didático e estrutural, já que envolve a localização do assunto dentro do estudo do Direito

Quando falamos em nacionalidade das pessoas jurídicas de direito comercial, algumas conclusões não escapam ao raciocínio proposto a) trata-se de matéria de Direito Internacional Privado, vez que aborda questões supranacionais, afetas a um ordenamento jurídico supranacional ou a ordenamentos jurídicos de mais de um país, b) trata-se de matéria de Direito

Civil, pois estuda um instituto sabidamente civilista, e de há muito assim considerado, que é a pessoa jurídica, c) trata-se de Direito Comercial, se não por outros motivos, simplesmente porque diz com as pessoas jurídicas das sociedades comerciais, e não com as sociedades civis, associações, fundações ou entidades públicas

Falando sobre os pressupostos mais aconselháveis para a obtenção de nacionalidade pelas pessoas jurídicas, PONTES DE MIRANDA afirma que o conjunto deles não interessa ao Direito Internacional Privado “*como se tem pretendido*”, mas sim ao direito interno, pois “*é matéria de nacionalidade e, portanto, de direito substancial O direito internacional privado da pessoa jurídica é outra questão*”, complementa<sup>6</sup>

Por fim, há também quem restrinja a nacionalidade ao âmbito do Direito Público, mais precisamente ao do Direito Constitucional, a exemplo de ADAUCTO FERNANDES, que afirma

*As condições relativas à determinação da **nacionalidade** até bem pouco tempo eram passíveis de controvérsia Discutia-se [ ], que a matéria pertence ao campo do **Direito Privado**, tal qual determina o CÓD CIVIL PORTUGUÊS, art 18 [ ] Modernamente não há mais nenhuma dúvida quanto à natureza jurídica desse **instituto** [ ] A **nacionalidade** é admitida como **Instituto Político** de Direito Público **Constitucional**, [ ]<sup>7</sup>*

---

<sup>6</sup> MIRANDA, Pontes de *Tratado de Direito Privado* tomo 49 2 ed , Rio de Janeiro Borsoi, 1965, p 49

<sup>7</sup> FERNANDES, Adauto de Alencar *Curso de Direito Internacional Privado* Rio de Janeiro Cia Editora Americana, 1971, p 220

Tal posição pode ser considerada como semelhante àquela de PONTES DE MIRANDA e a de HENRI BATTIFOL<sup>8</sup>, desde que, claro, refira-se apenas aos “pressupostos” para a obtenção de nacionalidade. Nesse sentido conclui seu raciocínio dizendo que se não existe, no Direito Internacional Privado, nenhuma norma sobre as leis de nacionalidade. Os conflitos daí decorrentes, de cunho meramente políticos, vêm “*inflexir no domínio do Direito Constitucional, onde guarda seu instituto jurídico*”

Embora posicione-se dessa forma (ademais, criticando o Código Bustamante), ADAUCTO FERNANDES acaba admitindo que o instituto da nacionalidade está intimamente ligado ao Direito Internacional Privado, ao dizer “*Embora instituto de Direito Constitucional, a noção de nacionalidade se projeta com uma moderna concepção no âmbito do Direito Internacional Privado*”<sup>9</sup>

Ainda que esse autor, insigne sem dúvida, refira-se unicamente à nacionalidade das pessoas físicas (o que não está bem claro, pois ora refere-se a essa espécie de pessoa, ora às pessoas jurídicas ou morais) somos levados a discordar, apenas aceitando sua posição como tese ou teoria, mas não como doutrina consolidada, tal como pretende

---

<sup>8</sup> BATTIFOL, Henri *Droit International Privé* 4 ed Paris LGDJ, 1967, p 68. Em passagem na sua obra Henri Batiffol lembra que boa parte dos autores consideram que a nacionalidade estabelece um vínculo entre as pessoas e o Estado, e assim classificam o fenômeno como a pertencer ao Direito Público. Lembra, igualmente, julgado do tribunal pleno da *Cour de Cassation* francesa ocorrido em 2 de fevereiro de 1921, no qual a Corte diz serem as regras relativas a aquisição e a perda de nacionalidade relevantes ao Direito Público. Todavia complementa o autor da seguinte forma “*l'affirmation paraît reposer principalement sur la notion répandue que la nationalité intéresse directement l'Etat, et que sa réglementation est impérative*”. No mais, quanto ao caráter de direito interno ou internacional, Batiffol sentencia “*la nationalité intéresse directement l'ordre international, bien qu'elle soit substantiellement organisée par la législation interne*” (p 71)

<sup>9</sup> FERNANDES, Aducto, *op cit*, p 226

Preferimos ficar com a idéia de que a nacionalidade, em sentido amplo, é um instituto do Direito Internacional, e a nacionalidade das sociedades comerciais acaba por ser um instituto do Direito Comercial Internacional, portanto, ligado ao ramo do Direito Privado

#### **1.4. Noção Histórica.**

A questão da nacionalidade das sociedades comerciais pode remontar ao momento em que surgiram – não no mundo jurídico, mas sim no cotidiano – as sociedades entre comerciantes, e isso, segundo JEAN HILAIRE, deu-se a aproximadamente mil anos atrás *“les sociétés ont été un instrument capital de la révolution commerciale dès le XI<sup>e</sup> siècle”*<sup>10</sup>

A existência desse ente, denominado comerciante coletivo, afastadas as teorias que em momentos da História negaram-lhe personalidade, tornou-se inquestionável quando na Idade Média o comércio sofreu grande transformação, facilitado pelas Cruzadas religiosas, pelo deslocamento das pessoas as cidades (já que se tornaram o centro dos negócios), pela realização de feiras, e pelo aparecimento de organizações de comerciantes e mercadores, tal como as corporações e as guildas<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> HILAIRE, Jean *Introduction Historique au Droit Commercial* Paris P U F , 1986, p 167

<sup>11</sup> Mesmo antes disso, e sem considerar as sociedades existentes na era antiga, já se podia identificar um número razoável de sociedades com grande poder, cf HILAIRE, Jean, **op cit**, p 165, quando lembrou *“certaines maisons de commerce italiennes du XIV<sup>e</sup>*

Em obra clássica da literatura jurídica, ao abordar o surgimento das sociedades, JOHN GILISSEN<sup>12</sup> assevera que elas “*só têm um papel importante na vida econômica desde há alguns séculos, e sobretudo desde meados do século XIX*”, mas reconhece, por outro lado, que o contrato de sociedade não era desconhecido na Babilônia, na Grécia antiga e em Roma, “*mas a sociedade romana é uma associação mais ou menos momentânea de pessoas, mais do que uma empresa comercial*”, não tendo personalidade moral, conclui

Seguindo com seu raciocínio, GILISSEN ensina que

*Na Idade Média, como nas civilizações arcaicas, as comunidades têm um papel considerável na vida social [ ] A vida política e econômica da Baixa Idade Média é baseada em numerosos corpos (**corpora**) intermediários, tais como estados, ordens, abadias, guildas, etc que gozam muitas vezes, graças à concessão de um privilégio, dum estatuto próprio e de uma personalidade moral [ ] É nesse panorama favorável ao desenvolvimento das comunidades que aparecem as primeiras formas de sociedades comerciais [ ]*<sup>13</sup>

Há todavia quem não enxergue o fato evolutivo dessa forma, RODRIGO OCTAVIO, por exemplo – é verdade que se referindo mais diretamente à América Latina – escreveu que

*Pelas contingências do tempo, naturais e sociais, cada qual vivia em sua terra, a viagem era um acontecimento, o estabelecimento em*

---

*siècle ou les compagnies de colonisation du XVII<sup>e</sup> siècle, qui constituaient ‘pour leur temps’ de très grosses et puissantes sociétés”*

<sup>12</sup> GILISSEN, John *Introdução Histórica ao Direito* Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros Lisboa Calouste Gulbenkian, 1995, p. 772

<sup>13</sup> *Idem*, p. 773

*terra estranha era uma cousa [sic] anormal Foi preciso, pois, que as condições sociais mudassem, que as facilidades de comunicação se estabelecessem, que se descobrisse o vapor, que se descobrisse o telégrafo, que se descobrisse o transporte mecânico em seus diversos aspectos, que se descobrisse o vasto campo propício para a atividade humana que é a ferecíssima e despovoada América Latina, [ ]<sup>14</sup>*

Malgrado a colocação acima transcrita, se hoje o comércio internacional representa parte importante da economia, o mesmo pode-se dizer quanto àquela época, principalmente na Europa, isto porque dificilmente uma região ou país produzia ou dispunha de todos os bens de consumo de que necessitava, e os comerciantes, através das “rotas comerciais”, atravessavam o continente levando riquezas, para se reunir em feiras

Nesse sentido MARIO RIVAROLA, ao sentenciar que o comércio internacional é um fenômeno econômico e desde os tempos remotos tem se desenvolvido fora dos países de domicílio ou nacionalidade dos comerciantes<sup>15</sup>

É bem verdade que utilizavam as rotas, de início, como comerciantes individuais, mas ao final da Idade Média, com a utilização mais frequente das sociedades comerciais, passaram a fazer em nome destas, por agentes ou representantes

---

<sup>14</sup> OCTÁVIO, Rodrigo *Direito Internacional Privado* Parte Geral Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1942, p 97

<sup>15</sup> RIVAROLA, Mario *Tratado de Derecho Comercial Argentino* Sujetos del Derecho Comercial, tomo II Buenos Aires Compañia Argentina de Editores, 1938, p 223

Mas foi nas feiras, com suas normas próprias para o comércio, que surgiram as primeiras questões ligadas à nacionalidade dos comerciantes (sejam individuais ou coletivos)

No Brasil a questão da nacionalidade das sociedades comerciais tomou corpo somente com a República, mais ainda depois das primeiras legislações de Direito Internacional Privado, notadamente com a primeira Lei de Introdução ao Código Civil

Não quer dizer, no entanto, que antes a matéria não fosse conhecida ou tratada. Ao contrário, já se abordava aqui a nacionalidade das sociedades, mas o faziam na razão direta das discussões doutrinárias em torno da existência, ou não, da pessoa jurídica – tema borbulhante na segunda metade do Século XIX

Da mesma forma na Europa, onde embora conhecida, a discussão em torno da nacionalidade das sociedades só ganhou espaço nos tribunais no final do Século XIX e nos primeiros anos do Século XX

Leciona YVON LOUSSOUARN que desde 1870 a jurisprudência francesa admitia que as sociedades fossem submetidas à sua lei nacional, consagrando assim a noção de nacionalidade das sociedades. E a transposição às sociedades de uma noção originalmente concedida aos indivíduos, parecia aos tribunais bastante natural, daí que entre as centenas de decisões que admitiam a nacionalidade das sociedades, raras eram as que continham uma justificativa para o emprego analógico do conceito de nacionalidade. E os tribunais, complementa LOUSSOUARN, tinham a

nacionalidade das sociedades como um axioma, sem a preocupação de saber se a aplicação do termo, da forma como faziam, era ou não abusiva <sup>16</sup>

Algumas decisões, todavia, foram mais além, trazendo uma motivação satisfatória para a adoção do conceito de nacionalidade, tal como a decisão do Tribunal Civil de Nancy, em julgamento realizado em 16 de abril de 1883

*Attendu qu'en droit une société commerciale constitue un être moral distinct de la personnalité des associés, que, par suite, elle a sa nationalité propre de même qu'elle a son patrimoine propre et indépendant du patrimoine personnel de ceux-ci*

A partir daí, tribunais espalhados por toda a França promoveram decisões e firmaram jurisprudência suficientes a fornecer vasto material de crítica aos doutrinadores, que tiveram nas décadas de 1920 a 1940 o auge da polémica e terreno fértil para a evolução doutrinária

---

<sup>16</sup> LOUSSOUARN, Yvon *Les Conflits de Lois en Matière de Sociétés* Paris Recueil Sirey, 1949, p 89

## **CAPÍTULO II**

### **A PERSONIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS**

- A atividade comercial como distinção entre sociedade civil e sociedade comercial
- O registro no Órgão de Comércio e o nascimento da pessoa jurídica
- Conceito de sociedade
- Conceito de pessoa jurídica
- Conceito de empresa

#### ***2.1. A Atividade Comercial como Fator de Distinção entre Sociedade Civil e Sociedade Comercial***

Claro que para chegarmos à conceituação de sociedade comercial (principalmente no âmbito internacional) ou atribuímos critérios - estabelecendo, então, paradigmas - para admitir ou negar o fenômeno da nacionalidade das sociedades comerciais, mister uma abordagem inicial, de cunho acadêmico, distinguindo e, também conceituando, institutos mais comuns no universo jurídico, tanto brasileiro, como internacional

Dentre as questões que mais afetam ao objetivo proposto, figura, a princípio, a diferenciação entre sociedade civil e sociedade comercial. Não propriamente seus conceitos - que mais adiante serão tratados - mas a forma pela qual é feita essa confrontação, que acaba por resultar numa diferença de essência, capaz de distingui-las.

Temos, pois, que o instituto da sociedade não é recente, e, historicamente, pode-se dizer que surgiu da necessidade de unir-se esforços em torno de um objetivo comum (claro que levando em conta abordagem calcada no final da Idade Média, aí em detrimento de conceitos do Direito Romano, por certo menos pragmáticos).

E, assim, desenvolveu-se, tanto a sociedade-em-si, como, e principalmente, sua operacionalização, através de leis que se hoje não são modernas, ao menos foram vanguardistas para sua época, no exterior, e, por consequência, no Brasil.

Enfim, a modernização do instituto da sociedade fez surgir em vários países mecanismos mais e menos acertados para a diferenciação das sociedades civis e comerciais, chegando até, em alguns casos, tomar-se por idênticas as duas formas. Certamente que, partindo do pressuposto (não absoluto, por certo) de que o *Direito* é um fenômeno cultural, é perfeitamente aceitável que existam inúmeras correntes, que adotem essa, ou aquela, diferenciação.

Não obstante a doutrina mais moderna (e ao nosso ver mais acertada) entenda de forma diversa, no Brasil ainda há quem sustente a tese da lucratividade como elemento capaz de diferenciar sociedade civil de comercial. Naturalmente é incompleto esse critério, pois, como bem assenta

BULGARELLI<sup>17</sup> o caráter especulativo não é exclusivo das operações mercantis, existindo em todas as atividades econômicas. Na mesma linha, FABIO ULHOA COELHO, segundo o qual

*[ ] a distinção entre sociedade civil e comercial não reside, como se poderia pensar, no intuito lucrativo. Embora seja da essência de qualquer sociedade comercial a persecução de lucros - inexistente em sociedade comercial com fins filantrópicos ou pios - este é um critério insuficiente para destacá-la da sociedade civil. Isto porque também há sociedades civis com escopo lucrativo tais as sociedades de advogados, as corretoras de imóveis, as cooperativas, etc.*<sup>18</sup>

Desse modo, como ensinamento a ser seguido, vale mais o que considera a atividade social o meio responsável por distinguir o caráter civilista ou comercialista das sociedades.

Por conseguinte, desde que o objeto social seja de cunho civil, *v. g.*, advocacia, a sociedade será considerada civil, e, assim, sujeita as disposições legais pertinentes à espécie. A ressalva fica para as sociedades por ações que, independentemente do seu objeto, no Brasil, serão sempre comerciais.

Finalmente, e ainda com BULGARELLI<sup>19</sup>, podemos afirmar agora que o critério do *lucro* fica em plano secundário, dando-se prioridade aos *meios* pelos quais se obtém esse lucro. Entre os comerciantes o *meio* é a circulação de riquezas, a intermediação pela troca, ou em outras palavras, a compra para revenda, atividades, pois, não atinentes às sociedades

---

<sup>17</sup> BULGARELLI, Waldírio *Direito Comercial* 10 ed São Paulo Atlas, 1993, p 56

<sup>18</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **op cit**, p 98

<sup>19</sup> BULGARELLI, Waldírio, **op cit**, *Direito*, p 56-57

civis Conclui-se daí, que, sem dúvida, o mais acertado é tomar o objeto social como forma de distinção entre as categorias de sociedades

Nesse ponto não é demais recorrer ao modelo francês de diferenciação entre sociedade civil e comercial, certo que, na verdade, em pouco difere do contemplado pelo Direito e doutrina brasileiros. É que sob tal aspecto, segundo o ordenamento jurídico comercial da França, existem duas maneiras de se diferenciar as sociedades: uma pela forma (tal qual ocorre no Brasil, que, como já dito tem nas sociedades anônimas sempre a característica comercial), e, outra, também pelo objeto. Entretanto, em França, as sociedades serão comerciais sempre que utilizarem a forma de sociedades por ações, por quotas de responsabilidade limitada, em nome coletivo, ou em comandita simples<sup>20</sup>

Vejam-se, a respeito, os ensinamentos do Professor PHILIPPE MERLE<sup>21</sup>

*La qualité, civile ou commerciale, d'une société est un élément de son individualisation. Selon l'article L 1 alinéa 1, le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Le premier critère est essentiel - Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions (art L 1 al 2) - Les sociétés qui ne revêtent pas l'une de ces formes peuvent être commerciales par leur objet. Il convient alors de se référer aux articles 632 et 633 du Code de Commerce pour déterminer les activités commerciales (achat pour revendre, location de meubles, entreprise de manufacture, commission, transport, fournitures, agence, bureaux d'affaires,*

---

<sup>20</sup> Também em Portugal, cf art 1º, 2, da Lei das Sociedades Comerciais

<sup>21</sup> Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Nancy, Diretor do *Institut de Droit des Affaires*

*change, banque, courtage, opérations maritimes ) En revanche constituent des activités civiles, l'agriculture, l'exploitation d'un établissement d'éducation, l'exercice d'une activité libérale L'objet va donc seulement permettre de déterminer si telle société en participation ou créée de fait, tel groupement d'intérêt économique doit être qualifié de commercial ou non* <sup>22</sup>

• **Teoria dos Atos de Comércio do Código Francês de 1808**

Quando na Europa enfrentavam-se correntes filosóficas acerca do Direito (de um lado o *historicismo*, próprio dos alemães, que admitia a interpretação do Direito segundo uma leitura de cada época, e, de outro, o *dogmatismo*, seguido em sua maioria pelos franceses, que, por sua vez, buscavam formas de evitar a interpretação pura e simples) surgia na França, por obra de NAPOLEÃO BONAPARTE, uma série de compilações legais, em substituição a leis esparsas, usos e costumes difundidos na sociedade de então

E não se pode contestar a influência dessas codificações francesas do início do Século XIX - tidas então como Napoleônicas - nas legislações (contemporâneas e/ou passadas) de diversos países do mundo Assim foi com Portugal, Bélgica, Holanda, Espanha (e, conseqüentemente com suas colônias na América), e, da mesma forma, com o Brasil, aproximando-o então do modelo francês

Mas, no âmbito do Direito Comercial propriamente, o que de importante deixou NAPOLEÃO como herança, foi o *Code de Commerce*

---

<sup>22</sup> MERLE, Philippe *Droit Commercial Sociétés Commerciales* 3 ed Paris Précis Dalloz, 1992, p 92

de 1807, aí sem considerar o mérito da sua atualidade<sup>23</sup>, pois, se hoje está vencido em muitos aspectos<sup>24</sup>, na sua época foi merecedor da insígnia de primeira codificação do Direito Comercial moderno, trazendo avanços significativos, tal como o esboço da delimitação da matéria comercial, que ora se aborda

Trazendo esse panorama para o ordenamento jurídico brasileiro, veremos que este, em especial o Código Comercial e o Regulamento 737, ambos de 1850, foram profundamente influenciados pela *Teoria dos Atos de Comércio*, encontrada primeiramente no *Code de Commerce* francês, tal como já mencionado

Na verdade essa teoria consiste em atribuir a determinados atos a qualidade de “atos comerciais”, seja por força de lei, seja por forma diversa. Daí, portanto, a partir dos atos tidos como comerciais, delimita-se (além do conceito de comerciante) a matéria comercial, ou seja, pode-se dizer que com essa teoria, somente será comercial matéria cuja origem tenha sido obra de um ato comercial, praticado por um comerciante. Observe-se o artigo 1º do diploma francês

*Art 1<sup>er</sup> - Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce<sup>25</sup> et en font leur profession habituelle*

Contudo, embora seja a concepção abarcada pela legislação comercial pátria, não foi o Código Comercial o responsável por enumerar inicialmente os “atos de comércio” (ou de mercancia), mas sim o Regulamento 737, que o fez seguindo o modelo francês, isto é, conferindo a

---

<sup>23</sup> A última edição oficial do *Code de Commerce* data de 31 de janeiro de 1841

<sup>24</sup> Naturalmente que diversas leis complementares e substitutivas foram editadas na França, o que torna o **conjunto** das normas comerciais francesas mais recente

enumeração uma qualidade exemplificativa, e não taxativa (motivo pelo qual várias legislações posteriores acrescentaram novos atos)

A razão de não se considerar taxativa a enumeração dos atos de comércio é bem lembrada e sintetizada por BULGARELLI<sup>26</sup>, quando diz que *“os atos de comércio não se constituem em categoria lógica, mas sim em categoria legislativa, seu conceito varia bastante em relação ao tempo e ao espaço, como se verifica nas várias épocas nos vários países Em última análise, compete por isso à lei definir o que seja ato de comércio ”*

• *Teoria da Empresa, do Código Civil Italiano de 1942*

Contrapondo-se à Teoria dos Atos de Comércio, surgida na França no início do século passado, e até para buscar uma menor distância entre a realidade emergente em meados deste século, veio da Itália uma nova teoria tentando explicar e delimitar a matéria comercial a Teoria da Empresa

Notadamente mais adequada à atividade comercial contemporânea, a Teoria da Empresa coloca a atividade empresária e o seu agente (o empresário) no centro do estudo da matéria mercantil, e, ademais, busca inserir no campo do Direito Comercial a prestação de serviços. Desse modo, a empresa (que surge no mundo jurídico<sup>27</sup> com a união dos fatores de

---

<sup>25</sup> Os atos de comércio do Direito francês estão dispostos nos arts 632 e 633 do Código

<sup>26</sup> BULGARELLI, Waldírio, *op cit*, *Direito*, p 68

<sup>27</sup> Rubens Requião dispõe em seu Curso de Direito Comercial (vol 1, p 48, 21ª edição, Saraiva, São Paulo, 1993) que o conceito jurídico de empresa, na verdade, tem sido, através dos anos, um problema aos doutrinadores comercialistas, que se valem muitas vezes do conceito econômico, por não encontrar uma definição satisfativa para a empresa, do ponto de vista jurídico. Não obstante essa colocação, afirma o Prof Requião que o conceito jurídico de empresa deve, efetivamente, assentar-se sobre o econômico, não se

produção - da Teoria Econômica Clássica - ou seja, com a união de capital, matéria-prima e trabalho, este consubstanciado na mão-de-obra), passa a ser entendida como a atividade organizada com a finalidade de exploração econômica da produção ou circulação de bens ou serviços

Isso se deu com a promulgação do *Codice Civile* Italiano, que, muito embora não traga precisamente o conceito de empresa, define de maneira satisfatória o empresário, optando por chamá-lo de empreendedor, em seu artigo 2 082

*Art 2 082 - Imprenditore - È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*

Mais adiante, no artigo 2 086, complementa

*Art 2 086 - Direzione e gerarchia nell'impresa - L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori*

Assim, ao invés de se estabelecer a matéria comercial em virtude de um ato praticado, determinando se é de natureza civil ou mercantil, conforme disposto em lei, determinar-se-á a matéria de direito

---

lhe restando outra alternativa Mais adiante cita Giuseppe Ferri, que, a seu tempo, buscou analisar o conceito sob ângulos diferentes (a empresa como expressão da atividade do empresário, a empresa como idéia criadora, a empresa como um complexo de bens, e, finalmente, as relações da empresa com os dependentes) Por fim, Requião complementa dizendo "é preciso compreender, segundo os ensinamentos de Ferri, que a disciplina jurídica da empresa é a disciplina da atividade do empresário, e a tutela jurídica da empresa é a tutela jurídica dessa atividade Essas considerações levam-nos a compreender que, no ângulo do direito comercial, empresa, na acepção jurídica, significa uma atividade exercida pelo empresário Disso decorre inevitavelmente que avulta no

comercial analisando-se o sujeito que pratica o ato em questão. É dizer, sendo o sujeito um comerciante, fatalmente a matéria pertinente aos atos por ele praticados haverá de confinar-se à seara do Direito Comercial, e não Civil.

Aliás, o Brasil está próximo de também adotar oficialmente essa Teoria da Empresa (isto, porque, de fato, já há doutrina e jurisprudência aplicando seus preceitos), com o advento do novo Código Civil, ou Código de Obrigações. O atual projeto, que já não é tão novo (de 1975), além de unificar as legislações de Direito Civil e Comercial, acabando ao menos aparentemente com a dicotomia histórica, a exemplo da própria Itália que assim procedeu em 1942, muda efetivamente a forma de delimitação da matéria comercial, acabando por completo com a antiga teoria francesa.

Esse Projeto de Código Civil inclusive modifica a qualificação da pessoa que exerce o comércio, substituindo a palavra *comerciante* por *empresário*. Veja-se, a propósito, a definição de empresário contida no seu artigo 969, *caput*:

*Art 969 - aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços*

É, portanto, e, como visto, uma reprodução literal de disposição analoga do Código Civil Italiano, o que coloca o Projeto do Código Civil brasileiro em situação bastante moderna frente à problemática e ao tratamento do Direito Comercial.

Esse o apanhado doutrinário (não pormenorizado, naturalmente) que se pretendia fazer acerca das teorias que buscam explicar a matéria e a atividade comercial. Sua importância no estudo desse ramo do Direito é, sem dúvida, singular, vez que proporciona reflexos nos mais variados institutos do Direito Comercial, e, assim, acaba por influenciar de forma concreta qualquer tomada de posicionamento, seja teórico ou prático.

## ***2.2. O Registro no Órgão de Comércio e o Nascimento da Pessoa Jurídica.***

Mais adiante, a partir do conceito de sociedade, iremos ao de pessoa jurídica, para, só então chegar ao de empresa. Na verdade, há um motivo especial, consubstanciado no momento da materialização ou nascimento (se assim podemos dizer) de cada um desses institutos.

Temos, por conseguinte, que a sociedade surge, se não no mundo jurídico, ao menos no fático (ou fenomênico), da confluência de interesses de duas ou mais pessoas, traduzida num contrato que pode ser escrito, verbal ou tácito, cuja finalidade é atingir um objetivo comum, no caso das sociedades comerciais, o de atingir o lucro através do desenvolvimento de uma atividade assim considerada, comercial.

Já a pessoa jurídica - e aí falando naturalmente nas pessoas jurídicas das sociedades comerciais - aparecerá com o registro dos atos constitutivos no órgão competente, que é, no caso do Brasil, o Registro do

Comércio, através da Junta Comercial da Unidade Federativa onde houver de ser instalada a sociedade

A propósito, veja-se o artigo 18 do Código Civil brasileiro, *verbis*

*Art 18 - Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa*

No mesmo sentido dispõem o *Code Civil* francês, o *Codice Civile* Italiano, e o *Código das Sociedades Comerciais* português, respectivamente

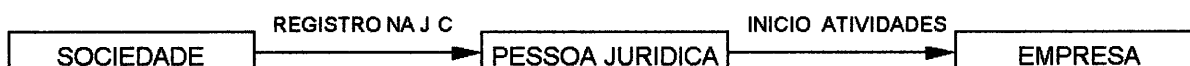
*Art 1 842 - Les sociétés autres que les sociétés en participation visée au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation*

*Art 2 331 - Effetti dell'iscrizione - Con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica*

*Art 5º - As sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registro definitivo do contrato pelo qual se constituem, sem prejuízo do disposto quanto à constituição de sociedades por fusão, cisão ou transformação de outras*

Por sua vez a empresa, tal como referido no número 2 1 *supra*, surge com a reunião dos fatores produtivos, que segundo a teoria econômica clássica são o capital, a mão-de-obra e a matéria-prima. Portanto, em outras palavras, a empresa surge com o seu funcionamento, ou seja,

quando a sociedade comercial (que se tornou pessoa jurídica com o registro) inicia as atividades a que se propôs no contrato social ou estatuto. É o sentido do quadro abaixo



### 2.3. *Conceito de Sociedade.*

Tendo explicado o motivo da ordem utilizada, passamos então a lidar com os conceitos dos respectivos institutos

Quando se entra na seara do Direito - não importando aí as divisões e dicotomias históricas entre Público e Privado, ou, dentro deste, entre Direito Civil e Comercial, que são, na verdade, puramente acadêmicas - não se pode pretender estabelecer conceitos definitivos sobre determinada matéria (como sociedade, pessoa jurídica e empresa). Que o Direito é mutável não se discute, mas essa talvez seja a única verdade que o envolve, pelo que há de se guardar certa reserva com a resolvida sobreposição do direito como objeto material ou ideal, cujas análises dão-se respectivamente pela *explicação* e *demonstração*, certo que também é encarado por definitivo como objeto cultural, compreendido assim pelo método da *verificação*.

Desse modo, ao buscar alguns conceitos e definições de sociedade<sup>28</sup>, pessoa jurídica e empresa, com base nas suas características mais relevantes, não pretendemos que sejam esses conceitos tidos como absolutos

Especificamente sobre sociedade, o problema já começa na escolha do sentido em que se pretende utilizar o termo. Vejam-se as considerações de RACHEL SZTAJN a esse respeito

*Verifica-se que a palavra sociedade é plurívoca, tem vários sentidos, quer em linguagem vulgar, corrente, quer em linguagem técnica jurídica. Frequentemente confunde-se sociedade e empresa, pois que a sociedade é a forma de exercício coletivo da empresa e, facilmente, se confunde a atividade com o sujeito – a pessoa jurídica – que a exerce. Emprega-se sociedade tanto para indicar o contrato de sociedade propriamente dito quanto para designar as relações entre sócios, que nascem com o contrato, como se diz, também, sociedade a pessoa jurídica que resulta do contrato ou a estrutura que a atividade exercida pode assumir*<sup>29</sup>

**Passemos, todavia, as tentativas de definição**

**MIGUEL PUPO CORREIA, professor da Universidade Lusíada, coloca a sociedade como espécie, da qual a associação é o gênero, e, ademais, enumera alguns elementos do conceito geral de sociedade, além de alguns elementos específicos do conceito de sociedade comercial**<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Quando falamos simplesmente em *sociedade*, referimo-nos sempre às *sociedades comerciais*

<sup>29</sup> SZTAJN, Rachel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 33

<sup>30</sup> CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito Comercial*. 3 ed., Lisboa: Ed. Universidade Lusíada, 1994, p. 289 e ss

### São elementos gerais

a) *Elemento pessoal* - a sociedade deve ter uma pluralidade de sócios, quer no momento inicial, quer durante a sua restante existência (desconsiderando, naturalmente, os casos em que é permitida a sociedade unipessoal, como no caso da França<sup>31</sup> e do Brasil, com as subsidiárias integrais)

b) *Elemento patrimonial* - consubstancia-se na obrigação inerente aos sócios de contribuir com bens ou serviços, ainda que em tempo posterior à constituição da sociedade. Observe-se que essa contribuição desempenha funções da máxima importância, tais como a formação do fundo com o qual a sociedade iniciará suas atividades, definição da participação de cada sócio na sociedade, e delimitação do capital social

c) *Elemento finalístico* - diz respeito ao fim imediato ou ao objeto da sociedade, isto é, exercício comum de certa atividade econômica que não seja de mera fruição

d) *Elemento teleológico* - é o fim mediato, ou fim *stricto sensu*. Refere-se à repartição dos lucros resultantes da sociedade. Ou seja, o fim último da reunião dos sócios, com as respectivas contribuições, para o exercício da atividade comum, terá de consistir na obtenção de um

---

<sup>31</sup> Cf o Código Civil francês, que dispõe no seu art. 1832: “*La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne*”. A lei a que se refere esse artigo é, atualmente, a Lei nº 85.697, de 11 de julho de 1985, não obstante a Lei de Sociedades Comerciais (nº 66.537/66 também disponha sobre os casos possíveis de sociedades unipessoais

enriquecimento patrimonial, de um lucro, e não de outras vantagens ideais ou mesmo materiais<sup>32</sup>

São elementos específicos das sociedades comerciais

a) *Objeto comercial* - deve, pois, segundo o professor português, a sociedade comercial, apresentar um objeto comercial (o art 1º, nº 2, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal<sup>33</sup> menciona expressamente a prática de atos de comércio para caracterização da sociedade comercial), o que a distinguiria das sociedades civis (conforme já analisado anteriormente)

b) *Tipo comercial* - Para que uma sociedade seja considerada comercial, se o seu objeto não o é, torna-se necessário que se revista de *forma comercial* PUPO CORREIA diz que essa expressão comporta dois sentidos<sup>34</sup> num primeiro, ela significa que a sociedade deverá utilizar um dos tipos caracterizados e regulados na lei comercial, *v g*, sociedade anônima (princípio da tipicidade, ou *numerus clausus*), num segundo sentido, ela exprime a obrigatoriedade de a sociedade respeitar, na sua constituição, os requisitos formais estabelecidos na lei comercial

Feitas as considerações de fundo, necessariamente anteriores à definição propriamente dita da sociedade comercial, passamos a buscar um conceito, o qual não pretendemos seja exato, mas ao menos satisfatório, para esse instituto

---

<sup>32</sup> CORREIA, Miguel J A Pupo, *op cit*, p 307

<sup>33</sup> “Art 1º - 2 São sociedades comerciais aquelas que tenham por objecto a prática de actos de comércio e adoptem o tipo de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por acções”

<sup>34</sup> CORREIA, Miguel J A Pupo, *op cit*, p 320

O Professor FABIO ULHOA COELHO, ao construir um conceito de sociedade comercial, o fez observando dois outros institutos do Direito Comercial o de pessoa jurídica e o de atividade comercial. Erige-os como pilares necessários à compreensão da sociedade, chegando, dessa forma, à conclusão de que *“a sociedade comercial pode ser conceituada como sendo a pessoa jurídica de direito privado não-estatal, que tem por objeto social a exploração de atividade comercial ou a forma de sociedade por ações”*<sup>35</sup>

Pois bem, fácil perceber que partiu de ponto diverso daquele que expusemos anteriormente, enfatizando em princípio a pessoa jurídica, para, depois, chegar à sociedade

Se nos é, entretanto, permitido o dissentimento, pensamos que a conclusão poderia ser diferente, uma vez que priorizando a pessoa jurídica na construção do conceito, deixa de considerar as sociedades de fato (inegavelmente existentes), as sociedades cujo registro apresenta vícios que impedem a caracterização como pessoa jurídica (sociedades irregulares), e, mais importante, deixa de lado as sociedades em conta de participação, que sabidamente não encerram personalidade jurídica<sup>36</sup>, e que embora sejam bastante particulares e tenham, na verdade, caído em desuso no Brasil, constam do Código Comercial brasileiro, em seus arts 325 a 328, e, para todos os efeitos, estão à disposição

Em que valha, pois, a autoridade do Professor FABIO ULHOA COELHO, cujo ensinamento é de ser prontamente acatado, veio a ousadia do argumento acima, talvez mais pela oportunidade do raciocínio do que pela

---

<sup>35</sup> COELHO, Fabio Ulhoa, **op cit**, p 99

<sup>36</sup> Também as *“partnerships”* do direito anglo-saxão

procedência, optando de tal modo, de momento, ficar com a lição de RUBENS REQUIÃO

Em seu Curso de Direito Comercial REQUIÃO lembra que o Código Comercial de 1850, muito embora defina alguns tipos de sociedade, não traz uma definição para a sociedade comercial genericamente analisada, mas é o Código Civil que a tenta definir, quando estabelece que celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns. A partir daí, portanto, REQUIÃO assevera que basta particularizar essa definição, atribuindo-lhe conteúdo mercantil, para chegarmos a uma noção satisfatória. Assim, *“celebram sociedade comercial as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns de natureza comercial”*<sup>37</sup>

Mas outro autor paranaense, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, critica esse conceito por entendê-lo demasiadamente singelo, de um lado por *“considerar a sociedade como uma espécie do gênero dos contratos e de exigir a presença de, pelo menos, duas pessoas para caracterizá-la”* e, de outro, por omitir que do contrato de sociedade surge um ente, um sujeito de direitos e obrigações, e por isso diferente dos demais contratos<sup>38</sup>

Sugere, pois, ASSIS GONÇALVES, que em sentido amplo a sociedade pode ser entendida como

[ ] um negócio jurídico destinado a se desprender do sujeito ou dos sujeitos que o produziram para atuar na ordem jurídica como um novo

---

<sup>37</sup> REQUIÃO, Rubens, **op. cit**, p 261

*sujeito criado para a prática de atos da vida civil destinados a preencher os fins que justificaram sua criação – ou, mais precisamente, destinados a preencher a finalidade lucrativa para a qual foi concebido*<sup>39</sup>

A seu turno, o comercialista argentino CARLOS VILLEGAS observa a sociedade comercial segundo dois pontos de vista um geral e moderno - assim mesmo denominado por ele - pelo qual a sociedade comercial é *“la cobertura jurídica de la empresa, o la forma jurídica de que ésta se reviste”*, e outro, sob o ponto de vista do ordenamento positivo do seu país, segundo o qual a sociedade é *“una persona ideal, jurídica, privada, dotada por la ley de capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, que no requiere autorización especial del Estado para funcionar, sino sólo su inscripción en el registro”*<sup>40</sup>

De outro lado, YVES GUYON, jurista francês, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris I - Panthéon Sorbonne, vai mais longe, ao questionar a sociedade considerada como um *contrato* que faz nascer uma pessoa moral, vez que o ordenamento jurídico da França admite a sociedade unipessoal (artigo 1 832 do *Code Civil*, e Lei nº 85 697, de 11 de julho de 1985), e, assim, *“comme on ne contracte pas avec soi-même, l’acte constitutif de ces sociétés ne peut être qu’un engagement unilatéral et non un contrat”*<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis *Manual de Direito Comercial* 2 ed Curitiba Juruá, 2000, p 107

<sup>39</sup> *Idem*, p 108

<sup>40</sup> VILLEGAS, Carlos Gilberto *Derecho de las Sociedades Comerciales* Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1994, p 9

<sup>41</sup> GUYON, Yves *Droit des Affaires* Droit Général et Sociétés, tomo I 7 ed Paris Economica, 1992, p 91

Ademais, entende que a característica contratual da sociedade é posta em dúvida, ainda, pelo fato de que a vontade dos sócios, segundo ele, tem um papel secundário durante a redação dos atos constitutivos. Desse modo *“la société serait, donc, plus une institution qu’un contrat”*<sup>42</sup> Em sentido semelhante vem a posição de ASSIS GONÇALVES, que entende ser difícil, atualmente e em face das sociedades unipessoais, falar-se em sociedade como contrato<sup>43</sup> No mais, leciona

*Em um primeiro momento, não havia dúvida quanto à natureza contratual do ato de criação da sociedade. Essa foi a orientação que prevaleceu nos Códigos Civis e Comerciais do Século XIX, os quais incluíram seu tratamento na parte relativa aos contratos [ ] Sustenta-se contra tal orientação que, ao contrário do que ocorre com os contratos (bilaterais e comutativos), não há o sinalagma com equivalência ou reciprocidade de prestações no ato constitutivo da sociedade, não há contraprestações das partes que se cruzam, pois as prestações saem do patrimônio de cada qual para convergir na formação do patrimônio social comum. Nesse ato também não há partes com interesses contrapostos, mas uma só parte, integrada por todos os sócios e caracterizada pela busca de um mesmo interesse, com obrigações convergentes para tal desiderato*<sup>44</sup>

Contrária à teoria institucionalista, a posição de RACHEL SZTAJN é merecedora de registro *“designar-se instituição à grande sociedade por ações ou à grande empresa não transforma o momento constitutivo em outro instituto que não o contrato, o acordo de vontades”*<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> *Idem*, p. 91

<sup>43</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *op cit*, p. 107 (nota 171), e 112-116

<sup>44</sup> *Idem*, p. 112-113

<sup>45</sup> SZTAJN, Rachel, *op cit*, p. 34

Afora as teorias contratualista e institucionalista, há ainda quem entenda a sociedade como estrutura normativa (seria o caso de uma teoria normativista?), dentre os quais destacamos o argentino GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS, para quem é indiscutível que a sociedade nasce de um contrato, como também é indiscutível que ela gere um ente (uma instituição, portanto) capaz de direitos e obrigações. Entretanto o que é mais significativo na constituição da sociedade é que com o seu surgimento no mundo jurídico e seu posterior funcionamento criam-se normas tanto para os sócios que a compõem, como para estes em suas relações com funcionários e com terceiros.

Ensina o autor

*La sociedad implica un conjunto de mecanismos para la creación de obligaciones que inciden sobre las distintas personas que forman parte de la empresa subyacente a tal sociedad*

[ ]

*La dimensión organizativa que caracteriza a toda sociedad, inclusive a las que carecen de personalidad jurídica, implica una estructura normativa. Esta estructura no es un conjunto estático e invariable, sino que constituye también un mecanismo de creación de atribuciones y obligaciones*<sup>46</sup>

De qualquer forma, feitas as considerações acima – que comprovam a dificuldade de conceituação a que nos referimos no início – e não obstante os diversos ângulos sob os quais se pode analisar as sociedades comerciais, sempre haveremos de ter como pressupostos ao menos as seguintes características

a) a sociedade comercial tem início a partir de um negócio jurídico, normalmente traduzido por um contrato (quando surgem da confluência de

---

<sup>46</sup> LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas de *La Personalidad Jurídica Societaria* Buenos Aires Heliasta, 1994, p 13-15

interesses de duas ou mais pessoas), ou traduzido por um ato unilateral (nos casos atuais de sociedades de uma só pessoa),

b) desse negócio jurídico pode – mas não necessariamente deve – surgir uma pessoa jurídica, já que esta não é pressuposto da sociedade, mas sim o inverso,

c) também do negócio jurídico nascem normas e obrigações para a sociedade (enquanto ente ou instituição), assim como para os sócios que a compõem e para as pessoas a ela subordinadas,

d) sendo comercial, a sociedade torna-se inconcebível se ausente a finalidade lucrativa, pois se às sociedades civis essa finalidade é dispensável, não se admite sociedades comerciais de caráter filantrópico

#### **2.4. *Conceito de Pessoa Jurídica.***

Pois bem, feitas as considerações sobre o conceito de sociedade, é de se render atenção à pessoa jurídica

Em preâmbulo explicativo extraído de significativa Tese apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil, o Professor JOSE LAMARTINE

CORRÊA DE OLIVEIRA<sup>47</sup>, adverte que explorar o conceito de pessoa jurídica não é uma pesquisa inatual, como pode parecer para muitos, citando BINDER, que se refere à temática como um “*problema do século XIX*”, e PINTO FALCÃO, que afirma tratar-se “*a pesquisa da exata conceituação da pessoa jurídica de busca da solução do insolúvel*”, negando qualquer significado prático a tal pesquisa

Concordamos com LAMARTINE OLIVEIRA, entendendo ser o estudo da pessoa jurídica de fundamental importância<sup>48</sup> e, da mesma forma, atualíssimo, diante da enorme gama de modificações sociais ocorridas em especial no decorrer deste século, que, se não viu nascer a revolução industrial, ao menos a fez amadurecer e, de resto, abarcou outra revolução, até mais vultuosa a tecnológica. Tudo, é claro, a comportar questionamentos de relevada ordem para a pessoa jurídica

Mas é do enfrentamento de questões de essência, que surgem respostas, na maioria das vezes desiguais, mas de modo a propiciar o nascimento das diversas vertentes doutrinárias a resultar em teorias de grande alcance didático. Solução diferente não foi reservada ao conceito de pessoa jurídica, que, igualmente, vem emoldurando com alentadas teses buscando explicá-la. A propósito, CUNHA GONÇALVES<sup>49</sup>, comentando o Código Civil Português, diz que “*o conceito de pessoa colectiva é um dos mais discutidos da teoria geral do direito, e, o que é pior, as numerosas teorias a tal respeito*

---

<sup>47</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *Conceito de Pessoa Jurídica*. Curitiba: UFPR, 1962, p. 7

<sup>48</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, em seu *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, Capítulo II, p. 98, enumera as consequências decorrentes da personalidade jurídica das sociedades comerciais, destacando que “*na qualidade de pessoas jurídicas, as sociedades comerciais têm nome, domicílio ou sede, patrimônio, capacidade contratual, representação judicial, e, nacionalidade*”, essa última, portanto, objeto do presente estudo, analisada mais detidamente no Capítulo Terceiro, *infra*

*formuladas, longe de esclarecerem o problema, só têm servido para o tornarem mais confuso e complicado”*

Já, para SUSY KOURY, essas *numerosas teorias* podem perfeitamente ser reunidas em dois grupos (ainda que as posições reunidas em cada grupo apresentem entre elas diferenças) um grupo considera-as como entes reais aos quais o ordenamento jurídico apenas reconhece personalidade, outro, afirma serem elas criações do ordenamento jurídico, instrumentos para atender à consecução de objetivos práticos<sup>50</sup>

De toda maneira é a propósito o entendimento preambular no sentido de que nem todo sujeito de direito é pessoa<sup>51</sup>, mas toda pessoa é sujeito de direito. E, portanto, as pessoas jurídicas - também denominadas fictícias, morais ou coletivas - são entes aos quais o Direito reconhece a capacidade para serem sujeitos de direitos e obrigações

Pois bem, certo que o *Direito* reconhece a capacidade, ou seja, que o *Direito* entende ser necessário o enquadramento das pessoas jurídicas como sujeito, somos levados a concordar - por alguns aspectos - em que a pessoa jurídica é, por conseguinte, uma *criação do Direito*

Mas nesse caminho concordamos também com a sustentação de LAMARTINE OLIVEIRA, para quem é inafastável a necessidade de uma previsão legal do reconhecimento da pessoa jurídica, quando acertadamente introduz o raciocínio *“para que a lei reconheça, é preciso que*

---

<sup>49</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha *Tratado de Direito Civil* vol I, tomo II 1 ed bras São Paulo Max Limonad, 1956, p 897

<sup>50</sup> KOURY, Susy E Cavalcante *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) e os Grupos de Empresas* 2 ed Rio de Janeiro Forense, 1997, p 1

<sup>51</sup> A exemplo da massa falida, do espólio, do condomínio, das sociedades de fato ou irregulares e daquelas despersonalizadas, do consórcio, dentre outros

*reconheça algo que, anteriormente ao reconhecimento, já possua as características ontológicas necessárias ao reconhecimento A lei não reconhece qualquer coisa [ ]*<sup>52</sup>

De fato, a partir do momento em que as sociedades começaram a se desenvolver<sup>53</sup>, isto é, a partir do momento em que se observou a comunhão de interesses de duas ou mais pessoas, o Direito precisava encontrar alguma forma de tutelar esses interesses comuns, vez que os interesses particulares, das pessoas que compunham determinada sociedade, já estavam tutelados e não se confundiam com os coletivos

Atribuiu-se, então, às sociedades, uma personalidade própria, distinta das pessoas que a formavam. Estava criada a personalidade jurídica, a pessoa jurídica<sup>54</sup>. Como, entretanto, essa pessoa jurídica decorria - e decorre ainda - de uma disposição legal, que é obra do homem, e não existe como matéria, tem-se que a pessoa jurídica, embora sujeito de direitos, pode ser vista como uma abstração

Pertinente, pois, a posição de CUNHA GONÇALVES ao referir-se à pessoa jurídica como *pessoa não-física*, e, portanto, imaterial, incorpórea. Diz ainda que “*o que verdadeiramente distingue a personalidade individual da personalidade dos grupos é que a primeira diz respeito a um corpo autônomo, a ente físico dotado de vontade própria, que falta na segunda*”<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 17

<sup>53</sup> Excluída nessa análise qualquer menção às primitivas formas societárias encontradas no Direito Romano, tal como as *universitates*, *collegia*, *sodalitates* e *corpora*

<sup>54</sup> Conceito hoje desenvolvido que nos leva, antes, ao registro dos atos constitutivos da sociedade

Essa, basicamente, a teoria da ficção<sup>56</sup> da pessoa jurídica, que embora enseje questionamentos, quando estudada mais detidamente, presta-se a resolver - ainda que em parte - o problema de definição

Há, por outro lado, várias outras teorias que tentam explicar a personalidade jurídica, como, por exemplo, a destacada Teoria da Realidade Objetiva (de GIERKE e ZITELMANN), que visualiza a pessoa jurídica como uma realidade sociológica, um ser com vida própria que nasce por imposição das forças sociais

Outra, é a Teoria da Realidade Técnica, para a qual a pessoa jurídica é um expediente de ordem técnica, útil para alcançar imediatamente alguns interesses humanos

É válido também consignar o pensamento de FERRARA, que entende a pessoa jurídica como uma organização social (de dois ou mais indivíduos) para a obtenção de uma finalidade colimada pelo grupo. FERRARA aponta que para sua formação concorrem dois elementos essenciais: um material ou substancial, que consiste na organização de pessoas ou de bens para alcançar uma determinada finalidade, e, outro formal, que é o reconhecimento por parte do Estado<sup>57</sup>

Portanto, inobstante as diversas correntes doutrinárias, antagônicas muitas vezes, acerca da natureza da pessoa jurídica – natureza que, embora relevante para este nosso estudo, não é o seu escopo,

---

<sup>55</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha, *op cit*, p 898

<sup>56</sup> Teoria que remonta a Savigny, Windscheid, e ao idealismo alemão

<sup>57</sup> Para um detalhamento desse estudo, v FERRARA, Francesco *Teoria delle Persone Giuridiche* Napoli Marghieri, 1915

daí termos apenas *passado* por elas – válida é a conclusão de VERRUCOLI adotada por SUSY KOURY em sua obra

*[ ] de um modo ou de outro, cada uma das teorias acima mencionadas designa, pelo menos, uma realidade juridicamente relevante, a existência de um sujeito ou de uma entidade considerada pelo ordenamento jurídico estatal como centro autônomo de interesses e de imputação de relações*<sup>58</sup>

A seu turno, ASCARELLI observa que a forte consequência da personalidade jurídica é a separação patrimonial que decorre da sua criação, sendo que os limites da responsabilidade dos sócios para com terceiros resultam justamente da distinção entre o patrimônio social e o particular dos sócios

*Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos jurídicos para disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios. A ordem jurídica, admitindo a constituição do patrimônio separado e da pessoa jurídica, unifica, em substância, a coletividade que se apresentava ainda amorfa no momento da constituição [ ]*<sup>59</sup>

E a separação patrimonial a que se refere ASCARELLI e que aparece junto com a pessoa jurídica, surge, pois, no momento em que são arquivados os atos constitutivos levados a registro da sociedade passível de

---

<sup>58</sup> VERRUCOLI, Piero *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella "Common Law" e nella "Civil Law"* Milano Giuffrè, 1964, p 6, **apud** KOURY, Susy E Cavalcante, **op cit**, p 3

<sup>59</sup> ASCARELLI, Tullio *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado* 2 ed São Paulo Saraiva, 1969, p 263

personificação, tal como já tivemos a oportunidade de esclarecer. Ou seja, se a pessoa jurídica é uma sociedade comercial, necessariamente esta deve preceder aquela

Por fim, como conclusão, buscamos de certa forma partilhar das posições de SUSY KOURY e de LAMARTINE OLIVEIRA

A primeira vê o conceito de pessoa jurídica bastante mutável, podendo variar conforme o momento histórico e a ideologia adotada pela ordem jurídica, de tal forma que só se pode conhecer o que um determinado ordenamento considera como pessoa jurídica através da verificação das normas por ele consagradas a esse respeito <sup>60</sup>

Já o segundo, LAMARTINE, mais direto, assim dispõe em suas conclusões

*A pessoa jurídica é realmente pessoa e não ficticiamente pessoa. É, porém, pessoa de modo analógico [ ] Entretanto, ela não é substancial. Depende, para existir, dos seres humanos, que estão sob sua existência. Entretanto, é ser, pois o acidente é ser. No fato de que o acidente existe como complemento ou acabamento de outro ser encontramos outra comprovação de que a pessoa jurídica é um ser accidental. Accidental, pois que existe para complemento do ser humano, que, sendo ser social, deseja os grupos associativos, e recebe utilidade das fundações. Aí está, portanto. Pessoa jurídica realidade análoga à pessoa humana, porque idêntica em inúmeros aspectos e distinta no mais importante a substancialidade, que esta possui e aquela não. É pessoa, portanto. Mas não no sentido pleno da palavra e sim por analogia <sup>61</sup>*

---

<sup>60</sup> KOURY, Susy E. Cavalcante, **op cit**, p. 6

Tentamos com isso explicar sucintamente a personalidade coletiva, sabendo, todavia, que é matéria bastante vasta e árdua, certo, portanto, que o exposto foi tão somente um apanhado doutrinário cuja finalidade, sendo por um lado ilustrativa, por outro haverá de prestar-se as conclusões deste estudo

## **2.5. Conceito de Empresa.**

Ensaia uma pré-noção de sociedade e de pessoa jurídica, reunimos apetrechos para o enfrentamento da questão da *empresa-em-si*

Poderíamos, assim, dentro de uma visão simplista ainda, sugerir de logo que empresa é a atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços. Com efeito, sob essa ótica é tão marcante a presença da empresa no mundo atual que o Projeto de Código Civil brasileiro - tal como abordado anteriormente - a exemplo do ordenamento italiano, coloca a atividade empresária e o próprio empresário como centro do novo sistema do Direito Comercial

Sobre, então, o conceito jurídico de empresa, reportamo-nos às notas de rodapé referentes ao nosso item Teoria Jurídica da Empresa (*supra*), onde consta o posicionamento de RUBENS REQUIÃO, que

---

<sup>61</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, *op cit*, *Conceito*, p 164-165

admite como única possibilidade para criá-lo o seu assentamento sobre a definição econômica

Já BULGARELLI assevera que

*[ ] uma coisa é o conceito de empresa, como fenômeno econômico, outra é a noção jurídica relativa aos diversos aspectos do fenômeno econômico Traduzir os termos econômicos em termos jurídicos é tarefa do intérprete Mas, porque, perante o Direito, o fenômeno econômico da empresa se apresenta como um fenômeno tendo diversos aspectos em relação aos diversos elementos que nele se integram, o intérprete não deve operar com o preconceito de que o fenômeno econômico da empresa deva, por força, entrar em um conceito jurídico unitário Ao contrário, deve adequar a noção jurídica da empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico*<sup>62</sup>

E esses fenômenos econômicos de que fala são derivações do conceito poliédrico de empresa fornecido por ASQUINI, que para compreensão seleciona quatro perfis, a saber perfil subjetivo, que vê a empresa como extensão do *empresário*, perfil funcional, que considera a empresa como *atividade* empresarial, perfil patrimonial ou objetivo, segundo o qual a empresa é tida como *patrimônio aziendale* e como *azienda*, e, por último, perfil corporativo, que entende a empresa como instituição, isto é, como uma especial organização de pessoas formada pelo *empresário* e seus colaboradores<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> BULGARELLI, Waldírio *A Teoria Jurídica da Empresa* São Paulo Revista dos Tribunais, 1985, p 17

<sup>63</sup> Cf também ASQUINI, Alberto, *Profili dell'Impresa* Rivista del Diritto Commerciale, 1943, v 41, I, tradução de Fábio Konder Comparato, in Revista de Direito Mercantil, 1996, nº 104, p 108-126

Veja-se que apesar de diferir em alguns aspectos, o ponto inicial de observação utilizado por ASQUINI e seguido por BULGARELLI é o mesmo que o utilizado por GIUSEPPE FERRI, segundo o qual a empresa pode ser entendida como expressão da atividade do empresário, como idéia criadora, como um complexo de bens, e como um fator de inter-relação da sociedade com seus dependentes

Temos então que o conceito de empresa dado no início – ainda que não corresponda efetivamente a uma faceta jurídica da compreensão do instituto, que, para BULGARELLI deveria mesmo ficar fora do Direito, já que se trata de conceito econômico – presta-se, e muito, ao estudo do tema, desde que, segundo o mesmo autor, seja complementada, assim resultando em um conceito descritivo e analítico *“atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”*<sup>64</sup>

Para o jurista português JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU cita ORLANDO DE CARVALHO, autor de uma noção (por ele mesmo chamada) *pré-jurídica* de empresa, esta é

*[ ] um processo produtivo destinado à troca sistemática e vantajosa (visando a formação de excedentes das receitas sobre os custos que garantam a auto-reprodução do processo e o estímulo a essa auto-reprodução) e, simultaneamente, estrutura, isto é, complexo organizado de factores com racionalidade e estabilidade suficientes para que o processo-estrutura tenha autonomia funcional e financeira e possa emergir na intercomunicação das produções (no*

---

<sup>64</sup> BULGARELLI, Waldírio *Tratado de Direito Empresarial* 2 ed São Paulo Saraiva, 1995, p 100

*mercado, em sentido lato) como centro emissor e receptor “a se stante”*<sup>65</sup>

Já COUTINHO ABREU define a empresa em sentido objetivo, como sendo a unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autônomo de uma atividade de produção para a troca<sup>66</sup>

Veja-se entretanto que nesse conceito a empresa foi enfocada como *unidade jurídica*, e, no mais, foi excluída qualquer menção ao lucro à atividade lucrativa

Tendo por suficientes de momento as definições de empresa, podemos suscitar outra questão com ela relacionada sua natureza jurídica

Para RICARDO NEGRÃO, se adotado esse conceito de empresa – atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens, conceito baseado principalmente na pessoa do empresário, sua atividade e seu estabelecimento – não se pode classificar a empresa nem como sujeito e nem como objeto de direito, já que sujeito de direito é a pessoa física ou jurídica (agente dos atos e atividades empresariais), e objeto de direito é o estabelecimento comercial, entendido como complexo de bens organizados para o exercício da atividade empresária<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de *Da Empresarialidade* As Empresas no Direito Coimbra Almedina, 1999, p 282

<sup>66</sup> *Idem*, p 304

<sup>67</sup> NEGRÃO, Ricardo *Manual de Direito Comercial* Campinas Bookseller, 1999, p 75

Então qual é a natureza jurídica da empresa (questiona NEGRÃO)? Ora, com ele concordamos quando cita e remete a BULGARELLI, o qual coloca a empresa em uma nova categoria jurídica, distinta da de atos jurídicos e de fatos jurídicos, mas espécie do mesmo gênero<sup>68</sup>

Na fonte buscamos completar a idéia de modo a torná-la mais compreensível

*Põe-se logo aqui que a importância da função (elemento teleológico) da empresa como destinada a produzir para o mercado, implica na valoração dos interesses a regular para o fim de se criar um regime jurídico próprio da empresa. Esse regime é integrado por um estatuto específico do empresário a fim de torná-lo centro de imputação, por um regime específico do estabelecimento como complexo de bens organizados pelo empresário para cumprir a função da empresa (distinto dos próprios bens que o integram), e ainda pela regulamentação da empresa como atividade exercida profissionalmente, com um regime próprio em relação aos atos isolados<sup>69</sup>*

Sobre empresa, essas as notas que tínhamos, claro que suficientes não são, sendo, entretanto, esclarecedoras e compatíveis com o propósito aqui estipulado, com o tema e com os limites impostos pela natureza deste trabalho

---

<sup>68</sup> *Idem*, p 76

<sup>69</sup> BULGARELLI, Waldírio, **op cit**, *Tratado*, p 132

## **CAPÍTULO III**

### **A NACIONALIDADE DAS SOCIEDADES COMERCIAIS**

- Conceito de nacionalidade • A nacionalidade das pessoas físicas • Teorias que negam a nacionalidade das sociedades • Teorias que admitem a nacionalidade das sociedades • Formas de atribuição de nacionalidade às sociedades • Consequências da atribuição de nacionalidade • Mudança e perda de nacionalidade • A nacionalidade das sociedades conforme sua situação no mundo jurídico •

Da leitura dos parágrafos seguintes, anteriores à tentativa de definição do sentido de nacionalidade, ficará clara a doutrina com a qual nos identificamos, que de pronto é trazida à baila. Entretanto, e de se atentar para o fato de que os capítulos, itens e sub-itens restantes servirão para justificar e sustentar o posicionamento já adotado

Sobre o assunto, então, específico de nacionalidade, destacamos de imediato alguns autores

*Comme l'individu est national d'un pays et sujet de droit de l'ordre juridique propre à ce pays, de même une société est rattachée à un Etat, et présuppose l'existence d'un ordre juridique qui la reconnaisse, auquel elle soit subordonnée, et qui lui permette d'invoquer des droits*<sup>70</sup>

*As sociedades comerciais têm nacionalidade, cujo reconhecimento é necessário para os efeitos extraterritoriais*<sup>71</sup>

*No que tange à questão da nacionalidade das pessoas jurídicas, o problema, segundo nós, desdobra-se nesses dois pontos 1º - se a natureza da pessoa jurídica comporta o atributo da nacionalidade, 2º - no caso afirmativo, qual o critério determinante dessa nacionalidade Para nós afigura-se-nos indeneável a presença de uma nacionalidade na pessoa jurídica*<sup>72</sup>

**As sociedades, portanto, como pessoas jurídicas que são (ao menos em sua maioria), e, assim, como sujeitos de direitos e obrigações, estão sempre à mercê de um ou mais ordenamentos jurídicos, e a delimitação da sua nacionalidade é que irá definir sob qual regramento estará subordinada Essa a importância do presente estudo**

---

<sup>70</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira *La Nationalité des Sociétés et le Droit International Privé Brésilien*, p 1 Tese apresentada para o Doutorado em Direito perante a Université de Droit d'Économie et de Sciences Sociales de Paris, Paris, 1976

<sup>71</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, *op cit*, p 99, n 622

<sup>72</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de *Comentários a Lei de Introdução ao Código Civil* vol III Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1959, n 365, p 36

### 3.1. Conceito de Nacionalidade.

Para, todavia, pensarmos em nacionalidade das sociedades, somos compelidos a inicialmente, contemplar questão de essência, como seja o conceito de *nacionalidade*, que, segundo ANTÔNIO M DOS SANTOS<sup>73</sup>, é entendido “*na sua acepção mais lata, como vínculo jurídico-político de pertença de um sujeito de direito a um Estado, corresponde a uma realidade sociológica, factual, que lhe está subjacente e que, por isso mesmo, é extrajurídica*”

Para VILLEGAS<sup>74</sup> “*nacionalidad es el término que designa, hasta por antonomasia, al sujeto que pertenece a la entidad política nación, y en tal sentido expresa la idea de un vínculo jurídico que une a los miembros de un Estado*”

De modo que para ambos a nacionalidade representa o vínculo de união entre um indivíduo e sua nação de origem

Por sua vez, LAGARDE<sup>75</sup> atribui duas dimensões à nacionalidade em sentido amplo. A primeira seria uma dimensão vertical - também chamada por ele de dimensão jurídico-política - isto é, a ligação (o elo, o vínculo) do indivíduo com o Estado a que pertence, que, segundo LAGARDE, lembra a relação do vassalo com o suserano, e que encerra, assim, uma série

---

<sup>73</sup> SANTOS, Antônio Marques dos *Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público* Coimbra Almedina, 1985, p 10

<sup>74</sup> VILLEGAS, Carlos Gilberto, *op cit*, p 251

<sup>75</sup> LAGARDE, Paul *La Nationalité Française*, p 1, *apud* DOLLINGER, *Direito Internacional Privado* Parte Geral 4 ed Rio de Janeiro Renovar, 1996, p 135

de obrigações para com o Estado (a exemplo do exercício militar), e deste para com o indivíduo (proteção diplomática em território estrangeiro) A segunda seria uma dimensão horizontal - ou sociológica - que faz do indivíduo membro de uma comunidade, da população que integra o Estado do qual é nacional

Semelhante é o entendimento de ADAUCTO FERNANDES<sup>76</sup>, para quem o termo nacionalidade designa duas noções uma de direito e outra de fato Para o autor, o primeiro sentido é o laço jurídico que prende o indivíduo humano à terra onde nasceu<sup>77</sup>, enquanto o segundo constitui *“uma dependência à comunidade de determinado agrupamento étnico, do qual a nação surge como vivência ou relevo de um organismo coletivo, histórico, a se perpetuar através de gerações sucessivas, ”*

Preferimos, contudo, concordar, ainda que de forma ligeira, com AURELIO BUARQUE DE HOLANDA, para quem nacionalidade é uma condição ou qualidade *de quem* ou *do que* é nacional<sup>78</sup> (ou *nationalité*<sup>79</sup>)

---

<sup>76</sup> FERNANDES, Aducto de Alencar, *op cit*, págs 212-217

<sup>77</sup> *Idem, Ibidem* “No estado atual da ciência jurídica, pública e privada, pode-se definir a nacionalidade de direito como sendo - a declaração legal, sócio política, que atribui pelo nascimento, pelo sangue ou pela manifestação livre da vontade, o vínculo do direito que prende ao Estado, uma pessoa”

<sup>78</sup> Cf HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de *Dicionário da Língua Portuguesa* verb *Nacionalidade* 2 ed , Rio de Janeiro Nova Fronteira, 1986

### 3.2. A Nacionalidade das Pessoas Físicas.

Outro ponto cuja abordagem é imperiosa antes de entrar na questão da nacionalidade das sociedades é o que diz respeito às pessoas físicas ou naturais, pois, como bem ponderou GUIOMAR DE FREITAS, “as normas são, na maioria das vezes, elaboradas para elas e depois aplicadas às sociedades”<sup>80</sup> Como exemplo citou HARRY HENN<sup>81</sup> “*The corporation, for purposes of jurisdiction over the person, if domestic, is treated like the resident natural person*”

As pessoas físicas, portanto indivíduos, quando não apátridas, estão sempre vinculados a um país, e sua nacionalidade - de acordo com os entendimentos *supra* mencionados - é o laço jurídico de união entre eles

Da mesma forma que existem critérios para aquisição de nacionalidade por uma sociedade, também existe com relação a essas pessoas físicas, que a adquirem através de um fato jurídico, podendo ser o nascimento (que é a nacionalidade originária, natural, através do *jus sanguinis* ou do *jus soli*), o benefício de uma lei, a naturalização, ou pela conquista e incorporação de um território por um Estado (que são nacionalidades secundárias ou derivadas)

---

<sup>79</sup> Cf *Dictionnaire Robert* nationalité n f 1 Groupe d'hommes unis par une communauté de territoire, de langue, de traditions, d'aspirations 2 État d'une personne qui est membre d'une nation *Nationalité d'origine Nationalité acquise*

<sup>80</sup> FREITAS, Guiomar de *Nacionalidade de Sociedades* Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995, p 15

<sup>81</sup> HENN, Harry G *Law of Corporations* St Paul West Publishing Co, 1970, **apud** Guiomar de Freitas, **op cit**, p 15

GUIOMAR DE FREITAS, em sua dissertação, lembra ainda de outras formas de aquisição da nacionalidade, menos comuns, mas presentes em vários países, como o *jus domicilii* e o *jus laboris*<sup>82</sup>

*[ ] houve quem defendesse o domicílio como critério autônomo para aquisição de nacionalidade, como um usucapião aquisitivo, a favor de quem se encontrasse em um país por tempo determinado. Entretanto, o que se admite na prática é o uso do domicílio como elemento subsidiário na aquisição da nacionalidade, tanto originária como secundária.* Por outro lado, *“há legislações que admitem o serviço em prol do Estado como elemento favorecedor e facilitador para a consecução da naturalização”*<sup>83</sup>

Por fim, não é demais revisar os preceitos estabelecidos na Convenção de Haia de 1930, que dispôs, em seu artigo primeiro, um princípio de competência para definir a nacionalidade, segundo o qual cabe a cada Estado determinar, por sua legislação, quais são os seus nacionais. Em seguida, no artigo segundo, completa dizendo que toda questão relativa ao ponto de saber se um indivíduo possui a nacionalidade de um Estado será resolvida de acordo com a legislação desse Estado.

De todo modo, apesar de oportunos os juízos sobre a nacionalidade das pessoas físicas, certo é que diferem bastante da nacionalidade das pessoas coletivas. Concordamos, nesse aspecto, com os ensinamentos de YVES GUYON.

---

<sup>82</sup> FREITAS, Guiomar de, *op cit*, p. 17

<sup>83</sup> A esse propósito, destaca-se o caso da França, onde um estrangeiro que presta serviço militar no país tem a prerrogativa de naturalizar-se como francês sem enfrentar os usuais obstáculos impostos, o mesmo ocorrendo no Brasil, que, segundo o art. 113, III, § único, da Lei 6.815/80, o estrangeiro que prestou ou pode prestar serviços relevantes ao país,

[ ] il existe des différences entre la nationalité des personnes physiques et celle des sociétés la nationalité des sociétés est moins riche de conséquences que celle des personnes physiques En effet, la société, même française, ne jouit pas des droits civiques et politiques La nationalité d'une société ne produit guere d'effets que sur le plan de la jouissance ou de l'exercice des droits privés<sup>84</sup>

### **3.3. Teorias que Negam a Nacionalidade das Sociedades.**

Quando entramos propriamente na questão sob o ponto de vista das pessoas coletivas, vemos que as teorias que admitem ou negam a nacionalidade das sociedades, de algum modo assemelham-se, *mutatis mutandis*, às teorias que admitem ou negam a personalidade jurídica

A esse respeito, destacamos algumas teorias principais que não aceitam a nacionalidade das sociedades (um tanto numerosas, mas, *par contre*, bastante menos convincentes), e, por lado diverso, outras que a consideram

Começamos, então pelas negativistas

---

tem reduzido de quatro para um ano o prazo de residência no Brasil, como requisito para naturalização

<sup>84</sup> GUYON, Yves, **op cit**, p 184-185

a) *Teoria da Ficção*<sup>85</sup> - Essa teoria - ligeiramente tratada neste estudo, no Capítulo Segundo - enfatiza que a pessoa jurídica, e, portanto, a sociedade é uma abstração criada pelo Direito, não se lhe permitindo, dessa forma, o atributo da vontade própria, e assim não podendo agir livremente

Segundo esse modo de ver, compartilhado e levado as últimas consequências pelo jurista belga F LAURENT, as pessoas jurídicas são pura criação do Direito, que não repousam em qualquer substrato fático e não têm suporte no mundo real São, desse modo, puros conceitos formulados que levam a simples abstrações Elas não têm vontade nem, tampouco, existência real, visto não *viverem* além do plano das normas jurídicas que as criaram

Desse posicionamento, o mestre português, ANTÔNIO M DOS SANTOS<sup>86</sup> concluiu que

*Para quem considera, como Laurent, que as pessoas colectivas são uma pura criação do legislador, sem qualquer ligação com a realidade, forçoso será tirar as duas consequências seguintes - em primeiro lugar, visto que os entes colectivos são uma criação 'ex nihilo' do legislador (ou da lei) - e, como tal, acidental e arbitrária -, eles têm um carácter puramente territorial e deverão ser re-criados pelos legisladores estrangeiros, sempre que as suas actividades cruzem as fronteiras do ordenamento que lhes atribuiu a sua fictícia individualidade A segunda consequência, , é que não é sequer concebível, a esta luz, falar de nacionalidade das pessoas colectivas*

No mesmo sentido de LAURENT podemos citar VAREILLES-SOMMIERES que, adepto da teoria da ficção, sustenta firmemente que

---

<sup>85</sup> Teoria seguida por Savigny, Windscheid, Puchta, F Laurent, dentre outros

<sup>86</sup> **Op cit**, p 12

as sociedades não têm personalidade moral e, portanto, não têm nacionalidade própria, mas apenas os sócios a teriam

*La vérité est que, la personne morale n'étant qu'un résumé, et une représentation des associés, n'étant qu'eux-mêmes fondus, par l'imagination, en un seul être, elle n'a point de nationalité propre Elle n'a aucune autre nationalité car elle n'est qu'un procédé intellectuel, qu'une image dans notre cerveau Seuls, les actionnaires ont une nationalité Si donc, il est avéré qu'une société anonyme, fondée et fonctionnant à l'étranger, est uniquement composée de Français, la personne unique qu'ils sont censés former est française Elle (c'est-à-dire eux) peut plaider en France sans caution Au contraire, l'association des étudiants roumains, résidant à Paris, serait un groupe roumain, étranger*<sup>87</sup>

Ou seja, para VAREILLES-SOMMIERES os sócios emprestariam sua nacionalidade à sociedade da qual fazem parte E nos casos em que a sociedade fosse composta por sócios de várias nacionalidades, prevaleceria a nacionalidade de quem o autor convencionou chamar de “*élément dominant*”, e, na dúvida dever-se-ia presumir que o “*élément dominant*” está vinculado ao país onde se formou a sociedade<sup>88</sup>

Saindo um pouco da esfera teórica e pesquisando o lado prático da questão, veremos que existe abundante jurisprudência baseada na teoria da ficção para negar o conceito de nacionalidade às sociedades, da qual, a primeira decisão que se tem notícia foi a sentença proferida pelo juiz Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1809, no caso *Bank of the United States v Deveaux*

---

<sup>87</sup> DE VAREILLES-SOMMIÈRES *Les Personnes Morales*, p 645, **apud** VANHAECKE, Michel *Les Groupes de Sociétés* Paris LGDJ, 1959, p 218

A questão relacionava-se com o artigo III, seção 2, da Constituição Americana, que determina que os tribunais federais têm competência para dirimir os litígios entre cidadãos de diferentes Estados da União (*a diversity of citizenship* é um pressuposto da competência das jurisdições federais) O que estava sendo analisado era a personalidade de um banco, ou seja, se ele era um *citizen* do Estado da Federação onde estava estabelecido, de modo a que o Tribunal Federal fosse competente para conhecer do litígio que o opunha a um cidadão de outro Estado Na decisão, a Suprema Corte recusou-se a reconhecer a sociedade (o Banco) como cidadã (*citizen*) de um Estado, tendo então, o juiz Marshall, na descrição que dela fez, utilizado expressões como *criatura artificial, intangível e invisível, e entidade jurídica*

Também os tribunais europeus se manifestaram, a exemplo do Tribunal Arbitral Franco-Alemão, que em decisão de 30 de novembro de 1923 (*affaire Jordaan*) entendeu que as sociedades em comandita não têm propriamente uma nacionalidade, uma vez que tal nacionalidade confere direitos (direito de voto, direito de ser nomeado para ocupar funções públicas, dentre outros) e obrigações, como o serviço militar, que só pode ser aplicado as pessoas físicas <sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op cit*, p 646

<sup>89</sup> "Le Tribunal estime que les sociétés en commandite, , n'ont pas de nationalité proprement dite – Attendue que les sociétés en commandite nées d'un contrat entre personnes physiques (les associés) doivent leur existence comme personne morale à une fiction légale, - Att que les lois, en créant cette fiction, ont établi des règles pour la formation des sociétés, la répartition de leurs bénéfices, leur dissolution, etc , règles de droit privé visant les relations des sociétés avec leur associés ainsi qu'avec les tiers, - Att qu" il en résulte qu'une société en commandite est, au point de vue du droit privé, soumise aux dispositions de tel Code ou de telle loi en vigueur dans le pays où elle a son siège social, sans qu'elle ait obtenu la nationalité de ce pays, - Att qu'en dehors de la société même il faut considérer les associés " Cf NIBOYET, Jean Paul *Existe-t-il Vraiment*

Para concluir, podemos dizer que aos adeptos da teoria da ficção, a nacionalidade é um atributo reservado exclusivamente aos indivíduos (pessoas físicas), não sendo admitida sua extensão às pessoas jurídicas

b) *Teoria do Controle - Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ?* Essa a questão proposta pelo jurista francês JEAN PAUL NIBOYET<sup>90</sup> em artigo célebre publicado na *Revue de Droit International Privé*, no ano de 1927, dando continuação à teoria por ele formulada, que acabou sendo a grande corrente contrária à nacionalidade das sociedades, “e vai beber a sua inspiração à velha teoria da ficção, embora prossiga objectivos diversos e utilize uma argumentação diferente”<sup>91</sup>

Surgida no período que precedeu - e durante - a Primeira Grande Guerra, essa teoria visivelmente ostentava uma preocupação em salvaguardar os interesses da França, num clima de competição que envolvia toda Europa, e, depois, em meio a leis que disciplinavam a proibição do comércio com o inimigo, e o sequestro de bens do inimigo

NIBOYET, na verdade, embora acreditasse que a personalidade jurídica fosse coisa artificial, chegou a dizer que pouco importava para ele se a pessoa jurídica era, ou não, uma ficção. Desse modo, se para LAURENT, defensor mais célebre da teoria da ficção, era inaceitável o conceito de nacionalidade das sociedades, para NIBOYET esse conceito passa a ser perfeitamente admissível, ainda que sob forma *disfarçada* – algo como uma *pseudo-nacionalidade*

---

*une Nationalité des Sociétés?* 2 ed Separata de *Revue de Droit International Privé*, 2 ed, Paris, 1928, p 6

<sup>90</sup> Ver análise, *infra*, do citado artigo

Entendia, pois, o autor francês, que

*[ ] o conceito de nacionalidade das sociedades não pode significar outra coisa senão que a entidade colectiva tem a nacionalidade dos associados que detêm o controle, quer porque possuem a maioria do capital social, quer porque ocupam maioritariamente os lugares de direcção e administração, ou nela exercem uma influência preponderante, apesar de não deterem a maioria*<sup>92</sup>

Em resumo, o que fomenta essa teoria é que os sócios ou acionistas *emprestam* sua nacionalidade à sociedade, mas esta, isoladamente, não a tem

Embora o fato de que a frente veremos mais diretamente o assunto (quando da análise da posição de FABIO KONDER COMPARATO), não é demais, por ora, asseverar que a adoção dessa teoria (e o consequente critério para atribuição de nacionalidade – critério do controle) esbarra, entre nós, em dispositivo consagrado pelo art 20 do Código Civil, que expressamente diferencia a existência legal da pessoa jurídica e a existência dos seus membros. Portanto, à luz desse dispositivo, não pode o sócio ou acionista controlador de uma sociedade comercial *emprestar* sua nacionalidade a esta, porquanto pessoas diferentes. O *empréstimo* da nacionalidade implicaria sempre na renúncia ou desconsideração da personalidade jurídica.

Fechando a síntese vale lembrar a crítica de ADAUCTO FERNANDES<sup>93</sup> “*A nacionalidade da pessoa jurídica independe da situação de ser ou não natural do Estado os seus diretores ou gerentes, uma vez que a nacionalidade destes não se confunde com a nacionalidade daquela*”

---

<sup>91</sup> *Idem*, p 16

<sup>92</sup> SANTOS, Antônio Marques dos, *op cit*, p 19

<sup>93</sup> FERNANDES, Aducto, *op cit*, p 218

c) *Teoria da "Staatszugehörigkeit"* - Essa tese, essencialmente alemã, em vez de considerar a problemática em torno do conceito de nacionalidade, prefere encarar a questão como um problema relativo ao *direito dos estrangeiros*<sup>94</sup>, segundo o qual, se define, para alguns efeitos e na aplicação de algumas disposições legais, se uma sociedade é alemã ou estrangeira. Nesse sentido, uma pessoa jurídica pode ser considerada nacional, sob um aspecto e por força de uma lei determinada, ou estrangeira, de acordo com preceito legal diverso, se outros forem os fins que ela visa atingir.

Conclui-se daí, que, aos ditames dessa teoria, não é possível falar-se em nacionalidade das sociedades no mesmo sentido que utilizamos para as pessoas naturais, pois, enquanto para estas o conceito de nacionalidade é uno, indivisível, para aquelas é admitida a divisibilidade, conforme a lei ou interpretação usadas.

d) *Teoria de Irigoyen* - Essa teoria, legitimamente sul-americana, foi criada na Argentina por volta de 1877. É também conhecida, principalmente naquele país, como *Doctrina Irigoyen*, e, fora dele - no resto do mundo - como Doutrina Latinoamericana.

Foi desenvolvida por BERNARDO DE IRIGOYEN, então Ministro das Relações Exteriores da Argentina, quando respondeu a uma reclamação do governo da Inglaterra feita em virtude de um conflito havido entre a Província de Santa Fé e a sucursal estabelecida na cidade de Rosário, do *Banco de Londres y América del Sur*.

---

<sup>94</sup> Cf. Antônio Marques dos Santos, *op cit*, p. 26, *Fremdenrecht*.

**Disse IRIGOYEN nas suas notas de resposta<sup>95</sup>**

*El Banco de Londres y América del Sur es una persona jurídica que sólo existe con fines determinados, debe su existencia al país que la autoriza, no hay en ella nacionales ni extranjeros, no hay individuos de existencia material No son las personas quienes se asocian, sino los capitales bajo forma anónima, como la palabra lo indica No hay nombres, ni personas, ni responsabilidad individual comprometida [ ] el hecho de que las acciones hayan sido suscriptas por individuos de una nacionalidad es eventual y no puede desnaturalizar la esencia de una sociedad anónima Todas las acciones se transfieren, y las que hoy están en poder de los ingleses pueden pasar fácilmente a manos de los ciudadanos de otros países*

Essa doutrina - vale ressaltar - ao negar a nacionalidade das sociedades, o faz com relação às sociedades anônimas, específica e exclusivamente IRIGOYEN entendia que pela natureza essencialmente circulatória de suas ações, não poderiam as sociedades anônimas serem vinculadas nem ao Estado sob o qual fossem criadas, nem ao Estado ao qual fossem nacionais seus acionistas, porque estes (pela negociação dos valores mobiliários) poderiam facilmente mudar

**3.4. Teorias que Admitem a Nacionalidade das Sociedades.**

Passemos à análise das teorias que admitem a nacionalidade das sociedades

---

<sup>95</sup> Cf VILLEGAS, Carlos Gilberto, **op cit**, p 261

a) *A nacionalidade das sociedades é idêntica à dos indivíduos* - Os defensores da tese partem do seguinte princípio se a personalidade jurídica é uma criação do Direito, e, assim, não existe fora dele, também o é a oposição de personalidade aos indivíduos. Fora do Direito, então, não há pessoas, e, portanto, não há que se falar em personalidade

Mais uma vez, com ANTÔNIO M DOS SANTOS, veremos que se a personalidade colectiva é reconhecidamente uma criação jurídica, a personalidade singular também não deixa de o ser. Não há nenhuma necessidade lógica ou ontológica que transforme os indivíduos, só pelo facto de o serem, em sujeitos de direito, dotados de personalidade jurídica<sup>96</sup>. Como exemplo, o autor lembra o caso dos escravos no antigo Direito Romano e dos estrangeiros na Europa medieval

Nesse sentido manifestou-se LÉON MAZEAUD<sup>97</sup> afirmando que os seres humanos são dotados de personalidade em virtude de uma construção jurídica, e essa mesma construção jurídica é responsável por conceder personalidade às pessoas coletivas. Daí falar que tanto as pessoas físicas, como as jurídicas ou coletivas, dotadas pelo direito de personalidade, têm uma nacionalidade, pois as pessoas - e somente as pessoas - podem ter nacionalidade, esta concebida como um *"laço de dependência que une uma pessoa a um Estado"*<sup>98</sup>. Assim, a nacionalidade, no que se refere às sociedades, é a mesma dos indivíduos

Finalmente, é de MAZEAUD, ainda, a conclusão

---

<sup>96</sup> SANTOS, Antônio Marques dos, **op cit**, p. 30

<sup>97</sup> MAZEAUD, Léon *De la Nationalité des Sociétés* Journal du Droit International, 1928, p. 30-66, **apud** Antônio M. Dos Santos, **op cit**, p. 30, nota 54

[ ] a noção de nacionalidade das sociedades não só está de acordo com a concepção francesa da personalidade moral, não só é consagrada pela nossa legislação, como é ainda uma noção indispensável, que não pode afastar-se sem levantar complicações infinitas. Portanto podemos concluir que qualquer pessoa, física ou moral, tem uma nacionalidade <sup>99</sup>

**b) Teoria da analogia resultante da natureza dos sujeitos de direito** - Dessa teoria surge mais uma, segundo a qual a analogia – em vez de resultar da natureza dos sujeitos de direito - resulta da própria natureza da nacionalidade das sociedades

*O ponto de partida fundamental destas correntes é o entendimento da nacionalidade da pessoa colectiva como um conceito análogo, mas não idêntico, à nacionalidade dos indivíduos. Mas enquanto uns fundam esta analogia na própria diferença de natureza dos sujeitos de direito, outros insistem sobretudo na diferença de natureza do próprio vínculo de nacionalidade aplicado às pessoas colectivas e aos indivíduos* <sup>100</sup>

Dispõe a primeira corrente que a nacionalidade é um conceito que somente por analogia pode servir às pessoas jurídicas, no sentido de que, não sendo sujeitos de direito nos mesmos termos em que o são as pessoas físicas (indivíduos), também não podem as sociedades dizer-se nacionais de um determinado país, em termos idênticos aos dessas pessoas físicas, embora, de alguma forma, tenham a nacionalidade desse país

Já a segunda tese defende a idéia de que ambas as pessoas - físicas ou jurídicas - dispõem de nacionalidade, mas o vínculo que as

---

<sup>98</sup> *Idem*, p 31, nota 55

<sup>99</sup> *Idem*, p 32, nota 59

<sup>100</sup> *Idem*, p 37

que a um Estado não pode ser o mesmo, ou seja, a nacionalidade das pessoas, enquanto sujeitos de direito, decorre de motivos diferentes

### **3.5. Formas de Atribuição de Nacionalidade às Sociedades.**

Admitida a nacionalidade das sociedades (como é de se admitir), enfrentaremos agora outra questão, mais objetiva, nem por isso menos polêmica, que trata dos *critérios de atribuição da nacionalidade* a essas pessoas jurídicas, já que cada Estado utiliza-se de uma forma, em virtude de pura conveniência - certos de que não poderiam ser comparados com os critérios válidos para as pessoas naturais

*Critério de atribuição não se confunde com forma de aquisição* <sup>101</sup> O primeiro é dado pelo confronto de determinados fatos

---

<sup>101</sup> Sobre forma de aquisição, a legislação pátria prevê, tal como ocorre com as pessoas físicas, a possibilidade de nacionalização das sociedades comerciais. Essa permissão vem disciplinada originariamente no artigo 71 e §§ do Decreto-lei nº 2 627, de 26 de setembro de 1940 - antiga Lei das Sociedades por Ações, ainda vigente por força do art. 300 da Lei nº 6 404/76 - e também nos artigos 9º e 10 da Instrução Normativa nº 59/96 do Departamento Nacional de Registro do Comércio (transcrita integralmente no Anexo deste trabalho). Diz o artigo 71 do Decreto-lei nº 2 627/40

*“Art 71 - A sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, pode, mediante autorização do Governo Federal, nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil*

*§ 1º - Para esse fim, deverá, por seus representantes habilitados, oferecer, com o requerimento, os documentos exigidos no art. 64, parágrafo único, letras “a”, “b” e “c” sem a exceção admitida nesta letra, e “f”, a prova da realização do capital, pela forma declarada nos estatutos, e a ata da assembléia geral em que foi resolvida a nacionalização*

relativos à uma sociedade comercial com a legislação de um país, extraíndo-se disso uma conclusão subjetiva, e *g* a sociedade "X" é (ou pode ser) brasileira O segundo, forma de aquisição, diz com a maneira pela qual uma sociedade tornou-se nacional de um país, ou seja *através do que (como) a sociedade "X" é brasileira?*

A compreensão dos critérios de atribuição é de destacada importância, pois dela resulta, por exemplo, a determinação da lei aplicável as distintas relações que surgem da atuação de uma sociedade, ou o reconhecimento e proteção diplomática de uma sociedade estrangeira

A esse respeito, encontraremos os seguintes critérios dentro da doutrina contemporânea

a) *Critério da Incorporação (ou da Constituição da Sociedade)* - Esse critério apareceu inicialmente na Inglaterra, na primeira parte do Século XVIII, tendo, após, estendido-se aos demais países cujo sistema jurídico é o do *Common Law*, além de Suíça, Itália, Alemanha, Espanha, e alguns países da América Latina

Bastante simples, o critério da incorporação apenas estabelece que a sociedade terá a nacionalidade do país onde foi constituída, *incorporada* Logo, desde que se crie uma sociedade num país, sob a égide da sua legislação, essa sociedade será nacional desse país

---

§ 2º - O Governo Federal poderá impor as condições que julgar convenientes à defesa dos interesses nacionais

§ 3º - Aceitas pelo representante habilitado as condições, expedirá o Governo Federal o decreto de nacionalização, observando-se, em seguida, o disposto nos §§ 3º e 4º do art 61 "

E o art 72 disciplina o oposto, ou seja, a perda da nacionalidade, por opção da companhia  
"Art 72 - A sociedade anônima ou companhia brasileira somente poderá mudar de nacionalidade mediante o consentimento unânime dos acionistas"

Pela sua própria singeleza e pelo fato de servir à grande maioria das nações, esse um dos métodos mais utilizados para atribuir-se nacionalidade às sociedades, não obstante haja Estados que utilizem mais de um critério, de forma complementar, e outros, que não aceitam adotar o critério da incorporação por entenderem que pode ensejar fraude<sup>102</sup>

ANTÔNIO M DOS SANTOS<sup>103</sup> menciona inclusive que nos Tratados e Convenções internacionais, e nas decisões da jurisprudência arbitral internacional, o critério da incorporação surge muitas vezes, quer como critério exclusivo de atribuição da nacionalidade às sociedades, quer como critério indispensável, embora não suficiente

Entre nós, CARVALHO DE MENDONÇA, escreveu

*[ ] a nacionalidade das pessoas jurídicas depende do lugar onde foi celebrado o ato da sua constituição, embora seja outra a nacionalidade de pessoas que as componham. Como porém, no ato institucional das sociedades comerciais se determina a sede ou domicílio social é este o critério seguro da sua nacionalidade*<sup>104</sup>

Não pretendendo, de forma alguma, contestar a autoridade de CARVALHO DE MENDONÇA, mas apenas ensaiando interpretar suas

---

<sup>102</sup> Cf BALESTRA, Ricardo *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado* Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1991, p 85, e Guiomar de Freitas, *op cit*, p 45, que diz “la aplicación de la ley del lugar de constitución a la existencia de la sociedad puede favorecer el fraude a la ley, al otorgar validez a una sociedad constituida en un país de legislación fiscal más benévola e con requisitos de publicidad menos severos, cuando tal sociedad se propone actuar en otro país cuya legislación establece medidas fiscales o de publicidad - por ejemplo - más exigentes” É o caso, *v g*, de empresas *off-shore* constituídas em paraísos fiscais, como Uruguai, Ilhas Cayman, British Virgin Islands, dentre outros

<sup>103</sup> *Op cit*, p 64

palavras, parece-nos haver algum embaraço quanto à escolha de critérios. Num primeiro momento diz o consagrado tratadista que a sociedade terá a nacionalidade do lugar onde foi constituída, e, mais adiante, posiciona-se no sentido de ser a sede social o fator determinante da sua nacionalidade. Claro que podem haver situações em que se utilize mais de um critério, todavia aqui não enxergamos essa dupla atribuição.

b) *Critério da Sede Social (Siège)* - Apareceu na França, em meados do século passado, em decorrência de que seu governo percebeu um crescente número de sociedades estabelecendo-se na Inglaterra - embora com sócios não ingleses e praticamente sem vinculação econômica com aquele país - como forma de aproveitar-se de prerrogativas então oferecidas em virtude da localização.

Trazendo para atualidade esse problema, é um exemplo a instalação de empresas *off-shore* em paraísos fiscais (países em que a legislação protege o sigilo das operações praticadas) onde sabidamente as sociedades não exercem sua atividade comercial, mas mantêm endereços e contas bancárias como forma de se prevalecer de condições especiais, não encontradas no país em que efetivamente atuam. Assim, nesse último, bastaria constituir uma *filial*.

Esse critério, pois, basicamente estabelece que uma sociedade terá a nacionalidade do Estado em que tiver sua sede social. Todavia, das discussões doutrinárias em torno desse método de atribuição, surgiu novo problema: saber se a *sede social* válida para esse fim, é a *sede estatutária* ou a *sede real*.

---

<sup>104</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, *op cit*, p. 99-100, n. 623

Obviamente a sede estatutária é a que figura nos atos constitutivos da sociedade, que atribuem a esta um local de funcionamento, um local onde supostamente estarão seus órgãos de administração e, assim, onde serão as decisões tomadas. Mas nem sempre é o que ocorre, pois, por conveniência ou fraude (conforme anotado anteriormente), uma sociedade pode mencionar em seus estatutos ou no pacto social que a sede será no Estado "A", mas efetivamente a instala no Estado "B"

A jurisprudência baseada no critério da sede social vem entendendo que a sociedade terá a nacionalidade do país onde de fato exerce sua atividade, ou seja, no país onde está sua *sede real* (a esse respeito citamos jurisprudência de 1984, da Corte de Apelação de Paris, lembrada por JACOB DOLINGER<sup>105</sup> "*Tratava-se de apurar a lei aplicável ao Banco Ottomano, que, segundo as normas do direito francês deveria ser a lei do país de sua sede real, na hipótese esta regra indicava como aplicável a lei inglesa, eis que o centro administrativo do Banco Ottomano se situava na Inglaterra*" - no entanto foi outro o desfecho do caso). A propósito HENRI BATIFFOL<sup>106</sup> assenta o motivo disso ao mencionar que a sede estatutária, não raro, pode consistir numa simples caixa postal, ou num pequeno escritório onde se recebe e envia correspondência, enquanto que a sede real traduz uma ligação muito mais estreita e efetiva com um Estado

Na França, país que fez surgir esse critério, o ordenamento jurídico ainda se vale da sede social para atribuir nacionalidade às sociedades, e, por consequência, definir a lei aplicável. PHILIPPE MERLE bem asseverou a esse respeito<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> DOLINGER, Jacob, **op cit**, p 442

<sup>106</sup> BATIFFOL, Henri *Le Changement de Nationalité des Sociétés*, p 65-77, **apud** SANTOS, Antônio Marques, **op cit**, p 66, nota 170

[ ] deux de ces critères, celui du siège social et celui du contrôle, sont utilisés par le droit français. Concernant la loi applicable à la société, c'est le critère du siège social qui est retenu. Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française (art L 3, al 1<sup>er</sup>, compar Art 1837, al 1<sup>er</sup> C Civ)

Mais adiante o autor complementa e reforça a problemática já levantada quanto à sede real *“Le siège social doit être sérieux et réel. S’il était fictif, les tiers, en particulier le fisc, auraient le choix entre le siège statutaire et le siège réel (art L 3, al 2)”*

Por fim, é de lembrar a justificativa de JEAN SHAPIRA para a adoção do critério da sede social para fixação da *“lex societatis”*, que, segundo ele, oferece três requisitos essenciais: realismo, sinceridade e previsibilidade. *“O realismo pede por um elo efetivo entre a sociedade e o país cuja lei se vai aplicar, a sinceridade visa evitar que ocorram manipulações que objetivam fraudar a lei, principalmente as normas fiscais, e a previsibilidade significa que o elo seja simples e estável”*<sup>108</sup>

c) *Critério da Autonomia da Vontade* - Bastante difundido nos países da Europa durante o Século XIX - e ainda vigente, embora menos significativo que os dois critérios já analisados - esse, por sua vez, atribui aos sócios fundadores da sociedade o poder de escolha da nacionalidade, manifestando a opção nos atos constitutivos.

E uma *“transposição da teoria da autonomia da vontade nos contratos, mas a possibilidade de fraude condenou esse critério”*

---

<sup>107</sup> MERLE, Philippe, *op cit*, p 90

<sup>108</sup> SHAPIRA, Jean *Le Droit International des Affaires*, p 57, *apud* DOLINGER, Jacob, *op cit*, p 433

diz GUIOMAR DE FREITAS<sup>109</sup>, e *“se fundamenta en que las partes pueden elegir la ley internacional que rige el contrato respectivo, en tanto no se vulneren principios de orden jurídico de otros países Es la tesis que recoge el Código Bustamante”*, complementa VILLEGAS<sup>110</sup>

Quanto às observações de GUIOMAR DE FREITAS, por uma face entendemos que a autonomia da vontade, muito embora seja um princípio que rege o direito contratual, não pode ser levado às últimas consequências, isto é, não pode ser utilizado para escolher determinada nacionalidade aleatoriamente. Ao nosso ver seria uma deturpação do princípio, que deve restringir-se ao objeto e matéria contratuais. Por mais acreditamos mesmo na real possibilidade de fraude (reportamo-nos ao mesmo exemplo de fraude trazido quando da análise do critério anterior)

Já quanto à observação de VILLEGAS, não é demais comentário no sentido de que esse Código, elaborado por Bustamante, além do critério da autonomia da vontade, ainda consagra vários outros, o que o torna, por via de consequência, uma legislação bastante confusa. Mas, sobre o assunto específico do Código de Bustamante, reservamos tópico próprio, mais adiante.

d) *Critério do Local (ou Centro) de Exploração*<sup>111</sup> - Historicamente, esse critério *“foi adotado pela jurisprudência francesa e seguido por uma parte da doutrina na segunda metade do século XIX, tendo*

---

<sup>109</sup> FREITAS, Guiomar de, **op cit**, p. 42

<sup>110</sup> VILLEGAS, Carlos Gilberto, **op cit**, p. 253

<sup>111</sup> Também denominado *critério econômico* por Fernando Boiteux e Luiz Mélega, sendo que este último o subdivide em: a) critério do centro principal dos negócios ou centro de exploração, b) critério do país no qual se produz a maior parte de emissão de ações, c) critério do controle

*sido abandonado a partir dos primeiros anos do século XX, época em que o critério da sede social triunfou definitivamente em França”*<sup>112</sup>

Da mesma forma que ocorre com o critério da sede social, este também exige uma ligação de carácter territorial entre a sociedade e o Estado ao qual estará vinculada. Assim, segundo esse critério, *v g*, uma sociedade será brasileira desde que o seu centro de exploração econômica - o local onde explora suas atividades comerciais - aqui esteja estabelecido.

Duas ressalvas podem ser feitas quanto a essa forma de atribuição de nacionalidade. A primeira diz respeito às sociedades que desenvolvem atividades em vários países (grandes grupos econômicos, tal como as companhias distribuidoras de petróleo ou montadoras de automóveis, dentre outras), situação onde se torna difícil determinar qual o seu *centro de exploração*. Nem o argumento de que o centro de exploração é o local onde há maior volume de atividade pode prosperar, visto que esse *local* também é passível de mudança por vários fatores, inclusive sociais e políticos.

Outra ressalva é no sentido de que há sociedades - que exploram atividades econômicas como construção civil ou extração mineral - que deslocam seu centro de exploração de país a país, conforme sua necessidade ou oportunidade, o que sem dúvida acarreta uma confusão no momento de atribuir-lhes a nacionalidade de um ou de outro Estado.

e) *Critério do Controle* - Teve sua difusão mais acentuada em momentos de guerra (tanto na Primeira, como na Segunda Guerra Mundial), quando se procurava estabelecer se determinada sociedade

---

<sup>112</sup> Cf. LOUSSOUARN, Yvon. *La Condition des Personnes Morales en Droit International Privé*. RCADI, 1959-I, t. 96, p. 447-552, **apud** SANTOS, Antônio Marques, **op cit**, p. 69, nota 190.

era amiga ou inimiga, conforme pertencesse a um, ou outro Estado. Mas na França, por exemplo, onde sempre esteve consolidado o critério da sede social, uma sociedade composta exclusivamente por alemães mas com sede real em Paris era juridicamente francesa (ainda que economicamente alemã), e assim escapava da determinação de sequestro dos bens pertencentes a pessoas inimigas, frustrando o governo.

Inobstante essa medida de guerra – sequestro de bens – tenha sido adotada em diversos países e em épocas distintas, registramos que na França um dos casos se deu por força da “*Circulaire du Garde de Sceaux*” de 29 de fevereiro de 1916, que incitava os tribunais a proceder ao sequestro dos bens de uma sociedade “*dès que notoirement as direction ou ses capitaux sont en totalité ou en majeure partie entre les mains de sujets ennemis*”<sup>113</sup>

Considerava-se, pois, uma sociedade *inimiga*, conforme a nacionalidade dos indivíduos que detinham o seu efetivo controle<sup>114</sup>

Mas, embora razões fortes, não foram as guerras as únicas que motivaram sua utilização, posto que na doutrina há quem acredite ser essa a melhor forma de estabelecer a nacionalidade das sociedades, certo ainda, que na legislação ela aparece frequentemente

Portanto, para os seguidores do critério do controle, o que interessa é saber efetivamente quem comanda a sociedade, e não

---

<sup>113</sup> Cf. BATIFFOL, Henri, *op cit*, p. 228

<sup>114</sup> VILLEGAS, *op cit*, p. 255, cita Le Pera e exemplifica a utilização desse critério invocando um caso concreto. Na Inglaterra, no ano de 1916, a Câmara dos Lordes, analisando o caso “*Continental Tyre Co v Daimler*”, resolveu que uma sociedade deveria ser considerada “*inimiga*” se estivesse sob a influência dominante de uma pessoa física ou jurídica que, à sua vez, deveria ser classificada como “*inimiga*”

propriamente quem são os detentores de ações ou quotas sociais (posto que, muitas vezes - ou na maioria das vezes - os sócios comuns não têm legitimidade para agir em nome da sociedade)

Daí resta claro que a atribuição da nacionalidade às sociedades, pelo critério do controle, significa que esta será *nacional* de um país desde que o *controle* (entendido como poder de decisão pela maioria) da sociedade seja exercido por pessoa natural ou mesmo coletiva (assim, outra sociedade) desse país

A seu turno, e conforme ANTÔNIO M DOS SANTOS<sup>115</sup>

*[ ] o controle pode surgir como critério exclusivo de atribuição da nacionalidade - e nesse caso só as sociedades controladas por nacionais -, ou como ocorre mais frequentemente, ele pode aparecer como elemento necessário, embora não suficiente, de atribuição da nacionalidade à sociedade, neste último caso, exige-se frequentemente, para atribuição da qualidade de nacional à sociedade, além do controle por nacionais, a constituição segundo o direito do país (incorporation) e/ou a localização da sede social no Estado de cuja nacionalidade se trata*

As duas últimas exigências mencionadas (critérios já comentados, letras "a" e "b", *supra*), traduzem situação, não rara, onde se faz necessária a sobreposição de dois ou mais critérios para chegar-se à nacionalidade de uma pessoa jurídica<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> **Op cit**, p 73

<sup>116</sup> É o que ocorria na Constituição Federal que, antes da Emenda Constitucional nº 6/95 que revogou o artigo 171, adotava, além do controle, os critérios da incorporação e sede social Sobre o assunto, reservamos tópico especial

Já, para concluir se determinada sociedade tem seu controle nas mãos de nacionais do Estado que pretende seja reconhecida sua nacionalidade, via de regra são examinados alguns aspectos dados como determinantes. Por vezes basta que a maioria do capital (maioria simples ou qualificada) esteja em poder de pessoas do Estado em questão, em outros casos exige-se que a maioria dos sócios ou administradores sejam desse Estado, ou ainda, há casos em que é exigida a cumulação das duas *maiorias* – como por exemplo nas Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas (assunto tratado adiante)

Vemos, assim, que essa determinação é um tanto subjetiva, variando de acordo com o ordenamento de cada país

Todavia é defensável uma crítica no sentido de que o controle, se tomado sozinho para a atribuição de nacionalidade, pode ser bastante falho e obscuro, já que, além de ser de difícil determinação em alguns casos, pode mudar de mãos facilmente (veja-se o princípio da livre circulabilidade da participação societária nas sociedades anônimas, por exemplo), o que faria com que a sociedade mudasse sua nacionalidade cada vez que houvesse troca no comando societário, e mesmo se continuasse sediada no mesmo local

Por esse lado, WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA considera esse o critério mais imperfeito, sendo aceitável sua utilização apenas em virtude de transitórias razões políticas. Além de igualmente trazer os argumentos que utilizamos logo acima, diz o autor

*Há que pôr em foco, outrossim, as hipóteses em que os sócios sejam representados por homens de confiança, “testas de ferro” ou “homens-de-palha”, cuja qualidade de sócios é apenas aparente, bem*

*como as hipóteses de ações ao portador cujos detentores reais são ignorados* <sup>117</sup>

Diante de tudo, cabe ressalva quanto à dupla forma de se entender o controle no caso da determinação da nacionalidade (certo que, em se estudando o *controle* isoladamente, outras variações não de surgir, conforme FABIO KONDER COMPARATO) De um lado o controle se determina em razão da nacionalidade dos sócios ou acionistas (a nacionalidade da pessoa física mesmo), hipótese que justifica a adoção desse critério em tempos de guerra, por outro, o controle é determinado em razão do domicílio do sócio ou acionista, sem levar em conta sua nacionalidade de origem Este último é o caso previsto no Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas, e na Lei de Sociedades por Ações quando faz referência à formação do capital das sociedades controladoras dos grupos de sociedades, tal como veremos adiante

De outra maneira falando, e tendo a nossa realidade como referência, pode a lei exigir que a sociedade tenha o controle nas mãos de brasileiros (natos ou naturalizados), ou que tenha o controle nas mãos de pessoas (brasileiras ou não) domiciliadas no Brasil

Finalmente, ocorrendo agora à crítica de CAMPOS BATALHA, com a qual nos identificamos, não é demais buscar novamente o auxílio de ANTÔNIO M DOS SANTOS - cuja autoridade na matéria não se contesta – que, com YVON LOUSSOUARN, põe termo à controvérsia

*A teoria do controle visa assim ultrapassar o rigor das construções jurídicas, ou, pelo menos, abandonar o juridismo excessivo, para determinar quais os interesses económicos e/ou políticos reais que se perfilam - ou escondem - por detrás do ente colectivo As suas*

---

<sup>117</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*

*preocupações são portanto primacialmente económicas ou político-económicas* <sup>118</sup>

f) *Critério do Investidor Nacional* - Considerado por alguns autores como uma variante inovadora do critério do controle, o critério do investidor nacional (também chamado de critério do Grupo Andino) tem seu mérito assentado exatamente na originalidade da noção que empresta ao “*investidor*”

Não é necessário que uma pessoa seja nacional de um país - e aí falamos tanto de nacionalidade da pessoa física como da jurídica - para ser *investidor nacional* desse país. O conceito de investidor nacional, portanto, está diretamente ligado ao seu domicílio legal, para tanto bastando que a pessoa, física ou jurídica, seja domiciliada em algum país para ser dele considerada um investidor.

Desse modo, segundo o critério em pauta, a sociedade tem a nacionalidade dos seus investidores (não se confunda investidor nacional com controlador), desde que esses investidores sejam detentores de uma determinada porcentagem do capital.

De certa forma, é o critério utilizado pelo Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas<sup>119</sup>, que, conforme já manifestamos anteriormente, assume a característica de binacionalidade desde que oitenta por cento do capital votante pertença a *investidores nacionais de um dos dois países*, respeitando um mínimo de trinta por cento para cada país.

---

vol I Rio de Janeiro Forense, 1973, p 78

<sup>118</sup> SANTOS, Antônio Marques dos, *op cit*, p 75, nota 209

<sup>119</sup> Veja-se que o Estatuto inclusive utiliza o termo *investidor nacional*

g) *Critério do Centro de Decisão* - Concebido por BERTHOLD GOLDMAN<sup>120</sup>, esse critério empresta sua utilização aos grupos multinacionais de sociedades, que em sua maioria têm um núcleo de direção baseado em um país, não obstante possuam uma pluralidade de sociedades subordinadas a esse núcleo, distribuídas em outros países

Há, entretanto, dois motivos que autorizam uma forte rejeição a esse critério o primeiro é por assemelhar-se muito aos critérios do controle e da sede social, embora com isso não concorde seu criador, defendendo que o critério do controle é excessivo e insuficiente Quanto ao seu *parentesco* com o critério da sede social, assevera GOLDMAN<sup>121</sup> que o país da sede social da *sociedade-mãe* do grupo multinacional, poderá não corresponder ao país da localização do centro de decisão, pelo que não há semelhança entre os dois métodos (com o que, somos levados a concordar)

O segundo motivo é trazido ainda por MARQUES DOS SANTOS, que entende ser muito difícil determinar, na prática, o centro de decisão, uma vez que existem grupos societários com estrutura complexa, comportando filiais, e, muitas vezes, filiais de filiais Para ilustrar seu ponto de vista, exemplifica com o seguinte raciocínio “ ‘A’, *sociedade americana, incorpora uma sociedade ‘AA’, sua filial, em Londres, e esta, por seu turno, controla a sociedade ‘AAA’, com sede em França Qual a nacionalidade de ‘AAA’, ou, por outras palavras, onde se encontra o seu centro de decisão - nos Estados Unidos ou no Reino Unido ?*”<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Autor de *Droit Commercial Européen*, e *La Nationalité des Sociétés dans la Communauté Economique Européenne*

<sup>121</sup> GOLDMAN, Berthold *La Nationalité des Sociétés dans la Communauté Economique Européenne*, p 232, **apud** SANTOS, Antônio Marques dos, **op cit**, p 80, nota 232

<sup>122</sup> SANTOS, Antônio Marques dos, **op cit**, p 81

Se antes nos pusemos de acordo com a argumentação de GOLDMAN, agora concordamos com a complexidade que envolve esse critério, lembrando também da existência de outros fatores que podem agravar ainda mais a indagação transcrita acima, que são as sociedades que ostentam participações cruzadas de capital, os consórcios (ou *pool* de empresas), as *joint ventures*, etc

Pois bem, certo que não se pode alimentar negativismo em relação à nacionalidade das sociedades - posicionamento já anteriormente manifestado - e certo que é de singular importância o critério de atribuição da nacionalidade (pois encerra diversas questões, dos pontos de vista político, econômico e, principalmente, jurídico), essas as considerações que por ora entendemos pertinentes, com a certeza, entretanto, de que mais adiante voltaremos ao seu estudo

### ***3.6. Conseqüências da Atribuição de Nacionalidade.***

Não obstante a atribuição de nacionalidade acabe por ensejar conseqüências nas mais diversas faces da atividade empresarial, separamos cinco situações onde ela se faz sentir mais intensamente (ou, ao menos, de forma mais importante), quais sejam lei aplicável as sociedades, reconhecimento de uma sociedade constituída no exterior, habilitação para atuar em determinado país, distinção entre sociedades nacionais e estrangeiras para o gozo de algumas prerrogativas, e, proteção diplomática das sociedades

a) *Lei aplicável* - Como já tivemos a oportunidade de enfatizar anteriormente (e faremos também mais adiante), talvez o principal motivo de buscar-se a nacionalidade de uma sociedade seja para saber a qual ordenamento jurídico ela estará subordinada<sup>123</sup> Com efeito, muitas leis nacionais, muitos tratados e convenções, não se referem expressamente à nacionalidade das sociedades, mas sim à lei à qual estarão subordinadas<sup>124</sup> Desse modo, mais do que uma consequência, a determinação da *lei aplicável* às sociedades consubstancia-se em importância fundamental da determinação da nacionalidade

A propósito, JOSE DE OLIVEIRA ASCENSÃO, jurista português e professor da Universidade de Lisboa (com marcante passagem pelo Brasil, e profundo conhecedor do nosso Direito), escreve em sentido um pouco diverso, dizendo

*[ ] é necessário distinguir a nacionalidade e o estatuto pessoal A nacionalidade é um vínculo, de caráter político, entre uma pessoa e um Estado cada Estado determina quem são os seus nacionais O estatuto pessoal é um tema de direito internacional privado, pelo qual se determina a lei aplicável às sociedades, quando surjam conflitos de leis, podendo a lei aplicável ser a nacional ou a estrangeira*<sup>125</sup>

De todo modo, diante de um caso concreto, devemos sempre buscar elementos que auxiliem na determinação da lei que será aplicável, por exemplo, para reger relações internas entre os sócios, relações

---

<sup>123</sup> A esse respeito, Philippe Merle (*op cit*, p 89), no seguinte sentido “ *de fait, il est du plus grand intérêt de déterminer la nationalité d'une société pour savoir quelle loi lui est applicable afin de fixer son statut juridique (règle de constitution, de fonctionnement ) En outre, lorsque certains droits sont réservés aux nationaux français la détermination de la nationalité sera décisive*”

<sup>124</sup> A esse respeito, vide a legislação belga e italiana, *infra*

com terceiros, ou aspectos do funcionamento da sociedade, como formação do capital, direitos e deveres dos sócios, formação e atuação dos órgãos sociais, etc. É, pois, o que acontece na maioria das questões lavadas aos tribunais internacionais

b) *Reconhecimento de sociedade constituída no exterior* - Pela atribuição de nacionalidade a uma sociedade, chega-se a reconhecer uma sociedade estrangeira, ou seja, através da utilização de um critério de atribuição, ter-se-á uma sociedade como nacional de um país ou estrangeira em relação a este país

#### Sobre o assunto VILLEGAS lembra

[ ] *la doctrina de la 'incorporación' dirá que existe tal sociedad en tanto se hayan cumplido las formalidades y requisitos del lugar de constitución, mientras que la doctrina de la 'siège', dirá que se deberá tener en cuenta para saber si hay sociedad la ley del país donde la sociedad actúa o tiene el principal centro de explotación, y la doctrina del control aplicará la ley de la nacionalidad de los socios o de los administradores sociales*<sup>126</sup>

Registra-se ainda o posicionamento da Convenção de Haya sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades, que adotou o princípio de que essa personalidade jurídica é reconhecida de pleno direito sempre que tenham sido cumpridas as formalidades e publicações do país de constituição (vide Capítulo Sétimo, número 73, *infra*)

---

<sup>125</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira *Direito Comercial* Sociedades Comerciais, vol IV Lisboa [s n ], 1993, p 44-45

<sup>126</sup> VILLEGAS, Carlos Gilberto, *op cit*, p 256

c) *Habilitação para atuar* - E também consequência da nacionalidade de uma determinada sociedade a habilitação para que atue fora do seu país de origem. Não se deve, entretanto, confundir uma atuação através de atos isolados, circunstanciais, com uma atuação permanente, realizada através de sucursal ou agência, pois, aí sim, a sociedade respeitará o regime legal adotado pelo país onde atue.

Da mesma forma não se deve confundir o reconhecimento da sociedade estrangeira, com a sua atuação num país estranho ao de origem – questão abordada por JACOB DOLINGER da maneira que segue

*Já vimos que há de se distinguir entre o reconhecimento da pessoa jurídica estrangeira e o seu funcionamento em nosso território enquanto o reconhecimento decorre exclusivamente da lei de sua nacionalidade, pelo que reconheceremos em nosso país todas as pessoas jurídicas que tenham sido registradas e/ou inscritas no país de sua constituição, diverso é o critério para que as mesmas possam funcionar em nosso país. Para tanto, deverão submeter-se às nossas leis* <sup>127</sup>

Daí a expressão “entretanto” do parágrafo 1º do artigo 11, da Lei de Introdução ao Código Civil

É dizer, se uma sociedade busca, entre nós, atuação efetiva, e for considerada (por qualquer critério) *estrangeira*, obrigatoriamente estará sujeita às recomendações da legislação brasileira para instalação de empresas estrangeiras, se assim pretender (como, por exemplo, as citadas Instruções Normativas nº 58 e 59 do Departamento Nacional do Registro do Comércio)

d) *Distinção entre sociedades nacionais e estrangeiras para o gozo de algumas prerrogativas* - De fato, ao atribuir nacionalidade a uma sociedade, conseqüentemente estaremos incluindo-a num rol de empresas passíveis de certas vantagens oferecidas pelo Estado

Este assunto esteve estreitamente ligado ao regime econômico imperante no mundo até o fim da *guerra fria*, especialmente durante as duas Grandes Guerras, e durante as décadas de cinquenta e sessenta, sob o pretexto de resguardar áreas consideradas de interesse nacional, como a segurança, extração mineral, telecomunicações, dentre outras

No Brasil, entretanto, existe ainda essa preocupação, manifestada em dispositivos constitucionais que, por um lado restringem a atuação de empresas estrangeiras em determinadas áreas, e, por outro, conferem tratamento favorecido às empresas brasileiras (art 170, IX, e art 176 § 1º, da Constituição Federal)

No mais, a distinção entre sociedades nacionais e estrangeiras pode prestar-se também a um tratamento tributário diferenciado

e) *Proteção diplomática de sociedades* – Sobre o assunto, CARLOS VILLEGAS diz

*La atribución de nacionalidad a las sociedades ha traído como consecuencia el problema de la protección diplomática de estos entes, como una extensión del principio admitido en el derecho*

---

<sup>127</sup> DOLINGER, Jacob, *op cit*, p 446

*internacional público que autorizaba a prestar a los súbditos dicha protección contra actos de un Estado extranjero* <sup>128</sup>

Dois são os casos que exemplificam bem essa proteção diplomática – consequência da atribuição de nacionalidade a uma sociedade. O primeiro caso é o do *Banco de Londres y América del Sur*, analisado por BERNARDO DE IRIGOYEN e ponto de partida para a doutrina que leva seu nome.

Apesar, no entanto, de que a tese de IRIGOYEN negue a nacionalidade das pessoas coletivas, é certo que impedindo o governo da Inglaterra em interferir na questão suscitada entre aquele Banco e a Província de Santa Fé, acabou protegendo-o, até porque localizado em seu território.

Outro caso de proteção diplomática é o da sociedade *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd*, sempre lembrado pela doutrina contemporânea nacional e estrangeira ao comentar os critérios da incorporação e da sede social para atribuição de nacionalidade, em detrimento do critério do controle.

Tratava-se a *Barcelona Traction*, de uma sociedade constituída em 1911 no Canadá, em Toronto (onde fixou sua sede estatutária e estabeleceu sua sede social, que tinha quinze subsidiárias, sendo três naquele país e doze na Espanha), mas cujo capital estava, em sua maioria (oitenta e oito por cento) nas mãos de pessoas físicas ou jurídicas da Bélgica.

Em dado momento, então, a sociedade emitiu debêntures em libras esterlinas vinculadas às subsidiárias espanholas (certo que, aquelas subsidiárias é que deveriam resgatá-las), mas, com o advento da

---

<sup>128</sup> VILLEGAS, Carlos Gilberto, *op cit*, p 258

guerra civil na Espanha e com a política restritiva aplicada pelo seu governo, foram suspensos os pagamentos, até que em 1948 um Tribunal espanhol declarou a falência da companhia

Essa decisão gerou profundo inconformismo de alguns países e acabou resultando em reclamações diplomáticas partidas dos governos do Canadá, Inglaterra, Estados Unidos da América do Norte e Bélgica, todos sustentando ilegitimidade da declaração da falência, por não ser a Espanha o foro competente. Mais adiante, contudo, os três primeiros países retiraram suas reclamações ao reconhecerem a falta de suficiente interesse nacional, restando apenas a Bélgica, que levou a questão até a Corte Internacional de Justiça de Haia, entendendo que deveria atuar no interesse dos seus nacionais, lesados que foram

Essa Corte proferiu julgamento apenas em 1970, e, usando de uma interpretação restritiva do direito à proteção diplomática rejeitou a pretensão da Bélgica, por decisão majoritária. Sustentou, inclusive, que nenhuma regra de Direito Internacional legitimava essa reclamação, pois a sociedade não era *nacional* da Bélgica, apenas seus acionistas, e, assim, somente o governo canadense teria legitimidade ativa para reivindicar

No caso, pois, a Corte Internacional claramente mostrou seu entendimento ao utilizar os critérios da incorporação e da sede social como meio hábil a estabelecer a nacionalidade das sociedades (veja-se que a *Barcelona Traction* foi constituída no Canadá, sob as leis canadenses, e tinha sedes no Canadá e Espanha, muito embora a maioria dos sócios fosse belga). Somente o voto discordante, do Juiz GROS, deu prevalência para a questão econômica, suscitando o fato de que o prejuízo fora sofrido por acionistas belgas, e que, portanto, estaria legitimada a Bélgica para reivindicar qualquer indenização

### **3.7. Mudança e Perda de Nacionalidade.**

Da mesma forma que uma pessoa física (ou natural), pode optar por deixar de ser nacional de um país, passando a ser de outro (renunciando, portanto, ao vínculo político e jurídico que o ligava ao primeiro), assim também pode a sociedade comercial personificada. Se os caminhos para a mudança não são necessariamente coincidentes, as razões podem ser sujeitar-se a outro sistema legal, por exemplo

Da mesma forma que a pessoa jurídica pode mudar seu domicílio, de uma cidade para outra, de uma província ou região do país, para outra província ou região do mesmo país, pode também mudar seu domicílio de um país para outro diferente

Como exemplo podemos considerar o de uma sociedade domiciliada em São Paulo e que, por contingência de mercado, transfira todo seu estabelecimento comercial (inclusive domicílio) para a cidade do Rio de Janeiro, e, de lá, posteriormente, também por contingência, transfira tudo para a cidade de Buenos Aires. Nesse último caso a transferência do estabelecimento comercial e do domicílio implica (ou poderá implicar, conforme o caso concreto) também a mudança de nacionalidade daquela sociedade. Isso, naturalmente, desde que respeitadas a legislação do país originário (principalmente no que diz respeito às obrigações), e do país de destino (como no que se refira ao reconhecimento da personalidade jurídica e a autorização para funcionar e instalar-se)

Ainda utilizando o mesmo exemplo, veja-se que, se a transferência do estabelecimento e do domicílio, por si, não confere nova nacionalidade, nos países que adotam o critério da sede social para determinar a que Estado a sociedade está vinculada, a transferência acarreta, sem nenhuma dúvida, a perda da nacionalidade originária

Em outras palavras se a legislação de um país considera nacional a pessoa jurídica nele sediada<sup>129</sup>, a transferência da sede para outro país, se não conferir nova nacionalidade (por razões de direito interno desse país de destino), ao menos faz com que essa pessoa jurídica perca a nacionalidade que antes detinha, já que não mais atenderia ao requisito de manter sua sede social no território do país de origem

Nesse sentido escreveu WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, tomando como referência a nossa realidade

*Deliberada a mudança de nacionalidade de sociedade brasileira, contrariamente às leis do Estado da nova nacionalidade, a pessoa jurídica não teria qualquer nacionalidade sendo, na prática, impossível sua existência*<sup>130</sup>

Diante dos exemplos trazidos, que nos dias atuais são frequentes, e diante do direito positivo (que veremos a seguir), firmamos entendimento no sentido de ser perfeitamente possível a mudança de nacionalidade de uma pessoa jurídica<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Ver o caso do nosso País, que cumula os critérios da incorporação e da sede social “*que tenha a sede da sua administração no Brasil*”

<sup>130</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, *op cit*, p 81

<sup>131</sup> No capítulo seguinte trataremos de diversos autores separada e atentamente. Todavia oportuno é o elenco dos que admitem e dos que negam a mudança de nacionalidade das pessoas jurídicas. Entre os que aceitam a mudança estão Haroldo Valladão, Oscar

Não há que se confundir, claro, com a naturalização, própria das pessoas físicas. Embora esse termo não esteja de todo errado quando aplicado às sociedades, melhor é ficar com “nacionalização”

Por lado oposto, dizer que a mudança de nacionalidade ocasiona a extinção da pessoa jurídica em um país e a criação de nova pessoa jurídica em outro – tese sustentada por DESPAGNET, na Europa, CLOVIS BEVILÁQUA e RODRIGO OCTAVIO, no Brasil – não nos parece o mais acertado

Não obstante sejam posições adotadas no início do Século XX, batem de frente com o que dispõe os artigos 71 e 72 da antiga Lei de Sociedades por Ações (Decreto-Lei 2 627, de 26 de setembro 1940) Artigos ressalvados pelas legislações posteriores, portanto em vigor

*Art 71 - A sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no país, pode, mediante autorização do Governo Federal, nacionalizar-se transferindo sua sede para o Brasil*

*§ 1º - Para esse fim, deverá, por seus representantes habilitados, oferecer, com o requerimento, os documentos exigidos no art 64, parágrafo único, letras 'a', 'b' e 'c', sem a exceção admitida nesta letra e 'f', a prova da realização do capital, pela forma declarada nos estatutos e ata da assembléia geral em que foi resolvida a nacionalização*

*§ 2º - O Governo Federal poderá impor as condições que julgar convenientes à defesa dos interesses nacionais*

---

Tenório, José Edwaldo Tavares Borba, [ ] Já entre os que negam, figuram Clóvis Beviláqua, Rodrigo Octávio, Waldemar Ferreira, Adauto Fernandes (para quem “a **nacionalidade** aparece, aqui, na sua plenitude jurídica - é uma relação de direito, de **caráter e modo interno**. Só o Estado de **origem a concede**, e ela, porém, não a pode **obter** em qualquer outro Estado. Aí, o que ela alcança, é **licença** para funcionar na

§ 3º - Aceitas pelo representante habilitado as condições, expedirá o Governo Federal o decreto de nacionalização, observando-se, em seguida, o disposto nos §3º e §4º do art 61

Art 72 - A sociedade anônima ou companhia brasileira somente poderá mudar de nacionalidade mediante o consentimento unânime dos acionistas

Da transcrição acima não resta dúvida de que o Direito brasileiro tanto aceita a nacionalização de uma sociedade estrangeira, como reconhece viável a perda da nacionalidade por uma sociedade então considerada brasileira

Mas, justamente em face desses artigos, conjugados com o art 60 do mesmo diploma legal, é que WALDEMAR FERREIRA nega a possibilidade de mudança da nacionalidade brasileira, para outra Diz o autor que se a consequência de ter sido a pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras é a nacionalidade brasileira, não pode a pessoa jurídica mudar de nacionalidade, mesmo transferindo-se para o exterior, porque sempre carregará consigo o fato de ter sido aqui constituída<sup>132</sup>

Se nos é permitido discordar, achamos que constituir-se sob as leis brasileiras é requisito para ter a nacionalidade brasileira, não consequência

No âmbito de outras legislações, fora do Brasil, veremos que se repetem por um lado a admissão da mudança de

---

conformidade da lei local As **peçoas jurídicas** não se naturalizam” FERNANDES, Adauto, **op cit**, p 284)

<sup>132</sup> FERREIRA, Waldemar *Tratado de Sociedades Mercantis* Sociedades Anônimas, vol III 4 ed São Paulo Freitas Bastos, 1952, p 612 e ss

nacionalidade, e por outro as exigências para tanto. Veja-se, primeiro, o que dispõe o Código Bustamante

*Art 20 - A mudança de nacionalidade das corporações, fundações, associações e sociedades, salvo nos casos de variação da soberania territorial, terá que se sujeitar às condições exigidas pela sua lei antiga e pela nova*

A exemplo da lei brasileira, a portuguesa, através do artigo 3º do Código das Sociedades Comerciais (Decreto-Lei nº 262, de 2 de setembro de 1986) também prevê a mudança da nacionalidade – de portuguesa para outra – assim como a nacionalização de uma sociedade estrangeira

Já, em França, é a lei nº 66 537, de 24 de junho de 1966, que trata do assunto. Todavia o faz de forma levemente diversa, condicionando a mudança da nacionalidade à existência de um acordo com o país de destino da sociedade, no sentido deste permitir a transferência da sede para o seu território e conceder nova nacionalidade conservando a personalidade jurídica. Dispõe o artigo 154 da referida lei

*Art 154 - L'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique*

De qualquer sorte, tanto em face da doutrina, como das legislações estudadas e até em face da jurisprudência, concluímos pela possibilidade de uma sociedade mudar sua nacionalidade originária sem passar por um processo de extinção da pessoa jurídica e criação de uma nova

É claro que as sociedades, por algum motivo, podem simplesmente perder sua nacionalidade, originária ou não

E essa perda se dará ou pela não observância de algum critério de atribuição de nacionalidade utilizado por um Estado, ou como sanção, aplicada por um Estado à uma sociedade

Embora não seja regra, essa perda, na maioria dos casos, poderá resultar em que a sociedade fique apátrida, ou seja, sem nacionalidade, sem vínculo com nenhum Estado<sup>133</sup>

### ***3.8. A Nacionalidade das Sociedades Conforme sua Situação no Mundo Jurídico.***

Já manifestamos aqui posição favorável à nacionalidade das sociedades comerciais. Entretanto, o que até agora foi tratado diz respeito basicamente às sociedades comerciais regularmente constituídas e inscritas nos órgãos próprios de comércio. Diz respeito assim, às sociedades que tiveram sua personalidade jurídica outorgada por um Estado, através do seu ordenamento que, então, reconheceu a entidade nascente

Não poderíamos, contudo, excluir de análise as sociedades de fato ou irregulares, as sociedades em formação, as sociedades

---

<sup>133</sup> Matéria tratada mais adiante, capítulo V

em liquidação, e as sociedades que, pela própria lei, não são passíveis de personificação

Iniciaremos pelas sociedades de fato

É irregular, ou de fato, a sociedade que não teve seus atos constitutivos registrados no órgão de comércio, ou que, se teve, aqueles apresentaram algum vício que impossibilitaram a conclusão ou permanência do arquivamento. E dentre as diversas consequências do não cumprimento das formalidades de constituição da sociedade, destacamos exatamente a que impossibilita a outorga, pelo Estado, da personalidade jurídica<sup>134</sup>

Segundo o Professor ASSIS GONÇALVES, a sociedade irregular ou de fato estaria até mesmo excluída do conceito de sociedade, uma vez que são *“centros de imputação de interesses com certa autonomia reconhecida pelo direito, mas sem a possibilidade de agir com a desenvoltura prevista para a pessoa jurídica (para a sociedade regularmente constituída)”*<sup>135</sup>

Semelhante é a situação das sociedades em formação

É sabido que a constituição de uma sociedade anônima não se encerra em um único ato, mas, ao contrário, requer uma sequência de providências que vão desde a subscrição e depósito de parte do capital, até a realização de assembléias, tudo antes de se levar os documentos de constituição a registro. Mas durante esse lapso temporal – do início da constituição, até sua conclusão – é evidente que a sociedade que está sendo

---

<sup>134</sup> As sociedades irregulares ou de fato são tratadas pelo Projeto de Lei nº 634/75, art. 989 e ss – Código Civil ou *das Obrigações* – como *sociedades em comum*

<sup>135</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *op cit*, p. 118

formada terá necessidade de praticar alguns atos e negócios jurídicos, esse o motivo do artigo 91 da Lei 6 404/76, que assim estabelece

*Art 91 – Nos atos e publicações referentes a companhia em constituição, sua denominação deverá ser aditada da cláusula “em organização”*

Todavia a sociedade está ainda em formação, sem o devido registro nos órgãos próprios e, aliás, poderá até mesmo nem ser plenamente constituída, na hipótese de se negar a constituição em assembléia (caso do art 87, §3º da L S A ), ou no caso de negação pelo próprio registro de comércio, pela inobservância ou falta de preenchimento de algumas formalidades legais

E se a sociedade é compelida a utilizar a expressão “*em organização*” durante esse período inicial que precede seu registro, o raciocínio consequente é que, nesse período, a sociedade não está plenamente organizada, formada, e ainda não tem personalidade jurídica, já que esta lhe é outorgada apenas com o registro

Dentre as sociedades despersonalizadas, sobra para referência a sociedade em conta de participação, prevista nos artigos 325 a 328 do Código Comercial Brasileiro

Abarcando características bastante peculiares quanto à constituição, registro e forma de apresentação perante terceiros, essa sociedade, que notadamente não encerra personalidade jurídica, assemelha-se sobremaneira às “*partnerships*” e aos “*investment trusts*” do Direito anglo-saxão, e às sociedades de pessoas do Direito germânico, que também não dispõem de personalidade jurídica

Quem reservou bom espaço na sua obra para tratar dessa modalidade societária – principalmente confrontando a legislação atual com o Projeto de Lei nº 634/75 – foi ATTILA DE SOUZA LEÃO ANDRADE JR , que ao explicar sua constituição, escreveu

*O art 995 do Projeto reproduz a mesma regra do art 325, in fine do Código Comercial em virtude da qual, a constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito Normalmente se prova mediante um contrato escrito que, todavia, a própria lei dispensa qualquer registro para sua validade Em adição, o art 996 do Projeto estabelece que o contrato social produz efeito apenas entre os sócios, e eventual inscrição do instrumento do contrato social em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade*<sup>136</sup>

Assim, e pela linha de estudo que adotamos, não parece razoável falar em nacionalidade das sociedades que acima tratamos E isso por que se partimos do pressuposto que a sociedade para ser nacional de um país necessita antes ser pessoa jurídica, vale dizer, antes ter sido reconhecida pelo ordenamento jurídico desse país, a sociedade que não foi reconhecida, e assim não teve sua personalidade jurídica outorgada, por via de consequência não terá nacionalidade alguma O mesmo se pode dizer quanto às sociedades em conta de participação, que embora reconhecidas e tipificadas pelo ordenamento jurídico, não lhes foi, por lei, concedida a personalidade, assim, *ipso facto* também por lei, lhes foi negada nacionalidade

Não é o caso de sociedades apátridas (no sentido que se estudará mais à frente), mas sim o caso de sociedades sem nacionalidade

---

<sup>136</sup> ANDRADE JR , Attila de Souza Leão *O Novo Direito Societário Brasileiro* Brasília Brasília Jurídica, 1999, p 51

por não serem reconhecidas plenamente pelo ordenamento jurídico, já que irregulares ou em formação, ou ainda porque a lei simplesmente não as vê como pessoas jurídicas

Outra hipótese que merece destaque é o das sociedades em liquidação. Nesse momento da vida social, quando iniciado o processo dissolutório, a sociedade deverá se apresentar a terceiros utilizando a expressão “*em liquidação*”, a exemplo das sociedades anônimas que estão se formando, como atrás vimos

Para uma sociedade estar em liquidação é necessário que tenha havido um ato capaz de desencadear o processo de dissolução total da sociedade, que irá culminar com a sua extinção. Esse ato pode ser a deliberação em assembléia, a constatação do decurso do prazo das sociedades com prazo determinado, ou uma sentença judicial (como a de falência, por exemplo)

A verdade é que a dissolução total de uma sociedade comercial, qualquer que seja a sua espécie, comporta mais de uma etapa. Tem início com o que chamamos de dissolução “*stricto sensu*” (o ato que a desencadeia), passa pela liquidação (apuração do ativo e satisfação do passivo), culminando com a partilha e a extinção da sociedade

E só nesse momento final, da extinção da sociedade, é que também se extingue a personalidade jurídica que ela comportava

Daí se conclui que durante o período em que a sociedade está em liquidação – e não importa quanto tempo dure – a pessoa jurídica permanece, existe. Existindo a pessoa jurídica, essa sociedade mantém o vínculo de nacionalidade que tinha com o Estado, só perdendo a

nacionalidade quando perder sua existência, com a finalização do processo dissolutório

## **CAPÍTULO IV**

### **O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA**

- A doutrina brasileira • A doutrina estrangeira •

Atendendo aos objetivos aqui propostos – de tentar uma compilação dos estudos já realizados em torno da nacionalidade das pessoas jurídicas – passamos agora a fazer uma revisão da literatura específica e a analisar o substrato deixado por alguns dos mais importantes autores clássicos e da atualidade, nacionais e estrangeiros. Lembrando, é claro, a impossibilidade e a inconveniência de trazer ao texto a totalidade das abordagens de cada autor, até porque muitas vezes confluentes

Desse modo, buscamos selecionar enfoques que marcam o pensamento de alguns autores que se preocuparam com a matéria (cada um de per si, ou em face de outros), teorias que tiveram alcances menores, apenas em âmbito regional ou temporal, além de tudo o que julgamos complementar o que foi até aqui tratado

#### 4.1. A Doutrina Brasileira

• **CLÓVIS BEVILÁQUA**<sup>137</sup> – Criticando os autores que se recusam a ver nas pessoas jurídicas a qualidade de nacionais, e que preferem entender esse atributo apenas como pertinente ao homem, individualmente considerado, CLOVIS BEVILAQUA acaba por aceitar a nacionalidade das pessoas jurídicas de Direito Privado, e, portando, das sociedades comerciais, e o faz calcado na idéia de que

*[ ] se reconhecemos a personalidade com efeitos extraterritoriaes dos seres collectivos, universitates personarum vel bonorum, cumpre que, por analogia, lhes atribuamos um estatuto pessoal e, se para os individuos esse estatuto é a lei da sua nação, para as pessoas jurídicas outro não póde ser*<sup>138</sup>

Entende, pois, que se existe uma pessoa jurídica em um determinado país, e se outros países reconhecem a sua existência, permitindo de alguma forma a realização cruzada de operações ou negócios jurídicos (contratos de compra e venda, por exemplo), é natural para o autor que se formule a seguinte indagação qual a lei reguladora da capacidade dessa pessoa ?

Não quer acreditar que seja a lei reguladora do país ao qual os sócios são nacionais, justificando, acertadamente, que podem ocorrer situações em que não haja maioria de membros ou sócios de uma mesma

---

<sup>137</sup> BEVILÁQUA, Clóvis *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado* 3 ed Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1938

<sup>138</sup> *Idem*, p 220

nacionalidade, e, por outro lado, nas sociedades de capital tornar-se-ia difícil – ou mesmo impossível – apurar a nacionalidade dos acionistas, até pelo princípio da livre circulação da participação societária nessa modalidade de pessoa jurídica

Não comunga, também, com alguns autores – citando principalmente FIORE – para o qual a sociedade deverá ter a nacionalidade do país onde foi constituída, *“porque o acto de fundação da pessoa jurídica equivale ao seu nascimento, foi sob os auspícios da lei desse lugar que a sua individualidade apareceu na tela do direito”*<sup>139</sup> Bem comenta na sua crítica que a sociedade poderia se organizar em um determinado país, pela facilidade porventura oferecida, mas desenvolver sua atividade em outro, no qual sua fundação demandaria mais obstáculos

Direciona, ainda, descontentamento em face da teoria que elege o país do principal estabelecimento de exploração, e da teoria que se reporta ao país da origem do capital ou da emissão das ações, como sendo o da nacionalidade da pessoa jurídica

Desse modo, embora CLOVIS BEVILAQUA não se posicione firmemente ao lado de uma ou de outra posição, prefere ficar com a que confere às pessoas jurídicas a nacionalidade do país onde se encontra a sede da sua administração<sup>140</sup>, justificando a escolha por entender que, nesse caso, há maior clareza nas relações<sup>141</sup>

Entretanto, até mesmo de forma um pouco diversa, aborda questão (no mínimo) interessante, vez que, concordando com

---

<sup>139</sup> FIORI, *Droit International Privé*, I, § 305 **Apud** BEVILÁQUA, Clóvis, **op cit**, p 221

<sup>140</sup> Critério da sede social, anteriormente tratado

<sup>141</sup> BEVILÁQUA, Clóvis, **op cit**, p 222, nota de rodapé n. 4

DESPAGNET, e com a *boa doutrina*, assevera que a pessoa jurídica mudando de nacionalidade, transportando-se de um país para outro, deve considerar-se extinta, e cita o autor francês<sup>142</sup>

*Foi sob o imperio da primeira lei nacional que os interesses se empenharam, é preciso uma adesão nova de todos os associados a um novo contracto que vae ser submettido a regras diferentes A sociedade antiga subsistirá sómente para o que disser respeito aos direitos adquiridos concernentes a ella propria, aos associados ou a terceiros*

Tal como antes dito, não é esse o atual entendimento da legislação brasileira, porquanto prevista a mudança de nacionalidade nos diplomas legais que tratam das sociedades por ações

O certo é que, ao citar os principios vigentes à época (atualmente superados), o autor já manifestava uma preocupação consciente sobre a necessidade de se unificar as diversas fontes legais acerca da nacionalidade das pessoas jurídicas, num dispositivo harmônico do qual resultasse um sistema perfeito

• HAROLDO VALLADÃO<sup>143</sup> - Grande estudioso do Direito Internacional Privado, o autor trouxe enorme contribuição tanto para o tema da personificação das sociedades comerciais (e aí no campo internacional), como para o tema da nacionalidade dessas sociedades. E de pronto, em sua obra, ao tratar desse último assunto é taxativo "*É tradicional e universal o reconhecimento da nacionalidade das pessoas jurídicas, bastando consultar o*

---

<sup>142</sup> *Idem*, p. 224

<sup>143</sup> VALLADÃO, Haroldo *Direito Internacional Privado* Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1968

*direito positivo, tratados, leis, jurisprudência, e a maioria absoluta da doutrina”*

<sup>144</sup> Complementa lembrando a reunião de Copenhague, do Instituto de Direito Internacional, em 1897, e as decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional de Haia, da década de 1930, que se referem expressamente a nacionalidade das pessoas jurídicas

Aos que negam o atributo da nacionalidade, VALLADÃO reserva severas críticas, não economizando principalmente contra NIBOYET (a quem adjetiva de simplista e pueril nos argumentos), e contra as atitudes de países como a França e Argentina, que, segundo ele, apenas negaram a existência da nacionalidade das pessoas jurídicas em virtude de um momento histórico, que lhes seria desfavorável caso agissem de forma diversa (final do século passado, na Argentina, quando das disputas com a Inglaterra, e após a Primeira Guerra Mundial, na França)

Críticas contumazes também são desferidas à França ao comentar o Código de Napoleão, devido ao seu *atraso*<sup>145</sup>, e aos demais denegadores da nacionalidade que, *desesperados*, acabaram por admiti-la sob outras formas, em sentido impróprio

Aceitando a nacionalidade das sociedades, o autor, no que se refere propriamente às formas ou critérios de atribuição, prefere não optar por um ou outro. Ao contrário, diz que são ineficazes e ultrapassadas (e que só *enchem livros*) as discussões doutrinárias sobre as vantagens e desvantagens de cada critério

*A preferência dêste ou daquele se liga aos objetivos das diversas pessoas jurídicas, em face das necessidades de defesa da ordem*

---

<sup>144</sup> *Idem*, p. 449

<sup>145</sup> *Idem*, p. 450

*política, econômica e social de cada Estado Aconselhável para a respectiva legislação é haver um critério básico para as pessoas jurídicas em geral e outro ou outros, específicos, para aquelas cujas atividades interessam de perto à segurança e ao desenvolvimento nacionais* <sup>146</sup>

Cabe, pois, a cada Estado, individualmente e conforme sua conveniência, estabelecer os critérios de atribuição de nacionalidade às suas pessoas jurídicas, regulando, além da aquisição, também a perda ou reintegração <sup>147</sup>

Quanto à mudança de nacionalidade o autor posiciona-se favoravelmente, de forma objetiva (pois baseado na Lei), reportando-se ao disposto no art 71 do Decreto-Lei nº 2 627 (antigo diploma sobre as sociedades por ações, que nesse sentido – art 71 – não foi revogado pelos posteriores, permanecendo, portanto, em vigor)

Entretanto faz críticas à posição de DESPAGNET (aquela que anteriormente classificamos como *no mínimo, interessante*), prestigiada por CLOVIS BEVILAQUA e RODRIGO OCTAVIO (dentre outros), para os quais a mudança de nacionalidade implicava na extinção da pessoa jurídica originária e criação de uma nova. É que, nesse aspecto, afirma VALADÃO, que *“confundiram existência jurídica com nacionalidade ou domicílio, representam uma etapa ultrapassada da teoria da ficção das associações e sociedades”* <sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> *Idem, Ibidem*

<sup>147</sup> É inegável a influência de acontecimentos históricos (como os já citados referentes à França e Argentina, dentre outros) e de tendências ou modelos políticos, no estabelecimento, por um Estado, dos critérios a serem adotados para a identificação da nacionalidade das sociedades. A respeito veja-se que se hoje a legislação brasileira consagra a cumulatividade de dois critérios (incorporação e sede social), nem sempre foi assim. Haroldo Valladão, mesmo, acentua que em outros tempos a legislação pátria adotava o do *controle*, variando, conforme o caso, apenas o tipo de controle.

<sup>148</sup> VALLADÃO, Haroldo, *op cit*, p 457

### Sobre VALLADÃO, esses os comentários

• OSCAR TENÓRIO <sup>149</sup> – Ao comentar que se trata a questão da nacionalidade das pessoas jurídicas uma das mais interessantes, (justificando a afirmação pelo fato de que está ligada ao próprio conceito da pessoa jurídica), o autor reserva às sociedades um tratamento levemente diferenciado. É que, ao aceitar a nacionalidade, o faz apenas com a seguinte restrição

*Não podemos estabelecer, realmente, para as pessoas jurídicas os mesmo princípios da nacionalidade dos seres humanos. Desde que consideremos como nacionalidade o estatuto legal a que subordinamos as pessoas jurídicas, dando-lhes vida, firmando-lhes a personalidade e estabelecendo a sua extinção, bem compreenderemos o sentido da nacionalidade das pessoas jurídicas. A ligação das pessoas jurídicas a um Estado é, assim, justificável, apesar de traduzida por termo inadequado* <sup>150</sup>

Na sua obra, discorre, comentando, a maioria dos critérios utilizados para se atribuir *nacionalidade* às sociedades, mas entende mais adequado utilizar o termo *capacidade* para denominar esse vínculo da pessoa jurídica com o Estado ao qual pertença

Quanto à preferência, posiciona-se favorável ao critério da incorporação (embora não utilize esse termo, “*incorporação*”), pois, segundo afirma, desde que admitamos o reconhecimento do estatuto pessoal

---

<sup>149</sup> TENÓRIO, Oscar *Direito Internacional Privado* 4 ed, Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1955

<sup>150</sup> *Idem*, p 265

como determinador do gozo e do exercício de direitos (fazendo referência ao art 3º do Código Civil), somos levados a concluir que a capacidade das pessoas jurídicas se rege pela lei do lugar onde foi constituída

Admite a mudança de nacionalidade e o funcionamento de sociedade estrangeira no País, sob as condições da lei, mas não entende que a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil, mesmo tendo transferido parte ou totalmente seu estabelecimento comercial, adquira nova personalidade, diferente da anterior

No mais, o que faz com propriedade, é abordar as diversas legislações internas e internacionais à época vigentes, por exemplo, rejeitando no todo a técnica adotada pelo Código Bustamante, e criticando veementemente a redação da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, mas acatando a atual redação

*Fugindo a uma disposição técnica necessária em toda lei o art 19 da Introdução ao Código Civil (1916) determinava 'São reconhecidas as pessoas jurídicas estrangeiras' Desde que aludia o Código a pessoas jurídicas, devia em primeiro lugar estabelecer a norma da nacionalidade*

• *ADAUCTO FERNANDES* – O que de mais marcante encontramos nesse autor é o fato de colocar a questão da determinação da nacionalidade no âmbito do Direito Público, mesmo a determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas de Direito Privado comercial Diz “Esta, sim [a determinação da nacionalidade], é sempre de direito público, porque sem a determinação da lei institucional, não se lhe conhece a substância, nem a norma que disciplina o seu estatuto”<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> FERNANDES, Adauto, *op cit*, p 282

Seus fundamentos (de um lado), e nosso entendimento contrário (de outro), vêm manifestados no capítulo primeiro deste trabalho, quando abordamos a localização doutrinária do tema<sup>152</sup> Claro, todavia, que se falamos que cada Estado tem autonomia para legislar sobre os critérios que definem a nacionalidade dos seus subordinados, poderemos entender que se trata (apenas a determinação) de questão de Direito Interno, mas não necessariamente de Direito Público

Mas, de lado a questão taxionômica, o autor está entre tantos outros que admitem a nacionalidade das pessoas jurídicas, o que faz, inclusive, ressaltando a impossibilidade desta permanecer em caráter artificial, *“ela existe de fato e de direito, desde o instante em que realiza o seu registro, na conformidade da lei, ou a tem por decreto baixado pelo govêrno, quando estrangeira, dando-lhe o direito de funcionar no País”*<sup>153</sup>

Outrossim, e também a exemplo de outros autores, alerta para que não se confunda o instituto da nacionalidade com o instituto do domicílio legal

Quando estrangeira, a pessoa jurídica de direito privado tem a nacionalidade do seu país de origem e, se autorizada a funcionar no Brasil, terá aqui um domicílio e um responsável legal pelos atos praticados em seu estabelecimento em nosso território Não há uma nova nacionalidade, mas sim um novo domicílio

---

<sup>152</sup> Item 1 3

<sup>153</sup> *Idem*, p 218

De outro lado nega a possibilidade de naturalização<sup>154</sup> da pessoa jurídica, sustentando que a pessoa jurídica estrangeira, ao chegar a um novo país deverá solicitar autorização para funcionar (respeitadas as normas desse novo país) mas nunca se naturalizar

*As pessoas jurídicas ou morais, não importa nem a denominação, nem a constituição, nem o seu tempo de existência, têm uma nacionalidade limitada no espaço. Quando adquirem nova nacionalidade, pois, não se naturalizam as pessoas jurídicas privadas*

[ ]

A **nacionalidade** aparece, aqui, na sua plenitude jurídica - é uma relação de direito, de **caráter e modo interno**. Só o Estado de **origem a concede**, e ela, porém, não a pode **obter** em qualquer outro Estado. Aí, o que ela alcança, é **licença** para funcionar na conformidade da lei local. As **pessoas jurídicas** não se naturalizam<sup>155</sup>

Consequência do raciocínio e negar, também, a mudança de nacionalidade, é não aceitar a perda do vínculo com um Estado e a aquisição de um novo vínculo, ou seja, de uma nova nacionalidade, concedida por outro Estado. É negar, em última análise, regra presente em nosso ordenamento jurídico

• *PONTES DE MIRANDA*<sup>156</sup> – O consagrado autor firma posição pela qual a sociedade de direito privado (e também a associação) deve ter nacionalidade, pois algum sistema jurídico a regeu e a criou, assim lhe

<sup>154</sup> *Idem*, § 76, p 217, e § 107, p 284

<sup>155</sup> Grifos do autor, Aducto Fernandes

<sup>156</sup> MIRANDA, Pontes de, **op cit**, p 45

conferindo o atributo da nacionalidade Não afasta, todavia, a hipótese da existência de uma regra jurídica que aceite a criação da sociedade mas negue a ela a qualidade de nacional do Estado onde foi criada

• *CARVALHO DE MENDONÇA* – Embora reconhecido tratadista, Carvalho de Mendonça não ocupou muito espaço em sua obra para abordar a nacionalidade das sociedades comerciais, tendo reservado apenas algumas linhas, nas quais expõe seu ponto de vista

Inicia sendo categórico no sentido que, de fato, as sociedades comerciais têm nacionalidade, e o seu reconhecimento é necessário para os efeitos extraterritoriais Lembra, todavia, que a lei brasileira não estabeleceu positivamente o critério para determinar as sociedades estrangeiras em oposição às nacionais, tendo essa tarefa que ser feita pelo critério negativo (as sociedades que não preencherem os requisitos para serem consideradas brasileiras, serão, frente à nossa legislação, estrangeiras)

Por fim diz o autor

*a nacionalidade das pessoas jurídicas depende do lugar onde foi celebrado o ato da sua constituição, embora seja outra a nacionalidade de pessoas que as componham Como, porém, no ato institucional das sociedades comerciais se determina a sede ou domicílio social, é este o critério seguro da sua nacionalidade*<sup>157</sup>

---

<sup>157</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, *op cit*, vol III, p 99

• *WALDEMAR FERREIRA*<sup>158</sup> – Comentando o art 60 do Decreto-Lei nº 2 627, de 26 de setembro de 1940, então conhecido como Lei das Sociedades por Ações, o autor indaga quais são as sociedades anônimas brasileiras, e na seqüência responde (com o texto legal) que são aquelas organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração

Mesmo que se tenha em conta o momento histórico do comentário, ou seja, momento em que se tinha o Decreto-Lei nº 2 627/40 como único diploma a regular as sociedades por ações, e pertinente a observação, pois, como procuramos demonstrar em todo esse trabalho (capítulos anteriores e posteriores), o Direito Positivo brasileiro, em várias demonstrações, consagra o princípio de que são brasileiras as sociedades aqui constituídas e que aqui tenham sua sede ou administração

Mas não há propriamente novidade quanto a isso (embora pertinente, como acima dissemos) O comentário veio por conta de uma crítica tenaz do autor à possibilidade de mudança de nacionalidade, da brasileira, para uma estrangeira

E que entende *WALDEMAR FERREIRA* ser impossível a mudança de nacionalidade tal como disposta no art 72 daquele diploma legal, à luz do art 60

Como tratamos em Capítulo anterior, a lei nacional prevê a possibilidade de perda da nacionalidade brasileira pelas sociedades anônimas que tenham deliberado, por unanimidade dos acionistas (em assembléia geral convocada e realizada com observância das formalidades legais) a mudança de nacionalidade, de brasileira para francesa, inglesa, ou

---

<sup>158</sup> FERREIRA, Waldemar, *op cit*

argentina, por exemplo, desde que a lei do país que receba a sociedade seja observada

Ocorre que WALDEMAR FERREIRA não vê possibilidade que isso ocorra Exatamente, em razão do preceito que diz ser a sociedade brasileira aquela organizada (ou mesmo constituída, trazendo, então, para uma nomenclatura mais atual) sob as leis brasileiras e que tenha no País sua sede

#### As palavras do autor<sup>159</sup>

*Não há, realmente, como dissimular a estranheza do preceito Contraditório é êle com o do art 60 Se por via dêste, nacional se reputa a sociedade organizada na conformidade da lei brasileira e que tem no país a sede de sua administração, impossível é conceber como possa a de tal modo constituída e em funcionamento no país mudar de nacionalidade*

[ ]

*Tendo ela se constituído pela lei brasileira e sua sede localizada no território nacional, nacional há de sempre ser, ainda que todos os acionistas deliberem o contrário* <sup>160</sup>

Compara à situação do brasileiro nato, que recebe a nacionalidade brasileira ao nascer (ainda que não a queira) e dela não pode se desvencilhar vivendo no território brasileiro

A mais disso observa que o mesmo Decreto-Lei dispõe que uma sociedade anônima estrangeira poderá funcionar no país desde que autorizada pelo Governo Federal, através de decreto próprio E que, um dos

---

<sup>159</sup> *Idem*, p 612 e ss

<sup>160</sup> Como já manifestamos anteriormente (Capítulo Terceiro, item 3 6 ), achamos que constituir-se sob as leis brasileiras é **requisito** para ter nacionalidade brasileira, e não **consequência** Assim, não podemos coadunar com a tese apresentada

requisitos para ter aprovado o funcionamento em território nacional é a prova de ter sido, a sociedade, regularmente constituída sob as leis do seu país de origem

Ora, segundo o entendimento de WALDEMAR FERREIRA impossível seria observar os pressupostos acima. Uma vez que a deliberação unânime dos acionistas para a mudança de nacionalidade não significa dizer que ela já tenha autorização para funcionar no país. Ou ela terá que obter dita autorização, ou não poderá funcionar no País. O autor, então, diz que *embora difícil de admitir*, até o momento da autorização, essa sociedade, que deliberou por seus acionistas a mudança de nacionalidade (de brasileira para outra qualquer), será de fato uma sociedade sem nacionalidade.

Ademais diz ser a exigência que manda provar ter sido, a sociedade, regularmente constituída sob as leis do seu país de origem, desnecessária, uma vez que seu país de origem não é um terceiro país, mas sim o Brasil.

Concluindo assevera que seria mais razoável o dispositivo se determinasse a dissolução da sociedade anônima que deliberou a desnacionalização brasileira, e obrigasse essa sociedade a constituir-se no país para o qual pretendia transferir sua nacionalidade, para, depois, ressurgir no Brasil, na condição de sociedade anônima estrangeira.

A solução não difere muito da teoria formulada por DESPAGNET e aceita por CLOVIS BEVILAQUA, pela qual a mudança de nacionalidade implica em extinção da personalidade jurídica originária, para criação de uma nova.

• *TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE* – Tendo em vista que a matéria legislativa referente à nacionalidade das sociedades por ações é remanescente da Lei nº 2 627, de 26 de setembro de 1940, por força do art 300 do atual diploma, ninguém melhor do que *MIRANDA VALVERDE* para explicar o enquadramento de uma sociedade como nacional ou estrangeira, vez que foi o autor do projeto que culminou com a publicação daquela lei, em 1940

Em sua obra *Sociedades por Ações*<sup>161</sup> (comentários), o autor afirma “*não partilhamos da convicção dos que entendem que as pessoas jurídicas não têm nacionalidade ou, pelo menos, que a lei, por inútil, não lhes deve atribuir nenhuma*” e complementa dizendo que o Direito brasileiro sempre atribuiu nacionalidade às pessoas jurídicas de direito privado, sendo que a doutrina é que tem sido vacilante ao determinar o sistema seguido pela nossa legislação

Ao comentar os critérios de atribuição da nacionalidade, manifesta a tendência para a adoção cumulativa dos critérios da sede social e da incorporação<sup>162</sup> e diz que em casos excepcionais pode ser necessário um critério adicional (do controle, por exemplo), mas afirma ser importante sempre utilizar o critério da sede social, pois

*[ ] é na sede social que a administração da sociedade funciona, que se reúnem os membros dela e se faz a contabilidade de suas operações. Da sede partem todas as ordens e instruções e para ela afluem os resultados da exploração da empresa. Deve, entretanto, a sede ser real, efetiva, e não puramente nominal ou fictícia*<sup>163</sup>

<sup>161</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda *Sociedades por Ações* vol I 3 ed Rio de Janeiro Forense, 1959, p 398 e ss

<sup>162</sup> Já que o artigo fixa duas condições essenciais para a atribuição da nacionalidade brasileira às sociedades por ações a) que sejam organizadas na conformidade da lei brasileira, b) que tenham no país a sede de sua administração

<sup>163</sup> VALVERDE, Trajano de M , *op cit* , p 399 e 400

Ainda sobre os critérios e segundo seu comentário relativo ao art 60 daquela lei, VALVERDE entende que o “*caput*” do artigo referido fixa os requisitos gerais da nacionalidade das sociedades por ações, enquanto que o seu parágrafo único remete a um requisito especial, exigido por outras leis, que é a qualidade de ser ‘brasileiro’ para figurar como acionista

Em seguida, faz comentários sobre outras legislações, tal como o Código Bustamante, percorrendo suas características (inclusive a de não utilizar a sede social como determinante), e fala sobre disposições legais hoje revogadas, especialmente sobre as Constituições de 1937 e 1946, navegação de cabotagem, empresas seguradoras, etc Nesse momento exprime pensamento dos mais relevantes para a época, rebatendo tanto a política de então, como críticas feitas ao seu projeto

*Não basta sentir a necessidade de regular, para nacionalizar, esta ou aquela atividade econômica. É preciso, antes de tudo, saber como se há de fazer a nacionalização progressiva, a fim de não perturbar o desenvolvimento de nossa economia. E ainda não basta. É necessário, salvo casos excepcionais, acabar com essa diferença chocante entre brasileiros natos e naturalizados, no que respeita ao exercício de atividades econômicas. Nem, por outro lado, se há de eliminar sempre o estrangeiro de participar de empresas industriais, que interessam à economia nacional, porque, com isso, afastaremos de nosso país elementos de valor. O controle e a fiscalização por parte do Estado das organizações industriais, que mais de perto tocam à defesa econômica ou militar da nação, é medida que se recomenda, e a primeira a ser tomada. Se continuarmos a caminhar pelos atalhos, e não rumarmos, quanto antes para a estrada larga e desafogada, veremos cair nas mãos dos estrangeiros, porque*

*eliminados de muitos setores industriais, todo o comércio brasileiro  
Então é que sentiremos os efeitos dos erros praticados*<sup>164</sup>

• **ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES** – De pronto o autor reconhece a nacionalidade das sociedades, manifestando entendimento no sentido de ser ela um atributo da personalidade, presente assim nas pessoas físicas, como nas jurídicas<sup>165</sup>. Opta pelo critério da incorporação, dizendo ser nacionais as sociedades organizadas na conformidade das leis brasileiras, e estrangeiras as que, tendo se constituído fora do Brasil de acordo com as respectivas leis nacionais, aqui funcionarem por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos<sup>166</sup>.

No mais, preocupado com a expansão dos capitais privados entre nações, através de investimentos cruzados, diz o autor que a nacionalidade das sociedades e empresas mercantis é inquestionavelmente um dos grandes problemas do Direito Comercial contemporâneo, e que, por isso, reclama uma revisão de conceitos tradicionais sobre o assunto.

Numa clara alusão ao nacionalismo como meio de defesa dos interesses brasileiros, o autor menciona (aplaudindo) e reproduz projeto de lei do então deputado GABRIEL PASSOS (Projeto nº 530/55 – texto integral<sup>167</sup>), que tinha por objeto revogar o art. 66 da Lei nº 2.627/40, e fixar

<sup>164</sup> Idem, p. 407

<sup>165</sup> MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Constituição das Sociedades Comerciais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 13.

<sup>166</sup> MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Lei das S.A. Comentários por Artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 1064.

<sup>167</sup> Projeto nº 530, de 1955 – Deputado Gabriel Passos.

“Art. 1º - A sociedade de fins comerciais, industriais ou agrícolas só será considerada brasileira, quando reunir os seguintes requisitos

1ª) Ser constituída no Brasil,

regras mais rígidas no que diz respeito à caracterização de empresa nacional, e utilização das expressões “Brasil”, “nacional” e “brasileiro” Diz o autor

*O presente projeto visa regular o uso de expressões que denotem uma identificação de origem e de destino com o nosso país. Coíbe, destarte, o abuso de passar como brasileiras sociedades e firmas que não o são e que apenas tenham ramificações no Brasil, mas para fora do país canalizam seus lucros e seus proveitos. Nenhuma pessoa ou sociedade estrangeira fica proibida de exercer sua atividade lícita no nosso território, de aqui procurar proventos ou lucros, como o faz*

---

*2º Ter mais de cinquenta por cento de seu capital em ações nominativas, ou quotas, pertencentes a pessoas residentes permanentes e efetivamente no Brasil,*

*3º For dirigida efetivamente por brasileiros*

*4º Ter sua sede principal no Brasil,*

*5º Não ter laços de subordinação, ou dependência, com firmas, grupos, trustes ou indivíduos estrangeiros*

*Parágrafo único – Quando se tratar de firma individual, será considerada brasileira a que for constituída no Brasil por pessoa aqui residente permanentemente, sem laços de dependência ou subordinação, a firma, pessoa, ou grupo estrangeiro*

*Art 2º - As denominações ‘Brasil’, ‘Nacional’, ‘Brasileiro’, as relativas a qualquer Estado da Federação, ou equivalentes, que indiquem nacionalidade brasileira, só podem ser usadas por pessoas jurídicas privadas, ou firmas definidas como brasileiras nesta lei, ressalvando-se a continuação do uso de tais designações por sociedades ou empresas existentes no país na data da vigência desta lei*

*Art 3º - O Governo Federal, a partir da publicação desta lei, negará licença para instalação no país de empresas não nacionais, segundo os termos da presente lei, que se destinem à moagem do trigo, à frigorificação da carne, à evaporação e desidratação do leite e à torrefação do café*

*Parágrafo único – As empresas estrangeiras, que atualmente estejam estabelecidas no país e pratiquem a atividade prevista no artigo, podem continuá-la, sem contudo ampliá-la, inclusive com novas instalações, sob pena de cassação das respectivas licenças, com sua imediata liquidação*

*Art 4º - Cabe ao Ministério Público Federal, mediante representação fundada de qualquer pessoa, ou por iniciativa própria, promover a liquidação das sociedades que contrariem o disposto na presente lei*

*Art 5º - A presente lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando o art 66 da Lei nº 2 627, de 26 de setembro de 1940, e as demais disposições em contrário, de qualquer lei*

*alhures Apenas, não pode se fazer passar como brasileira, a que não o seja na realidade* <sup>168</sup>

O projeto não foi transformado em lei e não entrou em vigor, mas mesmo assim entendemos relevante sua menção, ainda que para ilustrar

- *JOSÉ DA SILVA PACHECO* – Pelo início da sua abordagem<sup>169</sup>, colocando dúvida quanto à adoção – ou não – do conceito de nacionalidade das sociedades (e lembrando o celebre artigo de NIBOYET<sup>170</sup>), podemos incluir SILVA PACHECO na lista dos que não reconhecem a nacionalidade das pessoas jurídicas. Mas ainda assim o autor se curva em face dela ser admitida sob os mais variados fundamentos e acaba excursionando por suas características

Tratando da nacionalidade em sentido amplo, ou seja, englobando pessoas físicas e jurídicas, concebêmo-la a) como vínculo a um Estado, aí sem distinção entre a pessoa física e jurídica, b) como relação de natureza puramente política entre o cidadão e o Estado, sendo, por isso, impossível falar-se de nacionalidade das pessoas jurídicas, c) como relação dos cidadãos e o Estado, mas que por analogia pode aplicar-se à sociedade, d) como específica dos cidadãos, podendo, entretanto, adotar-se o termo já consagrado pelo uso e de difícil substituição em relação à sociedade, e) como proteção do domicílio em determinado Estado, motivo pelo qual pode também abranger as pessoas jurídicas <sup>171</sup>

<sup>168</sup> MAGALHÃES, Roberto B, *op cit*, *Constituição*, p 15

<sup>169</sup> PACHECO, José da Silva *Tratado de Direito Empresarial* vol I São Paulo Saraiva, 1977, p 147 e ss

<sup>170</sup> NIBOYET, Jean Paul *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?*, Revue, 1927

<sup>171</sup> PACHECO, J da Silva, *op. cit*, p 148

Veja-se que pelo teor dos argumentos acima é de se chegar à conclusão inequívoca de que o autor é contrário à nacionalidade das pessoas jurídicas, apenas admitindo-a pela falta de melhor conceito, por influência da maior parte da doutrina (ao que parece), e pela força do uso do termo. Sustenta seu ponto de vista da seguinte forma

*Subordina-se a pessoa jurídica à lei do Estado que a criou. Se essa lei não lhe conferir nacionalidade, é claro que a entidade nasceu sem ela, sem deixar de ser pessoa. Desse modo pode haver pessoa jurídica sem nacionalidade se a Lei do Estado em que foi criada não lhe atribuir nacionalidade ou exigir pressupostos não preenchidos.*

Em que pese a justificativa acima, é pertinente o comentário de que não concordamos com que ela sirva para negar o fenômeno da nacionalidade das pessoas jurídicas, pois apenas indica uma sociedade sem nacionalidade perante a lei que a criou, ou seja, apátrida, conforme seu país de origem. Não quer dizer, contudo, que outro país, por critério diverso, não possa tê-la como nacional, ou que preenchidos os pressupostos não possa o próprio Estado na qual foi criada conferir-lhe a sua nacionalidade.

Em outras palavras, parece que a justificativa acima serve apenas para ilustrar situação em que uma sociedade nasce, por contingência da lei de um Estado – sem nacionalidade. Não serve para fundamentar oposição à nacionalidade como instituto jurídico aplicável às sociedades.

Pois bem, para SILVA PACHECO, se admitida a nacionalidade, abrem-se dois grandes grupos: o primeiro, que coloca em plano

a própria sociedade, e o segundo, que *focaliza* a pessoas jurídica Nesse sentido, diz o autor<sup>172</sup>

*Sob o enfoque da sociedade como tal, dá-se ênfase a) à incorporação, principalmente no direito anglo-americano, em que a companhia deve ser incorporada, por ato oficial ou por registro, b) ao registro, necessário ao seu funcionamento, quando exigido pela legislação nacional, c) ao ato constitutivo ou ao contrato, d) aos sócios, à origem do capital social à maioria acionária ou direção, e) à sede social real ou formal, f) ao centro de exploração da empresa ou do objeto principal da empresa*

*Projetando-se a personalidade jurídica, tudo se resume em saber em que Estado nasceu a pessoa jurídica*

E isso porque, com relação especificamente a estas, o autor sugere distinção entre o direito referente à aquisição, perda ou reaquisição da nacionalidade, o direito relativo à aplicação do direito estrangeiro sobre as pessoas jurídicas, e o direito relativo à eficácia ou ineficácia da pessoa jurídica estrangeira Vale dizer, interpretando, não adianta somente um exame no Direito de um Estado para saber se ele admite ou não a nacionalidade das sociedades nascidas em seu território e sob a égide das suas leis, é também necessário verificar se esse Estado, em face do seu ordenamento, reconhece uma pessoa jurídica estrangeira, e mais, se esse Estado admite a aplicação de um Direito estrangeiro em matéria de nacionalidade de pessoas jurídicas

Sobre a mudança de nacionalidade das pessoas jurídicas (constituídas sob a forma de sociedades por ações), em face do Direito positivo brasileiro, especialmente do art 71 do Decreto-lei 2 627/40, SILVA PACHECO a admite

---

<sup>172</sup> *Idem, Ibidem*

• *RUBENS REQUIÃO* – O consagrado autor paranaense, em sua obra *Curso de Direito Comercial*, pouco se refere ao tema da nacionalidade das sociedades comerciais, tendo reservado para tanto apenas alguns parágrafos

Entretanto neles manifestou opinião interessante, que foge à maioria da doutrina quando analisa a nacionalidade das sociedades comerciais, no sentido de que a Constituição Federal de 1988 teria revogado os artigos 59 e seguintes (até o 73) do antigo Decreto-lei 2 627/40, pela redação dada aos art 170, 171 e 172 daquele diploma <sup>173</sup>

Ora, não obstante já tenha o art 171 da Constituição sido – também – revogado pela Emenda nº 6/95, não podemos concordar com o ponto de vista apresentado. E isso pela razão simples de que o art 171 não contradizia em nada o Decreto-lei 2 627/40 quando da disciplina das sociedades nacionais e estrangeiras. Veja-se, pois, que a primeira parte do art 60 do antigo diploma legal, assim disciplinava

*Art 60 – São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração*

Enquanto que o art 171 da Constituição Federal estabelecia

*Art 171 - São Consideradas*

*I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País*

<sup>173</sup> REQUIÃO, Rubens, *op cit*, vol II, p 38

O que parece é que o art 171 da Constituição Federal recepcionou o contido na legislação de sociedades por ações, apenas estendendo sua aplicação aos demais tipos societários. No mais criou a figura da empresa brasileira de capital nacional, que sequer estava prevista na legislação ordinária.

O que poderia ser levantado é que o art 60 acima transcrito menciona a expressão "*organizadas na conformidade da lei brasileira*", enquanto que o antigo art 171 da Constituição Federal utilizava o termo "*constituída sob as leis brasileiras*", e isso, na prática poderia levar (mas não necessariamente leva) ao entendimento de que antes o critério da incorporação não vigorava, pois "*organizar*" não significa "*constituir*", e isso sob o pretexto de que uma sociedade poderia ser *organizada* no Brasil, mas *constituída* no Paraguai, por exemplo.

Que fique claro que não é exatamente esse o raciocínio de RUBENS REQUIÃO. Todavia é um raciocínio presente, mas com o qual não podemos concordar, pois não parece razoável interpretar o dispositivo tão extensivamente de modo a levá-lo às últimas consequências. Entendemos que a vontade do legislador foi apenas a de alargar o momento de constituição da sociedade não o reduzindo ao simples ato de levar ao registro de comércio os documentos obrigatórios e arquivá-los, e isso porque a própria legislação aplicada às sociedades por ações prevê uma série de atos preliminares ao registro. Essa *organização* de que fala o art 60 do Decreto engloba, pois, desde as providências iniciais até o efetivo registro dos atos constitutivos.

Desse modo, em conta os argumentos acima, entendemos que houve recepção, e não revogação.

• *FRAN MARTINS* – Ao elencar as consequências da personalidade jurídica das sociedades comerciais, (lembrando que ao proceder ao arquivamento dos seus atos constitutivos no órgão competente a sociedade “*separa-se dos sócios*”<sup>174</sup>) *FRAN MARTINS* inclui a nacionalidade

Na prática, diz o autor, determinar precisamente a nacionalidade interessa para saber qual a lei aplicável à constituição ou ao funcionamento da sociedade

Dentre as sociedades estabelecidas no Brasil, são nacionais as constituídas sob as leis brasileiras e que tenham aqui sua administração, e estrangeiras as sociedades que, formadas sob as leis de outro país, desejem funcionar no Brasil, mediante autorização

Quanto ao art 171 da Constituição Federal (revogado pela Emenda Constitucional nº 6/95) critica a utilização das expressões “empresa brasileira” e “empresa brasileira de capital nacional”, uma vez que entende ser a empresa o “*instrumento através do qual atua o empresário, que pode ser uma pessoa física ou uma sociedade*”<sup>175</sup>, e esta – a sociedade – é que tem nacionalidade, não a empresa

Sobre a distinção, aliás, não é demais lembrarmos do Capítulo Segundo deste estudo (itens 23 e 25) onde buscamos conceituar sociedade e empresa, trazendo ao texto suas principais características, semelhanças e diferenças

---

<sup>174</sup> MARTINS, Fran *Curso de Direito Comercial* 16 ed Rio de Janeiro Forense, 1991, p 236

<sup>175</sup> *Idem*, p 239

• *FÁBIO ULHOA COELHO* – É na matéria relativa à classificação das sociedades comerciais que o autor inclui a nacionalidade. Ao lado das classificações quanto à responsabilidade dos sócios, quanto à alienação da participação societária, quanto às formas de constituição e dissolução, dentre outras, inclui a classificação das sociedades quanto à nacionalidade<sup>176</sup>

Daí se manifesta no sentido de que uma sociedade pode ser classificada como nacional ou estrangeira. Se nacional (pela conjugação dos critérios da incorporação e da sede social) a sociedade, além de não necessitar de autorização para funcionar, é passível de certas prerrogativas encontradas na Constituição Federal e nas leis ordinárias, se estrangeira, na forma do disposto no Decreto-lei 2 627/40, necessita de autorização especial para funcionar.

Lembra, todavia, a hipótese de uma sociedade comercial ser considerada brasileira mesmo tendo a totalidade dos seus sócios ou acionistas estrangeiros e domiciliados no exterior, e a totalidade do capital ter origem, também, em outro país.

• *FÁBIO KONDER COMPARATO* - Na obra *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*<sup>177</sup> é que localizamos a posição desse autor frente ao problema da nacionalidade das sociedades comerciais. Tendo reservado Capítulo próprio ao assunto (*O Poder de Controle e Nacionalidade*), o autor atribui à determinação da nacionalidade o surgimento da noção de

---

<sup>176</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op cit*, *Manual*, p. 112-114, e *Curso de Direito Comercial* vol II 2 ed São Paulo Saraiva, 2000, p. 29-30

poder de controle no Direito E isso na França, durante a Primeira Guerra Mundial, quando das hostilidades ditadas pelo legislador daquele país – tais como a proibição de comerciar com o inimigo e a determinação do sequestro dos bens deste, localizados em território francês

A esse propósito, lembra que no Brasil também houve tentativa nesse sentido<sup>178</sup>, só que durante a Segunda Guerra Mundial, quando foi publicado o Decreto-Lei nº 4 166, de 11 de março de 1942, que dispôs sobre as indenizações devidas, por atos de agressão contra bens do Estado brasileiro e contra a vida e bens de brasileiros ou de estrangeiros residentes no Brasil Determinou o Decreto-Lei em questão que

*Art 1º - Os bens e direitos dos súditos alemães, japoneses e italianos, pessoas físicas ou jurídicas respondem pelo prejuízo que para os bens e direitos do Estado brasileiro e para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no Brasil, resultaram, ou resultarem, de atos de agressão praticados pela Alemanha, pelo Japão ou pela Itália*

Mas nunca chegou a vigorar essa determinação legal tal como sua redação dava a entender, vez que o Ministro da Justiça, através da Portaria nº 5 408, de 28 de abril de 1942 (Portaria destinada a regulamentar o citado Decreto-Lei), declarou que o dispositivo não se aplicaria “às *pessoas jurídicas, organizadas na conformidade das leis brasileiras e que têm no Brasil a sede de sua administração*” No mais determinou, tão somente, que a apreensão dar-se-ia sobre os lucros ou fundos que os cidadãos nacionais de países inimigos tivessem em sociedades

---

<sup>177</sup> COMPARATO, Fábio Konder *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* São Paulo Revista dos Tribunais, 1976

<sup>178</sup> COMPARATO, Fábio Konder, *op cit*, p 397 e 398

Destarte e, naturalmente, FÁBIO K. COMPARATO – pelo teor da sua dissertação – simpatiza com o critério do controle para determinar a nacionalidade das sociedades. Entretanto, faz de maneira bastante coerente, sem muito apego às razões que motivaram a legislação e a jurisprudência francesas dos anos que antecederam e sucederam a Primeira Guerra Mundial, mas como “*condicio juris*” do exercício de determinadas atividades consideradas como de interesse vital para a nação.

Ao comentar o critério da sede social – também muito adotado pelos franceses, principalmente em períodos de paz – dizendo ser ele insuficiente, pois de difícil caracterização a sede social efetiva, o autor afirma que o critério do controle (ao contrário daquele) não se liga a uma relação contratual, já que a nacionalidade do controlador não pode ser objeto de livre estipulação entre as partes, “*tampouco se vincula ao aspecto institucional da sociedade, uma vez que a relevância emprestada ao poder de controle implica, necessariamente, a desconsideração da personalidade jurídica*”<sup>179</sup>

E aí está presente uma questão, realmente instigante: a desconsideração da personalidade jurídica como consequência da aplicação do critério do controle para a determinação da nacionalidade das sociedades. Sim, porque se precisamos olhar para o sócio ou acionista controlador para saber se a sociedade é nacional deste ou daquele país, poderíamos estar negando a própria existência jurídica dessa sociedade.

Esse argumento, conjugado com o disposto no art. 20 do Código Civil Brasileiro (*as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*) força-nos ao raciocínio no sentido de que o critério do controle não deve ser utilizado em nosso país, ao menos isoladamente.

Significa dizer então, que se utilizássemos esse critério sem a conjugação de outro, estaríamos desconsiderando a existência legal das sociedades (e aí comerciais ou não) como pessoas jurídicas. Parafrazeando preceito do Código Civil se as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros, não podem os seus membros emprestarem sua existência às pessoas jurídicas e servirem de referência na determinação da sua nacionalidade. É por demais óbvio.

É que o Código Civil, como lei ordinária que é, não está autorizado a suplantiar normas de ordem constitucional. Assim, um preceito contido na Constituição poderia determinar a utilização do critério do controle, mas, mesmo nesse caso, entendemos ficar prejudicado o instituto da pessoa jurídica.

Já a conjugação do critério do controle com o da sede social ou da incorporação (com o intuito de manter a soberania em setores estratégicos, ou preservar determinado segmento da economia) permite àquele (o do controle) uma interpretação diferente, cuja desconsideração da personalidade jurídica da sociedade não reinaria, seja pela demonstração da sua sede social ou estatutária, seja pela averiguação dos seus atos constitutivos.

• *JACOB DOLINGER* – Ensina o Professor de Direito Internacional Privado que o reconhecimento extraterritorial de uma pessoa jurídica está relacionado (e depende) do reconhecimento que ela tiver em face do sistema jurídico do país onde ela foi concebida e nasceu, ou seja, do país mesmo onde lhe foi outorgada a personalidade jurídica.

---

<sup>179</sup> *Idem*, p. 386

Desse raciocínio parte para outro, no sentido de que esse país que lhe reconheceu e atribuiu personalidade jurídica, é o país ao qual ela está vinculada, sendo portanto, o país de sua nacionalidade. Quanto ao mais, sentencia *“a pessoa jurídica passa a ser universalmente reconhecida, sua capacidade no plano universal dependerá da capacidade que lhe é reconhecida no país de sua nacionalidade. Esta a ‘lex societatis’ [ ] Nasce a pessoa jurídica por força da lei da sua nacionalidade e morrerá por força dela”*<sup>180</sup>

Todavia não nos parece o raciocínio mais acertado, uma vez que o acentuado rigor leva-nos a uma aplicação indistinta do critério da incorporação, ainda que o autor não se manifeste pela adoção preferencial deste critério. Como argumento contrário à posição do autor pode-se citar o das sociedades criadas (portanto nascidas) em alguns países tidos como paraísos fiscais, onde não se lhe conferem a nacionalidade de origem. Ademais, a afirmação de que a pessoa jurídica *morrerá* por força da lei da sua nacionalidade (portanto, segundo o argumento do autor, da lei do país onde foi incorporada) também não carrega total precisão, já que o ordenamento jurídico de alguns países<sup>181</sup> possibilita a mudança de nacionalidade sem que para isso haja necessidade de dissolução e extinção da personalidade jurídica.

---

<sup>180</sup> DOLINGER, Jacob, *op cit*, p 430

<sup>181</sup> A esse respeito o art 72 da Lei brasileira nº 2 627/40, que embora exija decisão unânime dos acionistas, prevê a possibilidade de perda da nacionalidade brasileira de uma pessoa jurídica. No mesmo sentido o art 163 da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, publicada em 18 de dezembro de 1987, que, por sua vez, diz expressamente que não haverá extinção da personalidade jurídica originária, tanto para os casos de sociedade suíça mudar sua nacionalidade para outra, como para os casos em que sociedades estrangeiras optem pela nacionalidade suíça. Em oposição está, por exemplo, a Alemanha, cuja jurisprudência considera que a transferência da sede social para outro país seja um motivo de dissolução e de liquidação das pessoas jurídicas (cf LEVY, Laurent, *La Nationalité des Sociétés*, p 167)

• *WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA* – Admite a nacionalidade das sociedades, entretanto faz ressalva quanto a existência de um princípio geral que rege a matéria, pelo qual somente se pode atribuir a nacionalidade de um Estado à uma sociedade, se esse Estado reconhece-a como pessoa jurídica *“Nem uma pessoa física, nem uma pessoa jurídica podem ter a nacionalidade de um Estado que não a reconheça”*, complementa <sup>182</sup>

Aceitando a nacionalidade das pessoas jurídicas o autor diz não existir nenhuma dúvida quanto àquelas de Direito Público, pois detem a nacionalidade do Estado que as criou e a que se subordinam, contudo, ao tratar das pessoas jurídicas de Direito Privado (entre as quais as sociedades de economia mista) reconhece tratar-se de assunto polêmico, mas reputa ser o critério da sede social o mais tradicional, referindo-se inclusive à legislação brasileira (art 60 do Decreto-Lei 2 627/40) que o adota indistintamente <sup>183</sup>

Cabe entretanto, e mais uma vez, o comentário no sentido de não entendermos que o legislador de 1940 quisesse excluir a aplicação concomitante do critério da sede social com o da incorporação só porque usou a expressão *“organizar”*, em vez de *“constituir”* ou *“incorporar”* Essa *organização* de que fala o art 60, ao nosso ver, é mais abrangente do que a constituição culminada pelo arquivamento, já que compreende desde as providências preliminares até o efetivo registro e arquivamento dos atos constitutivos <sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, *op cit*, p 76

<sup>183</sup> *Idem*, p 79

<sup>184</sup> No mesmo caminho andou Modesto Carvalhosa, adiante tratado, quando se referiu à ampla gama de critérios definidores da nacionalidade das sociedades mercantis, implicitamente reconhecendo a adoção concomitante do critério da incorporação pelo art 60 *“Não obstante, a norma geral sobre nacionalidade societária é a constante do art 60 do Decreto-lei nº 2 627, de 1940, que seguiu o sistema predominante na doutrina, qual seja, de que a nacionalidade da pessoa*

• *MODESTO CARVALHOSA – “A questão da nacionalidade, se já não é pacífica no que se refere às pessoas físicas – divergem os critérios para fixá-la, dividindo-se as legislações entre o jus soli e o jus sanguinis – é extremamente complexa quanto às pessoas jurídicas”*  
Com essa afirmação o autor inicia a abordagem do tema no artigo *Nacionalidade das Sociedades no Direito Internacional e no Direito Interno*<sup>185</sup>

Aceitando a noção de nacionalidade das pessoas jurídicas, até porque incorporada tanto na doutrina como nos textos legais de todo o mundo depois da Segunda Grande Guerra, o autor diz que não pode ser analisada de maneira unitária e, daí, deve ser reduzida à verificação da validade dos critérios de sua determinação em função do objetivo a ser alcançado em cada caso

Nesse passo entende que nenhum dos critérios de atribuição de nacionalidade (e faz referência a três incorporação, sede social, e controle), isoladamente, satisfaz de forma duradoura, no tempo e no espaço, todas as necessidades dos Estados (citando as necessidades jurídicas, econômicas e políticas)

*Dessa forma, se, por um lado, a questão da nacionalidade reveste-se de fundamental importância para a outorga de tratamento específico às pessoas jurídicas, por outro lado, tal noção vem, cada vez mais vinculada à noção de interesse comunitário, considerado esse como*

---

*jurídica dá-se em função do local no qual a sociedade foi **constituída** e mantém a sua **sede**, devendo esta, prevista no estatuto, ser real e efetiva, e não puramente nominal ou fictícia”* CARVALHOSA, Modesto *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas* vol IV, tomo II São Paulo Saraiva, 1998, p 504

*o interesse da coletividade local, regional, nacional, ou mesmo da comunidade supranacional, onde a pessoa jurídica exerce suas atividades* <sup>186</sup>

Não obstante o autor recomende a possibilidade e a necessidade de se pensar na criação de sociedades supranacionais – comunitárias – disciplinadas por um estatuto comunitário e submetidas à justiça comunitária (no âmbito de cada bloco regional), o âmago do seu pensamento vem na conclusão de que a nacionalidade das sociedades é considerada como sendo um *estado* determinado por certos fatos ou circunstâncias e do qual irão derivar diversas consequências, e que esse *estado de nacionalidade* nada mais é do que a imputação normativa de certas consequências a certos antecedentes <sup>187</sup>

• JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA <sup>188</sup> – Em uma abordagem que basicamente comenta a legislação brasileira responsável por tratar da nacionalidade das pessoas jurídicas, lembra o fato de não ter a Lei atual de sociedades por ações revogado os artigos 59 a 73 da sua antecessora, Decreto-lei nº 2 627/40 (conforme já falamos atrás) E ao ressaltar esses artigos lembra também que a nova lei manteve o conceito de que é nacional a sociedade organizada conforme a lei brasileira e que tenha no Brasil a sede de sua administração

---

<sup>185</sup> CARVALHOSA, Modesto *Nacionalidade das Sociedades no Direito Internacional e no Direito Interno* in Revista de Direito Público, n 69, São Paulo, 1984, p 238

<sup>186</sup> *Idem*, p 250

<sup>187</sup> *Idem*, p 239 e 250

<sup>188</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares *Direito Societário* 5 ed Rio de Janeiro Renovar, 1999

Consagra, portanto, adotando a base legal existente como vetor, o critério da incorporação cumulado com o da sede social para definir a nacionalidade

Outrossim, comenta a exclusão do art 171 da Constituição Federal de 1988 e discorre sobre seus efeitos

Nesse sentido, com a simples retirada do conceito de empresa brasileira de capital nacional do texto da Constituição Federal, entende o autor que não houve limitação para a desigualdade de tratamento, entre sociedades de capital nacional frente a sociedades de capital estrangeiro, por leis ordinárias. Inclusive diz *“o próprio art 172 da Constituição Federal operaria nesse sentido ao prever que ‘a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro’*”

Pelo seu ponto de vista, que parece acertado, a Emenda Constitucional nº 6 (de 15/08/95), ao revogar o artigo 171 não criou outra norma impedindo a distinção entre capital nacional e estrangeiro, mas apenas *“desconstitucionalizou”* o conceito, revogando somente aquele artigo, em particular. Via de consequência, outros dispositivos encontrados no Texto constitucional ou em leis ordinárias que restringem a participação de capital domiciliado<sup>189</sup> no exterior mantêm-se em vigor, a exemplo do próprio artigo 222 (que trata das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens), para o qual o capital deve pertencer integralmente a brasileiros, do artigo 192, III da mesma Constituição (que confere a lei complementar a tarefa de definir as condições de participação do capital estrangeiro em instituições financeiras, dos artigos 37 a 40 da Lei nº 4 131/62, que fazem distinção entre o

---

<sup>189</sup> Não confundir *domicílio* do capital, com *origem* do capital, e com *nacionalidade* do capital, pois conceitos diferentes

capital nacional e estrangeiro para fins de benefícios na obtenção de financiamentos e colocação de títulos no mercado

Iguais raciocínio e conclusão devem ser aplicados às novas leis que pretendam diferenciar o tratamento em razão do domicílio do capital, vez que, tal como dito, a Emenda Constitucional nº 6 não proibiu essa diferenciação, apenas a suprimiu do Texto constitucional

Sobre a mudança de nacionalidade, entendendo possível com base no art 72 do Decreto-lei nº 2 627/40, ressalta a obrigatoriedade de decisão unânime dos acionistas, não sendo bastante a manifestação somente do capital votante

#### **4.3. A Doutrina Estrangeira.**

- *JEAN PAUL NIBOYET* – Para referência desse autor francês não poderíamos fugir de uma análise do artigo que o tornou conhecido dentro do estudo da nacionalidade das sociedades, qual seja “*Existe-t-il Vraiment une Nationalité des Sociétés?*”, publicado originalmente na *Revue de Droit International Privé*, em 1927, e em separata da mesma Revista, com pequenas alterações, em 1928

Dizendo que no terreno político a idéia de nacionalidade das sociedades é insuficiente, NIBOYET de pronto faz duas afirmações

a) as sociedades não têm nacionalidade,

b) o problema, dito da nacionalidade das sociedades, é, na realidade, um simples problema de condição dos estrangeiros (problema de fruição de direitos)

Mas quando diz que as sociedades não têm nacionalidade, o faz com uma ressalva no sentido que emprega o termo em seu significado técnico, pois, afirma o autor, se nós entendermos por nacionalidade simplesmente o fato de que a sociedade está vinculada a um certo país e deve se conformar às suas leis, não há dúvida de que estamos diante de uma questão de nacionalidade. Contudo isso não é suficiente, sentencia, dando o exemplo de um carro, que pelo só fato de haver sido matriculado em um país, não ostenta a sua nacionalidade. No mesmo caminho contesta também a utilização do termo *nacionalidade* para designar a ligação entre aviões e navios e um país.

*[ ] il signifie que le navire est enregistré dans un certain pays souverain qui lui octroie, avec le droit de porter son pavillon, celui d'invoquer sa protection et de subir son intervention sur le terrain diplomatique. Mais il n'y a pas de rapport politique entre le navire et l'Etat, en d'autres termes, entre une simple "res" et l'Etat [ ] Il n'est pas douteux que le navire, surtout lorsqu'il est en haute mer, doit être soumis à un certain statut juridique au point de vue des nombreux intérêts qui peuvent se présenter. Mais cela encore ne constitue pas une nationalité*<sup>190</sup>

Diante disso, não se pode adotar a expressão *nacionalidade* para exprimir o que o termo *estatuto*, por exemplo, faria de modo mais preciso. A verdadeira nacionalidade, a única que existe, está

consubstanciada em um elo de ordem política entre um indivíduo e um Estado, *“jusqu’ici le droit international n’en a pas encore connu d’autre”*<sup>191</sup>

Outro argumento utilizado por NIBOYET, é o de que um Estado é formado por seus nacionais (que constituem sua substância) As formas sob as quais eles (os indivíduos) manifestam sua atividade não aumentam o seu número Continuando com o exemplo do autor, não se pode admitir que a França seja composta primeiramente de franceses pessoas físicas, depois, em segundo lugar, das sociedades francesas nas quais os primeiros figuram Pois se assim fosse, um país de 40 milhões de habitantes onde exista um milhão de sociedades, teria população de 41 milhões de nacionais

Por outro lado justifica, ainda, sua posição, baseado no fato de que não se pode admitir que a aquisição de uma nacionalidade decorra de um contrato *“Or, qu’est-ce que la société, sinon l’effet d’un contrat plus ou moins réglementé, mais enfin d’un pur contrat de droit privé tout de même”* Um simples contrato de direito privado não pode conceber um ente dotado de nacionalidade, ou seja, de atributos políticos, e mesmo o reconhecimento internacional de uma pessoa jurídica não pressupõe uma nacionalidade, mas somente pressupõe a existência desse contrato (ou de uma instituição) submetida a uma determinada lei estrangeira

*Il est vrai que la société, une fois constituée apparaît comme une véritable institution qui se détache de son contrat constitutif et qui possède un statut juridique Cela ne change rien C’est donc par un abus de langage que l’idée d’une nationalité des sociétés s’est fait jour*

[ ]

---

<sup>190</sup> NIBOYET, Jean P, *op cit*, *Existe-t-il*, p 5-6

<sup>191</sup> *Idem*, p 4

*Nous pensons que seule les personnes vivantes sont susceptibles de posséder une véritable nationalité* <sup>192</sup>

Não aceitando portanto a noção de nacionalidade das sociedades por entender que seja reservada às pessoas físicas, NIBOYET focaliza a questão das pessoas jurídicas sob outro prisma, dizendo ser a fruição de direitos o centro do problema do que convencionou chamar *pseudo-nacionalidade* das sociedades

Assim, para o autor, em matéria de sociedades, o único e verdadeiro problema é quanto à determinação a) se os estrangeiros, na França, têm o direito de constituir sociedades livremente, tal como os nacionais, b) se as sociedades estrangeiras gozam dos mesmos direitos que as estabelecidas em território francês, c) se a proteção à qual essas sociedades estrangeiras têm direito é maior ou menor do que a reservada às sociedades de pessoas físicas nacionais

Por fim, conclui

*L'impossibilité d'agir de même en matière de nationalité des sociétés montre qu'il y a là une notion toute différente de celle de la nationalité des individus* <sup>193</sup>

Assim, em resumo, o que sustenta NIBOYET é que os sócios ou acionistas *emprestam* sua nacionalidade à sociedade, mas esta, isoladamente, não a tem. Não há, na sua opinião, nacionalidade de sociedades desvinculada daquela dos seus associados

---

<sup>192</sup> *Idem, ibidem*

• *HENRI BATIFFOL* – Podemos incluir esse autor entre os que aceitam o fenômeno da nacionalidade das pessoas jurídicas. Entretanto, pela leitura da sua obra torna-se patente a preocupação assumida no sentido de não se confundir a nacionalidade das sociedades com a das pessoas físicas, uma vez que a natureza de tais *nacionalidades* é essencialmente diferente<sup>194</sup> – daí justificar a preocupação com o argumento

*De fait si la nationalité est l'appartenance légale à la population juridiquement constitutive d'un Etat, il faut reconnaître que la population d'un Etat se compose de personnes physiques et non de personnes morales. Les personnes morales sont un mode d'activité des personnes physiques, comme l'Etat lui-même, et ne sauraient faire nombre avec elles, ce ne sont pas des réalités du même ordre*<sup>195</sup>

Mas para o autor a expressão “*nacionalidade das sociedades*” já é admitida há muito tempo, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência. Contudo lembra que ela ainda é contestada (cita PILLET, NIBOYET, e SAVATIER, entre outros), e complementa com o raciocínio de que a identidade de termos – nacionalidade das pessoas físicas e nacionalidade das sociedades - carrega o inconveniente de camuflar a distinção, mas também a vantagem de lembrar a analogia.

Mais adiante BATIFFOL afirma que a nacionalidade das pessoas jurídicas é uma noção muito próxima da nacionalidade dos navios, barcos e aeronaves, “*laquelle exprime aussi une ou des activités nationales ou étrangères*” Nesse ponto porém, faz ressalva no sentido de que as pessoas

---

<sup>193</sup> *Idem*, p 8

<sup>194</sup> BATIFFOL, *op cit*, *Droit*, p 64

<sup>195</sup> *Idem*, p 221

jurídicas constituem-se *sujeitos* de direito, enquanto que os navios, barcos e aeronaves são *objetos* de direito <sup>196</sup>

No que se refere aos critérios de atribuição de nacionalidade às pessoas jurídicas, faz boa referência aos que têm maior relevância (incorporação e sede social), mas, por pertencer à Escola Francesa, defende o da sede social real. E exemplifica sua posição ao dizer que não é suficiente declarar nos estatutos que a sede social de uma empresa seja em Londres para considerá-la estrangeira (aos olhos da legislação francesa) se os negócios sociais são dirigidos de Paris. Pugna, portanto, pela realidade, sobre a aparência.

Tendo a jurisprudência como bem assentada nesse ponto, revela no entanto, que pode ser analisada como a aplicar a Teoria do Abuso de Direito, ou seja, as partes têm a liberdade de fixar a sede social onde for mais conveniente aos seus interesses, mas não a de usar essa faculdade para burlar a lei (no caso, a lei francesa).

Por fim, sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades fora de seu país de origem e de nacionalidade, BATIFFOL sustenta que se for aplicada a Teoria da Realidade das pessoas jurídicas, não há razão para refutar às sociedades estrangeiras uma personalidade (já que regularmente nascida segundo a sua lei aplicável), mas se for tomada por base a Teoria da Ficção da pessoa jurídica, a personalidade das sociedades estrangeiras não poderá ser reconhecida de pleno direito <sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> *Idem*, p. 222, nota 5

<sup>197</sup> *Idem*, p. 235

• *YVON LOUSSOUARN* – Em estudo publicado na França em 1949, sob o título *Les Conflits de Lois en Matière de Sociétés*, LOUSSOUARN faz profunda análise sobre a questão da nacionalidade das sociedades comerciais, passando pelas doutrinas que admitem ou negam a nacionalidade, pela jurisprudência francesa e pelos critérios de determinação, para culminar com a sugestão de um regime único para essa determinação

Segundo o autor, a doutrina clássica, desde o fim do Século XIX, consagra o conceito de nacionalidade das sociedades, sendo poucos os que a negam, citando entre esses, PILLET, VAREILLES-SOMMIERES e NIBOYET, os quais representam o que chama de *vozes isoladas*<sup>198</sup> O primeiro diz que a personalidade moral e os direitos que lhe são próprios não passam de direitos adquiridos, e que nenhum desses *direitos* tem a *essência* particular da nacionalidade O segundo, por julgar a personalidade jurídica como ficção, infere que seres fictícios não podem ser sujeitos de nacionalidade, ao passo que o último, NIBOYET, construiu teoria negacionista calcada na impossibilidade de vinculação da pessoa jurídica ao Estado, por meio da nacionalidade

Quando se refere aos que aceitam a aplicação às sociedades do conceito de nacionalidade, lembra que, em sua maioria, não pretendem que seja ela colocada em igualdade com a nacionalidade das pessoas físicas, mas o contrário, já que entre as duas noções há diferenças definitivas Contudo, as analogias são suficientes para se falar em *nacionalidade das sociedades*, conclui

Situando entre as doutrinas negativistas e aquelas que aceitam a nacionalidade, LOUSSOUARN coloca o sistema de LYON-CAEN e o sistema que faz distinção entre a nacionalidade de direito público e a de direito privado (sistemas intermediários)

O primeiro sistema, de LYON-CAEN, julga ser necessário adotar duas soluções, porquanto duas as questões sobre a nacionalidade das sociedades que devem ser resolvidas separadamente a) em que condições uma sociedade deve ser considerada francesa, pelo direito francês, b) em que condições uma sociedade deve ser considerada estrangeira, pelo direito francês LOUSSOUARN rebate, então, da seguinte forma

*Le seul fait que LYON-CAEN soit obligé de dissocier ces deux questions ruine sa théorie. En effet si, comme les individus, les sociétés avaient une nationalité on n'aurait aucunement besoin de rechercher suivant des critères différents à quelles conditions elle est française et à quelles conditions elle est étrangère. Un individu est français ou étranger [ ] D'ailleurs, la distinction de LYON-CAEN est arbitraire. Les deux questions qu'il sépare ne sont, en réalité, que les deux faces d'un même problème. L'emploi du siège social comme critère en présence d'une société donnée pourra bien conduire à lui donner la qualité d'étranger si elle n'a pas en France un siège social réel et sérieux. Par contre, si elle possède un siège social effectif en France, elle doit être considérée comme française. Le siège social peut donc servir à déterminer la qualité de française d'une société et pas seulement sa qualité d'étrangère*<sup>199</sup>

Já o segundo sistema intermediário entende que existem duas nacionalidades das sociedades uma nacionalidade de direito privado que se determina pela sede social, em conformidade com a jurisprudência anterior a I Guerra Mundial, e uma nacionalidade de direito público que será determinada pela nacionalidade da maioria dos acionistas e dirigentes sociais. O caráter de direito público desta segunda nacionalidade se explicaria pelo fato de que as disposições legislativas adotadas em tempos de

---

<sup>198</sup> LOUSSOUARN, Yvon, *op cit*, p 86

guerra para a defesa das sociedades francesas, apresentam características “*de lois de police et de sûreté*”, e como tal elas estão mais ligadas ao direito público do que ao privado<sup>200</sup>

Manifesta-se LOUSSOUARN (*op cit*, p 86), rebatendo “*Cette distinction ne semble pas conduire à une solution satisfaisante En effet, il y a quelque chose de choquant à vouloir scinder en deux la notion de nationalité qui ne se conçoit que dans un système unitaire*”

No mais, o autor discorre basicamente sobre os critérios da sede social e do controle – historicamente os únicos admitidos pela doutrina, legislação e jurisprudência francesas – tecendo críticas à adoção ora de um, ora de outro. Pensa que se a adoção do critério do controle se restringir a tempos de guerra, retornando ao da sede social após esse período, não há maiores consequências, no entanto, se se adotar permanentemente um critério para a determinação da lei aplicável (critério da sede social), e outro para determinação dos direitos e deveres da sociedade (critério do controle), isso pode gerar problemas de diversas ordens, inclusive de se concluir pela dupla nacionalidade de uma sociedade

Por fim LOUSSOUARN conclui dizendo que a idéia de que as sociedades possuem uma nacionalidade estritamente análoga à das pessoas físicas está completamente abandonada. Mesmo os mais ferrenhos simpatizantes daquela noção reconhecem que a aliança que une as sociedades comerciais a um Estado – dita nacionalidade – não apresenta tecnicamente as mesmas características que a nacionalidade das pessoas físicas<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> *Idem*, p 84

<sup>200</sup> *Idem*, p 85-86

<sup>201</sup> *Idem*, p 90

• ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN –

Quando em pauta o assunto da nacionalidade das pessoas jurídicas, talvez esse seja o autor mais criticado. Não por sua posição – que, afinal, é favorável à nacionalidade – nem pelo todo de sua obra, amplamente reconhecida no Direito Internacional, mas pela postura que adotou à frente da comissão responsável pela elaboração do Código de Direito Internacional Privado, hoje, em sua homenagem, também chamado de Código Bustamante.

É que por adotar uma diversidade de critérios para atribuição de nacionalidade às pessoas jurídicas, o Código se tornou bastante confuso, de difícil compreensão. E isso, ao que parece, devido à influência da legislação cubana (Código Civil) da época, igualmente confusa<sup>202</sup>.

Todavia reservamos mais a frente espaço próprio para melhor reflexão em torno do Código que leva seu nome. O que nos interessa por ora é a posição doutrinária adotada por BUSTAMANTE.

*Esa regla de dependencia entre el derecho y el hecho, entre la vida y la ley, que existe para las personas jurídicas y para los individuos, es lo que se llama en ambos casos nacionalidad*<sup>203</sup>

<sup>202</sup> Segundo o Código Civil Cubano “Art 64 – La nacionalidad de origen de las corporaciones y de las fundaciones se determinará por la ley del Estado que las autorice o apruebe. Art 65 – La nacionalidad de origen de las asociaciones será la del país en que se constituyan y en él deben registrarse o inscribirse si exigiere esse requisito la legislación local. Art 66 – Las sociedades civiles, mercantiles o industriales que no sean anónimas, tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, en su defecto, la del lugar donde radicare habitualmente su gerencia o dirección principal. Art 67 – Para las sociedades anónimas se determinará la nacionalidad por el contrato social y si no lo hubiera, por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal junta o consejo directivo o administrativo”

<sup>203</sup> BUSTAMANTE Y SIRVEN Antonio Sanchez, *Derecho Internacional Privado* Havana Cultural, 1943, p 246

Dessa frase de efeito, põe-se a separar as pessoas jurídicas de direito público das de direito privado, para comentar sua nacionalidade. No que se refere as primeiras, as corporações administrativas<sup>204</sup> e fundações, sejam elas ou não parte integrante da vida política do Estado, sustenta que têm indiscutivelmente uma nacionalidade, sendo o *“único criterio sólido y no expuesto a objeciones serias”* o que determina a nacionalidade pela lei do país que as cria, autoriza ou aprova, e que faz surgir sua personalidade jurídica<sup>205</sup>

Já em respeito as pessoas jurídicas de direito privado – divididas em sociedades civis, mercantis e industriais – confere grande importância à distinção entre as sociedades de pessoas e as sociedades de capital, por entender que devam prevalecer critérios de atribuição de nacionalidade diferentes conforme cada qual, sob o pretexto de que sem a distinção não se poderia aceitar ou negar algumas soluções adotadas pela doutrina e pelas legislações positivas

Esse, aliás, o resumo do seu pensamento em torno da nacionalidade das sociedades, pois deixa claro que BUSTAMANTE entende que os critérios de atribuição de nacionalidade devem variar de acordo com o tipo societário que se está analisando. Posição refletida tanto na legislação cubana como no Código de Direito Internacional Privado – a merecer, no entanto, uma certa crítica, posto que, nesse ponto, carente de melhor ordenação e mais seguro método

---

<sup>204</sup> *“La primera y la superior de ellas es el Estado mismo del que sería absurdo suponer que no es extranjero fuera de su territorio”*, BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio S, **op cit**, p 246

• *LAURENT LEVY* – Também francês, foi um dos que, modernamente, mais estudou a questão da nacionalidade das sociedades, e o fez através da obra *La Nationalité des Sociétés*<sup>206</sup>, que dividiu em duas grandes partes. A primeira, reservada ao estudo do que convencionou chamar de Teoria Geral da Nacionalidade das Sociedades, e a Segunda, reservada à Determinação da Nacionalidade das Sociedades.

Concisamente falando – e como conclusão da leitura da obra – podemos afirmar que o autor reconhece ser indispensável a ligação de uma sociedade a um Estado, senão para definir o seu estatuto pessoal, ao menos para facilitar a resolução dos conflitos de lei que podem ocorrer tanto no momento da constituição da sociedade, como durante a sua vida social ou na dissolução. Nesse sentido assevera:

*L'importance d'un lien unique et permanent avec un Etat est mis en évidence par la difficulté qu'il y aurait à appliquer différentes lois au cours de la vie d'une personne morale même s'il est vrai qu'en législation comparée le droit des sociétés varie moins que celui des personnes [ ] Pour justifier l'application du concept de nationalité aux personnes morales, il fut aussi allégué que la loi applicable à celles-ci est déterminée par leur 'statut personnel' qui dépendrait de leur nationalité*<sup>207</sup>

De outro lado, mesmo reconhecendo que a noção de nacionalidade das pessoas jurídicas exige adaptações – já que se tratam de seres imateriais – rebate as teorias que estabelecem para as sociedades o mesmo tipo de vínculo existente entre o Estado e os indivíduos, ainda que as noções se aproximem. Diz o autor que o método de determinação da

---

<sup>205</sup> *Idem*, p. 247

<sup>206</sup> LEVY, Laurent. *La Nationalité des Sociétés*. Paris: LGDJ, 1984.

<sup>207</sup> LEVY, Laurent, *op cit*, p. 25 e 31.

nacionalidade das sociedades é fundamentalmente diferente, pois a ligação da pessoa jurídica com o Estado se define “*lege fori*”, enquanto que a cidadania das pessoas físicas não pode ser atribuída senão “*lege causae*”, ou seja, segundo o Direito do Estado onde a nacionalidade está em causa<sup>208</sup>

Mesmo em conta as considerações, vastas que são no decorrer da obra, sobre as semelhanças e diferenças entre a nacionalidade das pessoas físicas e jurídicas, fica claro o seu posicionamento veemente quanto à possibilidade de atribuição de nacionalidade aos entes morais, mais ainda, quando, no início da exposição (§ 10), utiliza a seguinte frase de LYON-CAEN “*Les sociétés, comme les individus, ont une nationalité il y a des sociétés françaises et des sociétés étrangères*”<sup>209</sup> Essa frase – que foi a primeira do artigo de LYON-CAEN referido em nossa nota – para LEVY ilustra perfeitamente a teoria clássica da nacionalidade das sociedades

- *RODRIGO URÍA* – Jurista espanhol, um dos fundadores da *Moderna Escuela Española de Derecho Mercantil*, RODRIGO URÍA GONZALEZ entende que, como as pessoas físicas, as sociedades são passíveis de ter uma nacionalidade, e isso para determinar a lei à qual ficarão submetidas em sua constituição e posterior funcionamento<sup>210</sup>

Ao analisar critérios para determinar a nacionalidade das sociedades, URÍA baseia-se na lei espanhola (Código Civil e Código de Comércio) extraíndo daí a conclusão no sentido de que deve haver uma conjugação dos critérios de incorporação e da sede social “*El criterio más*

---

<sup>208</sup> *Idem*, p 36

<sup>209</sup> LYON-CAEN *Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises* Journal , 1917, p 5, **apud** LEVY, Laurent, **op cit** , p 29

<sup>210</sup> Veja-se que a justificativa de Rodrigo Uría é praticamente a mesma do último autor que analisamos, Laurent Levy

*firme y seguro para determinar la nacionalidad de una sociedad y poder distinguir así entre sociedades nacionales y extranjeras es el del domicilio-constitución”*<sup>211</sup>

Desse modo, para URIA, são espanholas as sociedades mercantis que tenham personalidade jurídica regulada pela lei espanhola, que tenham sido constituídas conforme essa lei e que tenham domicílio no território espanhol. Estrangeiras, portanto, segundo seu raciocínio, são as sociedades cuja constituição e domicílio sejam provenientes de outros países<sup>212</sup>

*[ ] sólo las sociedades constituídas com arreglo al Derecho español y domiciliadas en España son sociedades españolas, debiendo considerarse extranjeras las que no reúnan esas dos circunstancias (bien por estar domiciliadas fuera de España, bien por estar constituídas en el extranjero)*

Quanto ao regime jurídico das sociedades estrangeiras, e segundo a legislação daquele país, as sociedades poderão exercer o comércio na Espanha, com sujeição às leis do seu país de origem, no que se refira à capacidade de contratar, e com sujeição aos dispositivos legais espanhóis, em tudo que diga respeito à criação de estabelecimentos na Espanha, às operações mercantis e à jurisdição dos tribunais espanhóis

• CARLOS MALAGARRIGA – Nitidamente contrário ao atributo da nacionalidade das sociedades comerciais (pelo menos como colocado à época), MALAGARRIGA faz extensa abordagem do assunto em seu “*Tratado Elemental de Derecho comercial*”, indo desde o conceito e noção

---

<sup>211</sup> URIA, Rodrigo *Derecho Mercantil* Madrid [s n ], 1958, p 107

jurídica de nacionalidade, até um relato das legislações americanas e europeias, passando, logicamente, pela doutrina de BERNARDO DE IRIGOYEN e pelas leis argentinas

Baseado no fato de que uma sociedade não tem *nascimento* tal como as pessoas físicas, não tem progenitores, não tem cidadania e não pode naturalizar-se, faz a si mesmo uma pergunta<sup>213</sup> porque é corrente o uso do qualificativo *nacional* as sociedades, e como se pode falar e escrever habitualmente sobre a *nacionalidade* das sociedades?

Com NIBOYET, o autor diz que não se pode atribuir nacionalidade às sociedades porque a nacionalidade é um vínculo político e afetivo que não existe e nem é suscetível de existir nos entes de natureza incorpórea. As sociedades, então, não tem nacionalidade, mas apenas domicílio ou sede. Em casos especiais, entretanto, não há óbice em se admitir que a nacionalidade dos sócios – ou de quem, sem ser sócio, domine a sociedade – determine a condição de sociedade estrangeira, mesmo tendo sede no país.

Não se trata de consagrar a teoria pela qual a personalidade jurídica da sociedade é uma ficção e, assim, deixar de lado essa personalidade, entende MALAGARRIGA<sup>214</sup> que, pelo contrário

*Es, tan sólo, que cabe perfectamente, en determinadas circunstancias, tener en cuenta la nacionalidad de los socios o de los que 'controlan' la sociedad, para establecer si a ésta le han de ser o no aplicables tales o cuales disposiciones de excepción, con independencia de cuál es su domicilio*

---

<sup>212</sup> *Idem*, p 108

<sup>213</sup> MALAGARRIGA, Carlos *Tratado Elemental de Derecho Comercial* Comerciantes – Sociedades, tomo I Buenos Aires Tipografica Argentina, 1951, p 627

<sup>214</sup> *Idem*, p 630

Não obstante sua clara insatisfação quanto ao uso do termo *nacionalidade*, o autor, sem se posicionar, afirma não existir consenso sobre quais sociedades devem ser consideradas nacionais e quais devem ser consideradas estrangeiras. Todavia sugere uma fórmula geral para todas as situações, pela qual uma sociedade se reputaria estrangeira quando, por determinadas razões, estivesse sob um regime jurídico distinto daquele a que se submetem, por outro lado, as sociedades que se têm por nacionais ou locais<sup>215</sup>

Concluindo, louva as tentativas de GOLDSCHMIDT<sup>216</sup> de buscar um princípio geral. Este distingue a nacionalidade das sociedades para os efeitos do Direito nacional de “*extranjería*”, e a nacionalidade como ponto de conexão, sendo que no primeiro sentido a nacionalidade se determina pelo princípio do controle, e no segundo a nacionalidade coincide com o domicílio.

Por mais, sobre as notas de BERNARDO DE IRIGOYEN e sobre a situação em que se chegou quando da reforma do Código de Comércio (em 1889), MALAGARRIGA<sup>217</sup> afirma que, na realidade, o Ministro IRIGOYEN não negou que as sociedades pudessem ter nacionalidade e que somente tinham domicílio, mas sustentou simplesmente que não poderia ser a sociedade considerada de uma nacionalidade porque a esta pertencessem todos os seus membros.

• *MARIO RIVAROLA* – Repetindo frase utilizada no Capítulo que reservamos à introdução e noção histórica, o comércio

---

<sup>215</sup> *Idem*, p. 628

<sup>216</sup> GOLDSCHMIDT, Werner *Sistema y filosofía del derecho internacional privado* tomo II, págs. 61-70, e 111-113, **apud** MALAGARRIGA, Carlos, **op cit**, p. 630

internacional é um fenômeno econômico e desde os tempos mais remotos tem se desenvolvido fora dos países do domicílio ou nacionalidade dos comerciantes. Daí, é que RIVAROLA, em seu Tratado de Direito Comercial publicado na década de 1930, destacou a importância da determinação da capacidade legal para estabelecer validamente a vinculação da qual emergem os direitos e obrigações entre as partes envolvidas nos atos de comércio<sup>218</sup> (situação jurídica das sociedades comerciais estrangeiras frente a um Direito nacional, e a realização de atos – por essa sociedade – no território desse Estado, que não é o seu, submetendo-se às suas leis)

Entende o autor que a legislação argentina da época (artigos 285 a 287 do Código de Comércio, reformado em 1889) não falava expressamente em nacionalidade das sociedades comerciais, ou em sociedades argentinas, no entanto resolvia bem a questão suscitada por correntes distintas, denominadas “*doctrina del domicilio*” e “*doctrina de la nacionalidad*”, quanto à aptidão e capacidade jurídica dos sujeitos de Direito Comercial para funcionarem no território do seu país, uma vez que ao exigir certas formalidades referia-se às sociedades constituídas “*en el extranjero*” Ou seja, consagrava o local de constituição da sociedade, sem dar importância à nacionalidade ou domicílio dos sócios, nem à nacionalidade ou domicílio que estes declarassem à sociedade, nem, tampouco, à nacionalidade ou domicílio que, segundo leis estrangeiras, houvessem de atribuir-se ao ente jurídico. Somente o que importava era a origem, lugar de constituição – “*en el extranjero*” – da sociedade comercial<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> MALAGARRIGA, Carlos, *op cit*, p 641

<sup>218</sup> RIVAROLA, Mario, *op cit*, p 223

<sup>219</sup> *Idem*, p 226

Nesse sentido o Código de Comércio, mesmo sem referência expressa às sociedades nacionais argentinas, previu três situações distintas

a) sociedade constituída no exterior, que não tenha nenhuma espécie de estabelecimento na Argentina, mas que, eventualmente, em razão da sua atividade, pratica determinados atos em território argentino,

b) sociedade constituída no exterior que, em razão da sua atividade, estabeleça no país uma agência, sucursal ou filial,

c) sociedade constituída no exterior, mas com a finalidade de exercer o comércio e manter seu principal estabelecimento em território argentino

Em todos os casos acima o Código (respectivamente através dos artigos 285, 287 e 286) atribuiu às sociedades capacidade para a prática de atos de comércio “*que no sean contrarios a la ley nacional*”, e isso, na perspectiva de RIVAROLA, significava o reconhecimento da personalidade jurídica, pois “ *los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones son ‘personas’ en nuestro derecho civil,* ”<sup>220</sup>, baseando-se no texto contido no artigo 30 do Código Civil Argentino de então

• RICARDO R BALESTRA – Sem exprimir claramente sua posição quanto à possibilidade – ou não – de se atribuir nacionalidade às sociedades comerciais, entendemos que, implicitamente, R BALESTRA acaba por concordar com a aplicação do instituto às pessoas jurídicas (ainda que o autor faça parte da Escola Argentina, a mesma de BERNARDO DE IRIGOYEN,

criador da doutrina negativista que leva o seu nome), a quem, alias, o BALESTRA brindou com destaque

Se ao conceituar a nacionalidade utilizou apenas elementos que indiquem as pessoas físicas, de qualquer modo acabou atribuindo efeitos à aplicação da nacionalidade às corporações, uma vez que entendeu ser a proteção diplomática do Estado e a regulação do estatuto pessoal das pessoas jurídicas fatores que decorrem de liames políticos e jurídicos<sup>221</sup> É que esses liames, na verdade, representam a própria nacionalidade

Adiante, depois de percorrer as diferentes teorias e analisar jurisprudências européias e latino americanas, conclui que a atuação extraterritorial das sociedades enseja três tipos de problemas<sup>222</sup>

- a) a determinação da lei aplicável na constituição e funcionamento de sociedades estrangeiras e plurinacionais,
- b) o alcance da regulamentação legal, administrativa e jurisprudencial de que dispõe um Estado para ordenar a atuação de sociedades estrangeiras em seu território,
- c) a jurisdição competente para conhecer de questões internas das sociedades, e questões delas com terceiros

De resto menciona os critérios de atribuição de nacionalidade, e pormenoriza o regime de atuação das sociedades comerciais na Argentina

---

<sup>220</sup> *Idem*, p 227-228

<sup>221</sup> BALESTRA, Ricardo, **op cit**, p 9-10

<sup>222</sup> *Idem*, p 19

• *J BAPTISTA MACHADO* – Embora pouco se refira à questão da nacionalidade das sociedades, interessante é o posicionamento adotado pelo Professor de Coimbra em suas *Lições de Direito Internacional Privado*

Com assento na legislação portuguesa para sociedades comerciais, entendeu que a sede principal e efetiva da administração da sociedade – e não a sede estatutária – “*é que traduz a ligação mais forte e mais estável entre ela e um determinado Estado e representa, por isso, o elemento de conexão decisivo para determinar a lei ou o estatuto pessoal da pessoa colectiva*”<sup>223</sup> Conclui, daí, que a pessoa jurídica tendo sede, “*não tem propriamente um domicílio ou uma residência*” e, da mesma forma, “*não tem propriamente uma nacionalidade*” – tem apenas sede

No mais, o autor, ao defender o que convencionou chamar de *teoria da sede* (critério da sede, neste estudo) refere-se à questão sempre sugerindo que sirva apenas à determinação do estatuto pessoal. De nossa parte, acreditamos, todavia, que a sede real ou estatutária pode servir para a determinação da nacionalidade, e aí sim, por consequência, esta definirá a lei e o estatuto pessoal

---

<sup>223</sup> MACHADO, J. Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 344

## CAPÍTULO V

### AS EMPRESAS MULTINACIONAIS, BINACIONAIS, PLURINACIONAIS, APÁTRIDAS E OS GRUPOS DE SOCIEDADE

- Sociedades e grupos multinacionais • As empresas binacionais argentino-brasileiras • O caso da Itaipu Binacional • Conflito positivo de nacionalidade • Conflito negativo de nacionalidade • Grupos societários • Consequências para a nacionalidade das sociedades nos casos de reorganização societária • Filiais ou agências de sociedades estrangeiras no Brasil, Chile e Argentina
- Paraísos fiscais •

#### **5.1. Sociedades e Grupos Multinacionais.**

*El fenómeno de la corporación internacional es relativamente reciente. La historia de la General Motors, la más grande de las corporaciones industriales internacionales existentes, revela que*

*recién en la mitad de la década del treinta se consolida en su estructura como empresa internacional* <sup>224</sup>

Do ponto de vista histórico (do comércio) pode-se dizer que, de fato, é recente o surgimento de empresas e grupos multinacionais. Não obstante, sabe-se também que, desde o final do Século XIX (com a instalação em Glasgow da primeira fábrica da *Singer* fora do seu país de origem) essa modalidade de exploração da atividade comercial fez-se presente. Daí, com maior intensidade, a partir das décadas de cinquenta e sessenta <sup>225</sup>

Abdicando, entretanto, da parte histórica (por si mesma difícil), ainda assim deparamo-nos de pronto com igual dificuldade, se

---

<sup>224</sup> LACOS, Gustavo *Empresas Multinacionales Aspectos socioeconómicos, Jurídicos e Institucionales, Las Inversiones Multinacionales en América Latina*, p. 213, publicação do BID, Banco Interamericano de Desenvolvimento, 1968, **apud** Carlos Jorge Sampaio Costa, *O Código de Conduta das Empresas Transnacionais*, p. 35, nota 3, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984.

<sup>225</sup> Com relação ao surgimento das empresas multinacionais, são válidas algumas explicações extraídas do Jornal *Gazeta Mercantil*, reportagem de 27 de novembro de 1997, p. A-14, com o título "Não é Simples Determinar o Impacto das Multinacionais" "Algumas explicações parecem mais válidas que outras, mas nenhuma esclarece totalmente por que as multinacionais se tornaram tão proeminentes no fim do século XX. A explicação mais comum para o crescimento das multinacionais são as economias de escala. Em certos setores, diz o argumento, as empresas podem ficar mais eficientes tornando-se maiores e produzindo mais [ ] Sob exame mais acurado, entretanto, a noção de que economias de escala forçam as companhias a se tornar multinacionais, não se sustenta [ ] Outra explicação para o crescimento do multinacionalismo é a integração vertical [ ] muitas empresas se integram verticalmente, adquirindo seus fornecedores ou os seus clientes. Às vezes, tais fornecedores ou clientes estão no exterior o que transforma as empresas compradoras em multinacionais. Uma terceira razão apontada para a difusão das multinacionais é que elas tendem a ser bem sucedidas [ ] À medida que a economia mundial se torna mais integrada, é de se esperar que as companhias mais adeptas de cruzar as fronteiras sejam as que prosperam [ ] Há ainda uma outra razão para que as empresas operem como multinacionais porque todas as outras estão fazendo isso. Muitas companhias existem para servir a outras mais do que consumidores domésticos. Se as montadoras multinacionais de carros querem usar os mesmos faróis em carros montados em diferentes países então os fabricantes de faróis devem se tornar multinacionais, também."

nos detivermos, por exemplo, em considerações de ordem semântica (talvez não essenciais, mas que se prestam a demonstrar que não são poucas as controvérsias de fundo)

EDUARDO LEITE quando se refere ao tema das empresas multinacionais, dentre outras fontes, busca entendimento colhido de Congresso da Câmara de Comercio Internacional, realizado na cidade de Istambul, entre maio e junho de 1968, que, por sua vez reporta-se as definições propostas pelo economista norte-americano ROBINSON

Este último classifica as empresas que atuam fora dos limites territoriais do seu Estado, como sendo internacionais, multinacionais, transnacionais ou supranacionais. Para cada forma estabelece conceitos e características próprias.

Entretanto, não concordando plenamente com a separação, por entender que foi construída sob o prisma econômico, EDUARDO LEITE argumenta que *“les définitions données par ROBINSON présentent plusieurs aspects de la réalité ‘multinationale’ mais ne considèrent pas le phénomène dans son ensemble ‘Trans’, ‘supra’, ‘inter’, ‘pluri’ ou ‘multi’ sont des préfixes que l’on accole au mot ‘national’ pour désigner un certain nombre d’entreprises qui agissent hors de leur territoire d’origine”*<sup>226</sup>

Mais adiante o autor questiona e sentencia

*Ces différentes tentatives pour définir une réalité sont-elles valables? Cette diversité dans la terminologie ne nous semble pas s’imposer, car elle n’aboutit finalement à rien de positif, il existe un phénomène réel, le développement des investissements internationaux pris en*

---

<sup>226</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, **op cit**, p 202

*charge par des entreprises privées C'est ce phénomène que l'on a essayé de cerner par des mots* <sup>227</sup>

Não obstante considerem uma única forma societária, existem autores que preferem utilizar a expressão *empresas transnacionais*<sup>228</sup>, outros acham mais adequado chamá-las de *empresas internacionais*. Ficaremos mesmo com a expressão *empresas multinacionais*<sup>229</sup>, ainda que não discordemos da argumentação de CARLOS J SAMPAIO COSTA (que trouxemos em nota de rodapé) Simplesmente entendemos ser menos didática, além de menos conhecida

E aí estão questões de ordem puramente semântica, malgrado o que interessa, de fato, não ser a terminologia utilizada, mas sim o conteúdo do fenômeno *multinacional* das empresas – a extraterritorialidade que abarcam

---

<sup>227</sup> *Idem, Ibidem*

<sup>228</sup> Dentre eles Carlos Jorge Sampaio Costa, *O Código de Conduta das Empresas Transnacionais*, p 33-34, que diz “A expressão ‘empresa transnacional’ no lugar de empresa multinacional, recentemente, vem sendo preferida pelos especialistas na matéria, porque o conceito de multinacional implicaria uma empresa com sede em várias nações. As empresas em questão possuiriam sua matriz no território de um Estado desenvolvido e teriam subsidiárias ou filiais em diversos outros estados. Assim, tal empresa teria, na realidade, uma única nacionalidade”

Outro autor que discorda do termo multinacional é Rubens Requião (*Curso*, vol II, p 39), que diz “Sobre o tema ‘sociedade multinacional’ se está, contudo, fazendo muita confusão. Nos últimos anos surgiu essa nova designação para as grandes empresas, que operam em vários países, e cujo poderio econômico se sobrepõe ao dos governos nacionais economicamente fracos, imiscuindo-se não raro na política interna dessas nações. Muitas empresas, que até agora eram simplesmente consideradas ‘estrangeiras’ ou cujas subsidiárias tomam a nacionalidade brasileira mas têm seu centro de decisões no exterior, estão sendo impropriamente denominadas ‘sociedades multinacionais’ sobretudo pela imprensa e pelos políticos. É muito conveniente, na verdade, para as empresas alienígenas, essa mudança de designação genérica, pois a expressão ‘empresa estrangeira’ provoca desconfiança e repulsa dos movimentos xenófobos.”

Que as multinacionais estão, hoje, no centro do debate sobre os méritos da integração econômica global, não resta dúvida, mas se elas se constituem um fenômeno positivo ou negativo para as nações, há divergência. Segundo reportagem do Jornal Gazeta Mercantil<sup>230</sup>, uns retratam-na como tirânicas, que usam seu peso para explorar trabalhadores e recursos naturais sem consideração pelo bem-estar econômico de qualquer país ou comunidade, outros, vêem-nas como um triunfo para o capitalismo global, fornecendo tecnologia de ponta aos países mais pobres e produtos de baixo custo aos mais ricos. O fato é que elas existem, estão em todos os continentes, e se alguns prejuízos carregam, não também de trazer benefícios, certo, contudo, que os efeitos dessas empresas não são os mesmos em todos os países.

Mas como definir (ou entender) uma empresa multinacional?

Se a sociedade comercial, tratada no início do estudo, pode ser conceituada como a união de duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) em torno de um objetivo comum para exploração de atividade comercial, não seria de todo errado dizer que bastaria, a princípio, acrescentar a expressão “ *no âmbito internacional*” para chegarmos a um conceito de sociedade internacional (ou multinacional).

Com efeito, porém, o mero acréscimo não satisfaria a um juízo mais apurado. Daí que, certamente outros aspectos devem ser levados em consideração.

---

<sup>229</sup> Também LEITE, Eduardo de Oliveira, *op cit*, p 195, VERNON, Raymond *Les Entreprises Multinationales* Paris Calman Lévy, 1973, p 19

A propósito, SAMPAIO COSTA<sup>231</sup> afirma que a definição de empresa multinacional tem sido tentada, do ponto-de-vista econômico ou jurídico, sem lograr, até o momento, consenso em seus principais aspectos, sendo que alguns consideram que a multinacional deve ostentar, ao menos, duas características exercer a mercancia em dois ou mais países, de maneira acentuada, e possuir direção e gerenciamento em função de alternativas internacionais

Na mesma linha RUBENS REQUIÃO, que opina no sentido de que os juristas ainda estão à procura do conceito exato de sociedade multinacional, com propósito inclusive de diferenciá-la de *sociedade estrangeira*, evitando-se confusão<sup>232</sup>

Parece certo, contudo, que a grande característica das empresas multinacionais é a diversidade de seus estabelecimentos, que, por estarem sediados em mais de um país, estruturam-se e subordinam-se a vários (e diferentes) ordenamentos jurídicos. Daí apresentarem problemas de transcendental importância, que, de acordo ainda com SAMPAIO COSTA<sup>233</sup>, são relacionados com as seguintes questões a) diversidade dos estabelecimentos como meros órgãos filiais da matriz, b) diversidade destes mesmos estabelecimentos quando são distintas empresas subsidiárias, c) responsabilidade individual ou coletiva de cada uma dessas empresas, filiais ou subsidiárias e da matriz, e finalmente d) implicações jurídicas do controle da matriz sobre seus estabelecimentos no mundo

---

<sup>230</sup> GAZETA MERCANTIL, artigo não assinado, edição de 27 de novembro de 1997, p. A-14

<sup>231</sup> COSTA, Carlos Jorge Sampaio, *op cit*, p. 36

<sup>232</sup> REQUIÃO, Rubens, *op cit*, vol II, p. 39

<sup>233</sup> COSTA, Carlos J. S., *op cit*, p. 37-38

Vale dizer que, na prática, na maioria das vezes em que uma empresa instala uma filial em país diverso daquele de origem, o faz através de sociedades subsidiárias, com nova personalidade jurídica, com destaque de capital específico e autonomia financeira (são, portanto, controladas pela empresa matriz apenas porque esta detém a maioria do seu capital social)<sup>234</sup>, e não através de filial sem personalidade jurídica própria, pois, a bem da verdade, nesse segundo caso, estaríamos diante de um prolongamento da empresa matriz, ou seja, diante da mesma empresa (hipótese em que as consequências de uma possível má gestão certamente seriam sentidas por ambas, concomitantemente, *v g*, os efeitos da inadimplência, insolvência e, assim, de eventual moratória, ou, até mesmo de processo falimentar Isto sem considerar eventual instabilidade econômica do país de origem e vice-versa)

De tudo, entretanto, poderíamos dizer – ainda com SAMPAIO COSTA – que a empresa multinacional é definida juridicamente como

*a) entidade que controla o exercício de atividades mercantis ou outras, com finalidade de lucro, fora do país de sua sede, por qualquer meio legal a sua disposição, b) entidade que exerça atividades mercantis ou outras, com finalidade de lucro, e que seja controlada por pessoa (natural ou jurídica) domiciliada no exterior*<sup>235</sup>

O autor atribui fundamental importância à expressão *fora do país de sua sede* por entender que a sociedade deve controlar atividades negociais no exterior ou ser controlada por uma matriz no exterior, para ser considerada, então, multinacional

---

<sup>234</sup> É o caso, por exemplo, de grande parte das empresas estrangeiras instaladas no Brasil, inclusive as que compõem o novo polo automotivo no Estado do Paraná, tais como a *Renault do Brasil* e *Detroit Diesel Motors do Brasil*, dentre outras

<sup>235</sup> COSTA, Carlos J S, *op cit*, p 43

Diversamente, outro conceito de empresa multinacional é oferecido pela Organização Internacional do Trabalho, OIT, através da Declaração Tripartida, que, em seu artigo 6º do Anexo III, estabelece “Art 6º - *entre as multinacionais figuram as empresas, sejam públicas, privadas ou mistas, que são proprietárias ou controlam a produção, a distribuição, os serviços ou outros fornecimentos, fora do país onde têm a sua sede*”

GILLES BERTIN, à sua vez, conceitua a empresa multinacional como sendo “*l’entreprise dont les activités, s’étendant à des nombreux pays, sont conçues, organisées et conduites à l’échelle mondiale*”<sup>236</sup>

Já EDUARDO LEITE, assevera que “*la caractéristique essentielle de ces entreprises est qu’elles assurent leurs activités dans plus d’un pays*”<sup>237</sup>, e, assim, prefere estabelecer critérios para a definição das multinacionais conforme manifestações da atividade permanente de uma sociedade no plano internacional (criação de sucursais, filiais, ou fusão internacional com uma sociedade estrangeira) São, pois, de três ordens os critérios por ele separados

*a) extension de l’ensemble des opérations à des nombreux pays autres que les pays d’origine, b) organization d’une politique globale de l’entreprise a l’échelle mondiale (en dehors des considérations concernant un seul pays), c) établissement d’une égalité de pouvoir entre la société et les Etats nationaux*<sup>238</sup>

---

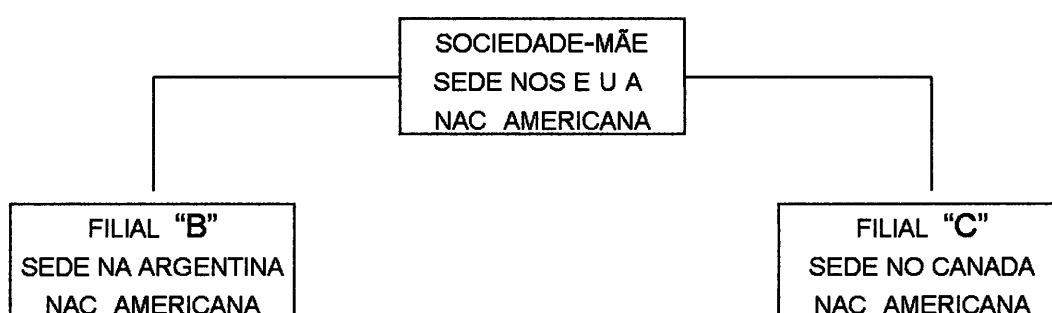
<sup>236</sup> BERTIN, Gilles Y *Les Sociétés Multinationales*, p 11-12, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, **apud** Eduardo de Oliveira Leite, **op cit**, p 203

<sup>237</sup> *Idem*, p 202

<sup>238</sup> LEITE, Eduardo de O, **op cit**, p 204

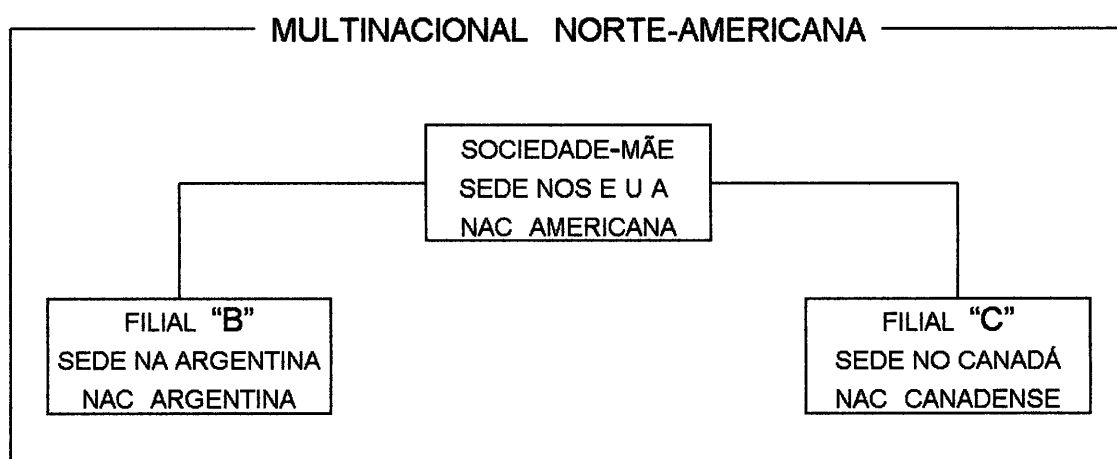
Feitas essas breves considerações acerca da definição das sociedades multinacionais, cumpre agora referência a uma questão de essência, merecedora de algum atentamento, que é a nacionalidade das empresas ou grupos multinacionais (se é que podemos atribuir uma nacionalidade a essas entidades)

Pois bem, imaginemos a seguinte situação uma empresa multinacional denominada empresa "A", exploradora de atividade bancária, cuja matriz situe-se nos Estados Unidos da América do Norte, mas que opere através das filiais "B" (na Argentina), e "C" (no Canadá) – filiais essas constituídas com capital integralmente norte-americano, e sem personalidade jurídica própria (muito embora tenham respeitado as normas desses países para instalação de filiais) A nacionalidade das filiais "B" e "C", haverão de coincidir com a nacionalidade da sociedade-mãe, ou seja, da empresa "A", inobstante esta seja considerada multinacional. E o exemplo do quadro a seguir



Se, entretanto, a sociedade-mãe, empresa "A", constituir suas filiais na Argentina e Canadá utilizando a forma de subsidiárias, é dizer, atribuindo personalidade jurídica própria a essas empresas, e, daí, subscrevendo a maioria do capital social (ou a maioria suficiente para exercer o

controle), então seremos levados a entender que cada qual terá sua nacionalidade específica<sup>239</sup>, embora admitimos que, por lado diverso de raciocínio, não seria errado falar-se genericamente em empresa multinacional norte-americana (senão de direito, ao menos de fato) E, assim, mesmo sendo as filiais de outra nacionalidade, pois a origem, seja do capital ou do empreendimento, estaria nos Estados Unidos Observe-se o exemplo no quadro



Pois bem, como já mencionamos anteriormente, o fenômeno da constituição de empresas multinacionais é hoje um fato real e inegável dentro da Economia, e vem crescendo a cada ano, seja no Brasil ou em outras nações do mundo Assim, é natural que se busque mecanismos que disciplinem a atividade dessas empresas, coibindo possíveis abusos e estabelecendo normas de conduta tanto para as pessoas jurídicas propriamente, como para seus administradores

<sup>239</sup> O que estamos aqui analisando não é um critério determinado de atribuição de nacionalidade (que, aliás, para o exemplo não é relevante), mas sim a situação jurídica que

Nesse sentido escreveu também SAMPAIO COSTA que, embora reconheça a importância das empresas multinacionais, assevera

*[ ] os problemas trazidos pelo aparecimento das empresas transnacionais em todos os países (desenvolvidos e em desenvolvimento, capitalistas e socialistas, democráticos e não democráticos) são de tal ordem e repercussão, que exigiram, ou melhor, exigem dos donos do poder político, uma solução conciliatória entre todos os setores afetados. Há que criar uma legislação que controle as atividades das multinacionais os especialistas na matéria têm chegado a conclusão de que uma legislação simplesmente nacional sobre o assunto seria insuficiente para equacionar todos os problemas surgidos. Daí ser necessário o estudo da matéria no plano nacional e no plano internacional*<sup>240</sup>

Como sugestão no plano internacional, o autor indica um Código Internacional de Conduta (ou Código de Conduta das Empresas Transnacionais, assim mesmo denominado por ele) que não teria propriamente a força de um Tratado, mas sim, num primeiro momento, de mera recomendação das Nações Unidas

---

se desprende da formação de um grupo societário cujas estruturas sociais encontram-se em mais de um país

<sup>240</sup> COSTA, Carlos Jorge Sampaio, **op cit**, p 48

## **5.2. As empresas binacionais brasileiro-argentinas.**

Como já manifestado, temos que nos últimos anos verificou-se um importante intercâmbio de operações comerciais (principalmente entre Brasil e Argentina), com acentuado crescimento de negócios envolvendo pequenas, médias e grandes empresas dos dois países. Foram desde importações e exportações, parcerias através de *joint-ventures*, concessões de franquias, até a abertura de filiais e instalações de parques fabris.

Para isso, sem dúvida, poderia ter contribuído uma nova modalidade de constituição societária, que é a empresa binacional. Digo *poderia ter contribuído* posto que ainda é pouco - ou quase nada - conhecida pelo mundo empresarial.

Criado a partir do Protocolo nº 5/90 assinado em Buenos Aires, o Estatuto da Empresa Binacional foi aprovado na Argentina em 1991 e, no Brasil, recebeu confirmação através do Decreto nº 619, de 29 de julho de 1992. É esse instrumento que traz as condições de implantação, e que regula as normas aplicáveis às empresas binacionais brasileiro-argentinas.

O Estatuto, dentre outras finalidades, tem um objetivo econômico, que serve a incentivar a composição de capitais brasileiros e argentinos, promovendo uma atuação conjunta das *empresas* dentro dos mercados nacionais. Assim, ele acaba estruturando “*um regime orientado a facilitar, em ambos os países, o movimento de capitais e outorgar à sua*

*aplicação econômica um tratamento privilegiado, diferente do concedido ao capital estrangeiro”*<sup>241</sup>

Observe-se que as formas societárias previstas nas legislações do Brasil e da Argentina foram respeitadas e permanecem inalteradas (por exemplo, as sociedades limitadas e as sociedades anônimas). O que ocorre é que para o caso de uma empresa binacional brasileiro-argentina, o nome empresarial deverá vir acompanhado da sigla E B B A (ou E B A B )

Não houve, portanto, uma alteração na ordem jurídica interna, no que diz respeito ao Direito Societário, mas sim um incremento que possibilita a adaptação das formas societárias já existentes para a nova realidade. Desse modo somos levados a entender que se trata de uma inovação cuja importância manifesta-se mais fortemente no campo econômico, pois está a possibilitar uma diversificação no manejo dos investimentos brasileiros e argentinos<sup>242</sup>

Quanto a isso, mais uma vez socorremo-nos de ALDO L FERREIRA, que complementa o raciocínio acima, quando diz que o Estatuto

*[ ] não cria um novo tipo societário para ser incorporado aos direitos binacionais, mas, remete aos direitos nacionais a regulação dos aspectos instrumentais e operativos das referidas empresas, estabelecendo que devem constituir-se e funcionar através de qualquer das formas jurídicas previstas pelas respectivas legislações nacionais. Destarte, juridicamente, as Empresas Binacionais são*

---

<sup>241</sup> FERREIRA, Aldo Leão. *Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995, p. 18.

<sup>242</sup> RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *A Vantagem das Binacionais*. Jornal Gazeta Mercantil encarte Latino Americano, Rio de Janeiro, 16 de setembro de 1996, p. 4.

*sociedades nacionais* No plano do direito societário, o Estatuto só prescreve de que maneira deverá exteriorizar-se a formação binacional da respectiva empresa, através do esquema de estruturação do capital social<sup>243</sup>

Mesmo tratamento é aplicado quanto ao objeto social, posto que o Estatuto permite que as empresas binacionais tenham como objeto qualquer atividade econômica válida pela legislação do país de sua sede, seja Brasil ou Argentina, observando-se naturalmente as limitações constitucionais

Assim, para os efeitos do Estatuto (e segundo seu art 1º, § 2º), basicamente é empresa binacional aquela que detenha ao menos 80% do capital social e dos votos atribuídos à pessoas físicas ou jurídicas do Brasil e da Argentina (observando um mínimo de 30% para o conjunto de investidores nacionais de cada um dos países) Ademais, os investidores dos dois países, além de deter o controle real e efetivo da empresa, são contemplados com o direito de eleger ao menos dois integrantes - sendo um pelo Brasil e outro pela Argentina - dos órgão de administração e fiscalização interna

Por outra ótica não está vetada a participação de sócios e investidores de outros países, desde que essa participação não exceda a 20% do capital da empresa

Veja-se, entretanto, que a determinação do *caráter nacional do investidor*<sup>244</sup> é atribuída ao local de domicílio, e, nesse sentido, o Estatuto disciplina que são investidores nacionais as pessoas físicas domiciliadas em qualquer dos dois países, as pessoas jurídicas de direito público de qualquer dos dois países, e as pessoas jurídicas de direito privado

---

<sup>243</sup> FERREIRA, Aldo Leão, **op cit**, p 18

<sup>244</sup> Quanto a esse respeito ver o *Critério do Investidor Nacional* para atribuição de nacionalidade às sociedades - Capítulo Terceiro, número 35, letra "f", *supra*

de qualquer dos dois países, desde que a maioria do capital e dos votos e efetivos controles administrativos e tecnológico sejam direta ou indiretamente detidos pelos investidores nacionais. Quanto às pessoas jurídicas coligadas e grupos de empresas, o caráter de investidor nacional será determinado pelo lugar do domicílio do controlador<sup>245</sup>

Assim, da leitura dos dispositivos do Estatuto (transcritos no Anexo 1 deste trabalho), somos levados a entender que existem dois critérios cumulados para a atribuição da dupla nacionalidade às sociedades originadas desse diploma legal. São os critérios do *investidor nacional* e do *controle*

Não obstante, há também uma restrição quanto à sede da empresa, que vem disposta no artigo terceiro, tal como segue

*Art 3º -*

*I - As Empresas Binacionais terão sede, necessariamente, na República Federativa do Brasil ou na República Argentina, e revestirão uma das formas jurídicas admitidas pela legislação do país escolhido para a sede social, [ ]*

Entendemos, contudo, não se tratar de outro critério que deva ser conjugado ao do *investidor nacional* e do *controle*, uma vez que não pode ser considerado o critério principal (pois redundante). É que, na hipótese, a pretensão de que uma empresa binacional brasileiro-argentina tenha sede, *v g*, no Uruguai, é retirar-lhe sua principal característica

---

<sup>245</sup> A hipótese é semelhante a dos grupos societários na Lei de Sociedades por Ações, tratado mais adiante. Ademais, ver o *Critério do Controle* para atribuição de nacionalidade às sociedades - Capítulo Terceiro, número 35, letra "e", *supra*

De tudo, pois, o que se pretendeu incluindo esse tópico no estudo que fazemos, foi tão somente alertar para a existência de uma nova forma de parceria dentro do Mercosul, colocada à disposição dos investidores com o advento do Estatuto da Empresa Binacional, que, em última análise, é um instrumento de confluência e união de interesses dentro das relações negociais

### ***5.3. O caso da Itaipu Binacional.***

É bem verdade que até este momento, e também nos Capítulos seguintes, tratamos quase que totalmente das pessoas jurídicas de direito privado, mais especificamente das sociedades mercantis. Agora reservamos pequeno espaço para abordar a questão da Itaipu Binacional, sabidamente de natureza jurídica diversa

Se por um lado é inquestionável a binacionalidade dessa empresa – isso aliás que nos motivou a incluí-la aqui – de outro é certo que a Itaipu se reveste de forma bastante distinta de tudo o que até a sua criação conhecíamos no Brasil. Dispõe de normas e regras próprias para a formação do capital, para contratação e trânsito de mercadorias e funcionários, destinação de rendimentos e, dentre o mais, imunidade tributária bastante significativa

Antecedendo sua criação o Tratado da Bacia do Prata, a Declaração de Assunção (de 3 de junho de 1971, que disciplinava a utilização

de rios internacionais), e a formação da Comissão Mista Técnica Brasileiro-Paraguai (constituída em 12 de fevereiro de 1967 para realizar estudos de viabilização do projeto) A materialização operou-se através de um Tratado<sup>246</sup> internacional assinado pelos Governos da República Federativa do Brasil e da República do Paraguai, na cidade de Brasília, em 26 de abril de 1973, cuja ratificação deu-se, em nosso país através do Decreto Legislativo nº 23, aprovado pelo Congresso Nacional em 30 de maio de 1973, e Decreto nº 72 707 de 28 de agosto de 1973, e pelo Paraguai em 11 de julho de 1973, através da Lei nº 389, que aprova e ratifica o Tratado

Não obstante o paradigma de gigantismo que assolava as obras públicas do período militar brasileiro, o objetivo que norteava os Governos da época era o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas (ou Salto de Guaíra) até a Foz do Rio Iguaçu Isso efetivamente se consolidou, o objetivo foi alcançado, Itaipu foi construída e ostentou, até há pouco tempo, o título de maior usina hidrelétrica do mundo

Embora diferente (e no início de difícil compreensão) o problema da natureza jurídica da Itaipu Binacional parece estar resolvido PAULO SALVADOR FRONTINI<sup>247</sup>, em artigo publicado na Revista de Direito Mercantil em 1974, disse que

*[ ] seu figurino jurídico não se conforma ao de nenhum tipo de pessoa jurídica que a legislação brasileira de direito interno reconhece (não é empresa pública na forma do Decreto-lei nº 200 não é sociedade de economia mista, não é sociedade civil ou*

---

<sup>246</sup> A íntegra do Tratado referido, assim como dos Estatutos da Itaipu Binacional, estão no Anexo 1 deste trabalho

<sup>247</sup> FRONTINI, Paulo Salvador *Itaipu Binacional Novo Tipo de Empresa?* in Revista de Direito Mercantil, n 15/16, págs 251-256

*comercial organizada de acordo com as normas de direito privado, não é fundação, não é autarquia*

A justificativa para o não enquadramento nos tipos acima é que a Itaipu foi concebida com características peculiares, tais como

- foi criada por um Tratado internacional por dois Estados soberanos (Brasil e Paraguai),

- é composta por sócios<sup>248</sup>, em número de dois, que são Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRÁS, e Administración Nacional de Electricidad – ANDE,

- tem um capital social (fixado em cem milhões de dólares norte-americanos), que será sempre constante e intransferível, e dispõe de patrimônio próprio,

- tem uma finalidade específica (produção de energia elétrica) e distinção em relação às pessoas que a criaram (os Estados), e em relação às pessoas jurídicas tidas como suas sócias (ELETROBRÁS e ANDE),

- tem plena capacidade jurídica, financeira e administrativa (sua administração é composta de um Conselho de Administração e de uma Diretoria Executiva, ambos órgãos paritários, integrados por nacionais dos dois países, que se intercalam nos cargos),

- tem duas sedes e dois foros contratuais, um em Brasília e outro em Assunção,

- desenvolve atividade econômica (geração de energia elétrica), e essa atividade é dirigida e coordenada por um empresário coletivo (os sócios) e sob a iniciativa e risco dele,

- dispõe de imunidade tributária para os serviços de geração de eletricidade e para os trabalhos de construção, assim como para os lucros e movimentos de fundos, certo que, para obter crédito dispõe de garantias oferecidas pelos governos dos dois países,

- por utilizar águas brasileiras e paraguaias, paga “royalties” ao Brasil e ao Paraguai, e a eles *vende* o produto da sua atividade, ou seja, *vende* a energia elétrica produzida

Pois bem, em vista das características descritas (que combinam particularidades das mais diversas formas de pessoas jurídicas), duas são as conclusões que podem ser retiradas

A primeira é que a Itaipu Binacional pode (e deve) ser entendida como uma empresa, vez que dispõe de sócios, de capital social e produz um bem de consumo (energia elétrica) E, portanto, uma atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (aquele conceito tradicional de empresa), e reúne os fatores de produção da teoria econômica clássica (as matérias-primas e/ou produtos transformados o fator humano e o capital )

A outra conclusão é que, por ter sido criada por um Tratado assinado por dois países soberanos, por dispor de capacidade jurídica

---

<sup>248</sup> É discutível a utilização dessa nomenclatura *sócios* O Estatuto da Itaipu, no seu art 1º, fala em *partes* Todavia, pela forma colocada no texto legal e pela competência, as empresas que compõe a Itaipu poderiam ser assim consideradas

própria e capacidade diretiva própria (distinta), é uma entidade, um organismo internacional, e, sendo sujeito de direito da comunidade internacional, é pessoa jurídica de Direito Internacional, mas da espécie binacional, composta por partes oriundas de dois países

Dessa forma, na precisão da natureza jurídica da Itaipu, colocamo-nos ao lado de PAULO FRONTINI<sup>249</sup>

*Deve, assim, ficar bem entendido que o qualitativo 'Binacional', constante da denominação desse ente, não significa que sua capacidade jurídica se projete apenas nos dois países que o constituíram, 'Itaipu' é binacional quanto a sua origem, mas internacional em sua capacidade de direito*

*Como organismo internacional, trata-se de sujeito de direito da comunidade internacional, embora sua atividade-fim [ ] seja meramente regional (como regional é a atuação da OEA, da CECA, etc )*

[ ]

*À luz dessas ponderações, conclui-se que 'Itaipu Binacional' é pessoa jurídica de Direito Internacional [ ] dotado de inequívoca natureza empresarial*

Outros juristas brasileiros também já analisaram e opinaram sobre a natureza jurídica da Itaipu, dentre os quais MIGUEL REALE e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Para MIGUEL REALE<sup>250</sup>

<sup>249</sup> FRONTINI, Paulo S , **op cit** , p 256

<sup>250</sup> REALE, Miguel *A Estrutura Jurídica de Itaipu* Conferência proferida perante o "Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política", da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, realizada em 04/07/74

*Como essa personalidade jurídica, dotada de amplo espectro de poderes, se destina à exploração de um bem público, outorgado conjuntamente pelos dois Estados 'condôminos', resulta mais do que caracterizada a existência de uma pessoa jurídica pública de direito internacional*

Já BANDEIRA DE MELLO<sup>251</sup> afirma

*A Itaipu é pessoa binacional,*

[ ]

*Deveras parece por inteiro prescindível fundamentar alongadamente a asserção pois é perceptível a todas as luzes que a lei nacional de um país não se pode irrogar a força de reger entidade nascida da vontade conjunta de dois países, além de que não editada em vista disso*

Ademais, tão significativa a questão que, atendendo solicitação do Ministério das Minas e Energia (constante da Exposição de Motivos nº 423/77), o Presidente da República Federativa do Brasil determinou a Consultoria Geral da República a elaboração de um Parecer<sup>252</sup> destinado a dirimir dúvidas quanto ao tema da natureza jurídica da entidade. Assim, LUIZ RAFAEL MAYER, Consultor-Geral da República em 1978, elaborou o Parecer n L-208, de 22 de setembro de 1978, depois de analisar e citar diversos autores nacionais e estrangeiros. No Parecer expõe

*Assim, atento à melhor lição da citada doutrina de Libbrecht, e acompanhando os seus conceitos, excluída a terminologia de vacilante precisão conceitual e adequada aplicabilidade, caberia propor a definição da entidade binacional Itaipu, simplesmente, como*

---

<sup>251</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **apud** MAYER, Luiz Rafael Parecer L-208, de 22/09/78, Consultoria Geral da República

*empresa juridicamente internacional, isto é, pessoa jurídica emergente do direito internacional, com a finalidade específica de desempenho de atividade industrial, a que se aplica como concessionária de serviço público internacional, submetida a regime de direito internacional público [ ]*

*Ao dizer-se compreendida na categoria genérica, doutrinariamente construída, de empresa juridicamente internacional, em contraposição dialética a empresa economicamente internacional ou empresa multinacional, Itaipu se distingue essencialmente das congêneres, pela sua especificidade própria, a de ser binacional, característica que, ao mesmo tempo que lhe delimita a extensão, fá-la estreitamente vinculada aos Estados que a instituíram, como um produto em comum de duas soberanias, voltado para o relacionamento externo, à giza das instituições menores em que os Estados internamente se desdobram, sem que alcance aquele grau de autonomia, irrestrito internacionalismo ou supranacionalidade das pessoas jurídicas de direito internacional público, tout court*

Pois bem, resolvida a natureza jurídica da Itaipu, ou seja, considerando-a como do *gênero* pessoa jurídica de Direito Internacional e, dentro desse, da *espécie* binacional, não é exagero concluir que se trata de uma empresa com nacionalidade brasileira e paraguaia, conjuntamente

Embora não constituída sob as leis brasileiras ou sob as leis paraguaias, que nunca previram e desconheciam esse tipo de pessoa jurídica – o que a princípio descarta o critério da incorporação como modelo de atribuição da dupla nacionalidade – a criação da Itaipu foi obra dos dois países, através de um ato jurídico internacional (o Tratado como fonte de Direito) Ato jurídico este que depois de aprovado e ratificado pelos países passou a integrar os respectivos ordenamentos jurídicos internos, com a eficácia de lei nacional

---

<sup>252</sup> Parecer aprovado pelo Senhor Presidente da Republica em 17 de outubro de 1978, e publicado no Diario Oficial da União de 19 de outubro de 1978, págs 16 869-16877

Mas, em que pese sua inclusão na ordem jurídica interna e essa eficácia de lei nacional conferida ao Tratado, parece mais acertado, no caso, atribuir-lhe a nacionalidade brasileira e paraguaia em razão da sede social e foro, respectivamente, Brasília e Assunção, e também (porque não?), em razão do seu controle, exercido, por força dos Artigos 8º e seguintes do Estatuto da Itaipu, somente por nacionais brasileiros e paraguaios

A conclusão, pois, de dispensar o critério da incorporação, privilegiando os da sede social e controle, decorre do fato de que, não havendo parâmetros (omissão conceitual do texto do Tratado), a regra interpretativa faz-se necessária na discussão e localização dos critérios mais adequados para a atribuição da dupla nacionalidade, e pelo estudo fizemos a opção

A seu turno, questão que foge à natureza jurídica, mas sem deixar de ser interessante, é a que diz respeito à soberania dos Estados. O Tratado estabeleceu que ficariam (e de fato ficaram) mantidas as linhas de fronteira entre os dois países, vale dizer o Brasil é soberano em relação à área ocupada pela Itaipu que esteja em seu território, lá exercendo sua jurisdição, e o mesmo acontece com o Paraguai na parte ocupada dentro dos seus limites territoriais

Por fim, é de se destacar que a *criação* da Itaipu Binacional deu-se pelo Tratado assinado entre os países vizinhos, mas a operacionalização da empresa é regida pelas normas contidas nos Anexos do Tratado Anexo A, Estatuto da Itaipu, modificado por Acordo firmado em 28 de janeiro de 1986, Anexo B, descrição geral das instalações destinadas à produção de energia elétrica e das obras auxiliares, e Anexo C, que dispõe sobre as bases financeiras e de prestação dos serviços de eletricidade da

Itaipu, além das Notas Complementares ao Tratado, e dos Protocolos Adicionais (Artigos XVIII e XX do Tratado), dentre os quais se destaca, por exemplo, o Protocolo sobre Relações de Trabalho e Previdência Social

#### **5.4. Conflitos Positivos de Nacionalidade.**

Assim como acontece com as pessoas físicas, que estão sujeitas a enfrentar conflitos de nacionalidade, o mesmo pode se dar com as pessoas jurídicas (já que se admitiu, aqui, a nacionalidade delas), até porque as regras para solução dos conflitos de nacionalidade das pessoas jurídicas, a princípio, são as mesmas aplicadas as pessoas físicas

Pois bem, inicialmente é de salientar que surgirão conflitos de nacionalidade – positivos ou negativos – apenas em alguns momentos, geralmente quando acionado o Poder Judiciário, mas também em meio a lides administrativas, ganhando relevância igualmente em face de prerrogativas que um determinado país conceda às sociedades comerciais a ele vinculadas, ou em face da necessidade de autorização para sociedades estrangeiras atuarem

Claro, é possível que uma sociedade passe sua inteira existência sem envolver-se num conflito de nacionalidade, pois o conflito não é, necessariamente, certo, ainda que os elementos para sucitá-lo estejam presentes

Ensina o autor francês, LAURENT LEVY<sup>253</sup>, que se se determinar a nacionalidade de uma sociedade tendo em conta exclusivamente a “*lex fori*” não ocorrerão conflitos de nacionalidade (quando muito poderá haver casos de dupla ou pluri nacionalidade) Todavia, se a determinação for “*lege causae*”, vários Estados podem reivindicar uma mesma entidade, ou, ao contrário, nenhum reconhecer seu vínculo de nacionalidade

Vale dizer se para a determinação da nacionalidade da sociedade se tem em conta unicamente o seu domicílio, nenhum conflito haverá de surgir, já que uma vez domiciliada no país “A”, terá a nacionalidade do lugar do domicílio ou, quando muito, dupla ou pluri nacionalidade, nos casos em que a pessoa jurídica disponha de domicílios em mais de um país (determinação em razão do domicílio, “*lex fori*”) Por lado diverso, se buscarmos a determinação da nacionalidade em razão do Direito legislado de alguns países, poderemos ter situação em que a lei de nenhum considere a sociedade em análise sua nacional, ou, então, que todos, dada à aplicação das respectivas leis, reclamem sua nacionalidade (“*lege causae*”)

Partindo das premissas inicialmente assentadas, temos que ocorre o conflito positivo de nacionalidade quando dois ou mais países considerem determinada pessoa jurídica como sendo nacional do seu país, ou seja, ligada por vínculos jurídicos com a sua legislação Nesse caso pode ser entendida a sociedade como plurinacional<sup>254</sup>, dependendo do ângulo de vista do observador

---

<sup>253</sup> LEVY, Laurent, **op cit**, p 143 e ss

<sup>254</sup> Aqui mais uma questão de terminologia Ao nosso ver, não obstante o termo “*plurinacional*” designe bem as sociedades consideradas nacionais de mais de um país, expressão que melhor se encaixaria é “*multinacional*” Mas, daí, esbarramos com a idéia de empresa cuja atuação extrapola os limites territoriais do seu país de origem Nesse caso (tal como já nos manifestamos anteriormente), damos razão mais uma vez para Sampaio Costa, para quem o termo correto na indicação dessas empresas de atuação global e “*transnacional*”

Veja-se, pois, o seguinte exemplo no Brasil, foi criada, observando as leis nacionais, uma sociedade comercial sob a forma de sociedade anônima, que teve aqui sua sede estatutária. Subscreveram ações investidores nacionais e estrangeiros, sendo que os últimos – de um único país (país “B”) – pela participação subscrita, assumiram o controle da companhia com 70% do seu capital

Pelo ordenamento jurídico brasileiro essa sociedade é considerada nacional do Brasil, ainda que os acionistas controladores e a maioria do capital social sejam estrangeiros. Todavia, na hipótese de o país de origem do capital adotar o critério do controle para atribuição de nacionalidade, haverá, então, um conflito positivo, porquanto este outro país entenderá que a sociedade em questão guardará a sua nacionalidade

Se a sociedade tiver por objeto a pesca, e desenvolver essa atividade em mares territoriais de um terceiro país (país “C”), poderá, conforme o caso, e para alguns, ser considerada nacional desse terceiro país, por conta da adoção de outro critério de atribuição da nacionalidade – o critério do local de exploração da atividade econômica

Assim, a partir de pontos de vista diferentes, pode uma mesma sociedade ostentar a nacionalidade brasileira – se analisada sob o ângulo da legislação pátria, e, ostentar a nacionalidade do país “B”, ou do país “C” – se analisada em consonância com a legislação deste ou daquele país

Ao se deparar com um caso concreto o juiz deve, a princípio, levar em consideração a sua lei nacional, mas, se não for suficientemente esclarecedora, deve optar pela nacionalidade do país que mantém os vínculos mais estreitos com a pessoa jurídica analisada

Outro caso de plurinacionalidade que merece espaço neste Capítulo é um que não decorre de conflito positivo a sociedade é plurinacional por vontade de alguns Estados que lhe conferem simultaneamente a sua nacionalidade Nesse sentido – além do o caso da Itaipu, já visto – podemos citar o da *Scandinavian Airlines System* (S A S )

Em 1951, Dinamarca, Noruega e Suécia resolveram criar, através de um consórcio, a *Scandinavian Airlines System* com o objetivo de atender ao tráfego comercial aéreo da região escandinava Mas a particularidade é que o fizeram através de uma pessoa jurídica que teve seus atos registrados e publicados nos três países, e mais, segundo os estatutos da empresa, a S A S está subordinada às regras jurídicas nacionais também dos três países Assim, essa pessoa jurídica, da forma como foi concebida, goza, simultaneamente, tanto da nacionalidade sueca, como norueguesa e dinamarquesa

### **5.5. Conflitos Negativos de Nacionalidade.**

Por sua vez, o conflito negativo de nacionalidade opera-se principalmente quando sobrevém uma das seguintes hipóteses a) o Direito que rege a sociedade e lhe confere personalidade jurídica ignora a noção de nacionalidade, b) o país ao qual pertence a sociedade procede à sua estatização, c) o conflito negativo se dá em função da adoção de diferentes

critérios de atribuição de nacionalidade por diferentes Estados. Tratemos mais atentamente de cada qual

a) Se o Direito sob o qual foi conferida personalidade jurídica a uma sociedade não conhecer a noção de nacionalidade, esta poderá ser entendida como apátrida. É o caso visto até pouco tempo, por exemplo, com o Direito argentino, que entendia, baseado na Teoria de IRIGOYEN, que as sociedades não eram nacionais deste ou daquele país – elas simplesmente existiam em decorrência de uma permissão legal. Não estavam, portanto, sujeitas a uma proteção diplomática

b) Perda da nacionalidade pela estatização, por confisco, da pessoa jurídica. Lembrando as palavras de L. LEVY<sup>255</sup>, depois da I Guerra Mundial as estatizações não pararam de multiplicar-se, especialmente nos países do leste europeu, tal como a Rússia, transformada em nação da União Soviética. Nesse ponto o autor indaga *“qual sorte é reservada à sucursal ou filial francesa de uma sociedade estrangeira estatizada?”* – fazendo clara referência aos casos das sociedades russas e indicando citando o exemplo do Banco da Sibéria, instituição confiscada pelo governo soviético e que possuía filiais em França

Pois bem, mas analisando as possibilidades de estatização por confisco, veremos que dela podem surgir duas situações diferentes

A primeira, caso em que a sociedade deixa de existir de direito e de fato, ou seja, o Estado toma para si os ativos da empresa e a liquida no seu território de origem, permanecendo, no entanto, suas filiais ou sucursais no exterior, pela pura ilegitimidade desse Estado em confiscar bens

fora do seu domínio territorial. Essas filiais, então, não poderiam operar, ou sequer funcionar, devendo ser dissolvidas, visto que perderam seu estatuto pessoal<sup>256</sup>

A segunda situação dá-se quando a sociedade é estatizada, mantendo suas atividades econômicas tanto no país de origem como nos centros onde mantém filiais ou sucursais, mas com a extinção da sua personalidade jurídica originária. Trazendo para o exemplo russo e francês, a primeira vista a filial dessa sociedade seria apátrida, sem nenhuma nacionalidade, pois rompido foi o seu laço com o Direito e com o Estado russo, já que teria deixado de existir como pessoa jurídica, e, da mesma forma, não teria nacionalidade francesa uma vez que, pela lei desse país, as condições de atribuição de nacionalidade não teriam sido satisfeitas.

Para fazer frente a esse problema, L. LEVY<sup>257</sup> aponta a seguinte solução, do ponto de vista dos acionistas da sucursal francesa:

*Ils pouvaient éventuellement reprendre leur activité en fondant une nouvelle personne morale de droit français et lui faire apport des actifs et passifs de la succursale 'émancipée de la tutelle de la maison mère nationalisée'. En d'autres termes, une société française voyait le jour qui n'avait pas de rapport direct avec celle qui avait subi la nationalisation. aucun problème d'apatridie ne pouvait donc se poser, le nouveau sujet de droit ayant naturellement la nationalité du pays d'accueil.*

---

<sup>255</sup> LEVY, Laurent, **op cit.**, p 150

<sup>256</sup> A esse respeito, Levy escreveu (**op cit.**, p 151) "Au niveau des conflits de lois, lorsqu'un Etat nationalise e dissout des sociétés constituées et fonctionnant selon son droit, celles-ci perdent leur existence '**urbi et orbi**' puisque leur personnalité dépend de leur statut personnel"

<sup>257</sup> LEVY, Laurent, **op cit.**, p 153

c) A terceira hipótese de conflito negativo dá-se em função da adoção de diferentes critérios para atribuição de nacionalidade às pessoas jurídicas, isto é, hipótese em que dois ou mais países negam a nacionalidade a uma sociedade, quando ela supostamente deveria ser nacional de um deles

Utilizando o mesmo exemplo da sociedade anônima pesqueira (presente no tópico anterior, que trata dos conflitos positivos), poder-se-ia imaginar a seguinte situação: foi a sociedade incorporada no país "B", por acionistas nacionais do país "C", já a exploração da atividade pesqueira terá lugar exclusivamente na costa brasileira

Ora, se o país "B" adota o critério do controle, e o país "C" adota o da incorporação ou da sede social, a companhia em questão não será considerada nacional por nenhum dos dois. Também não será considerada brasileira, já que entre nós não vigora o critério do local ou centro de exploração da atividade econômica. Assim, estabeleceu-se um conflito – agora negativo – de nacionalidade.

Se os três países do exemplo não reconhecerem – negarem, portanto – a nacionalidade àquela pessoa jurídica, até que seja encontrada solução, será uma sociedade comercial apátrida.

Outro exemplo que pode ser utilizado é o de uma sociedade constituída em um país que adote unicamente o critério da sede social real, mas que mantém seu principal estabelecimento em um país que adote apenas o critério da incorporação. É o caso, pois, da França e da Inglaterra, que adotam aqueles critérios, respectivamente. Desse modo, ocorrendo a situação acima, a França negaria sua nacionalidade à sociedade,

visto que a sede social estaria fora do seu território, e, da mesma forma, ser-lhe-ia negada a nacionalidade inglesa, já que a sociedade não teria sido incorporada no território do Reino Unido

Por último, lembramos uma hipótese em que a sociedade fica apátrida, mas não necessariamente pelo conflito negativo. É o caso em que uma sociedade delibera em assembleia geral de acionistas a mudança de nacionalidade, *v.g.*, brasileira, para a de um Estado que exija autorização. No lapso de tempo entre a deliberação e a efetiva autorização do novo Estado esta sociedade estará de fato sem nacionalidade.

Por fim, o comentário de JOSE DA SILVA PACHECO já referido anteriormente, no sentido de que a pessoa jurídica subordina-se à lei do Estado que a criou, e se essa lei não lhe conferir nacionalidade, por óbvio que a entidade nasceu sem ela, sem todavia deixar de ser pessoa. Assim, conclui, pode haver pessoa jurídica sem nacionalidade se a lei do Estado em que foi criada não lhe atribuir nacionalidade ou se exigir pressupostos não preenchidos.

Certamente muitas situações análogas ou semelhantes às trazidas aqui são possíveis de ocorrer, pelo que nos preocupamos tão somente com as regras mais gerais.

A propósito, veja-se que atualmente, com o advento da rede Internet, serão bem maiores os problemas de definição de nacionalidade e de conflitos suscitados (sejam positivos ou negativos), por conta do enorme crescimento da atuação das empresas nesse segmento<sup>258</sup>

### **5.6. Grupos Societários.**

A matéria é regulada no Direito brasileiro pela Lei de Sociedades por Ações, através dos seus artigos 265 e seguintes Diz o artigo 265

*Art 265 – A sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetivos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns*

Da definição legal do artigo transcrito (assim como dos demais, que versam sobre o assunto) infere-se que os grupos societários surgem principalmente da associação de esforços empresariais entre sociedades já formadas, para realização de atividades comuns, sem, entretanto, haver extinção da personalidade jurídica de qualquer das sociedades integrantes Podem também aparecer ao mesmo tempo das sociedades que irão compô-lo, embora essa situação seja menos frequente

Historicamente podemos dizer que o conceito de consolidação empresarial (ou grupos) começou no Ocidente, no início do Século XVII, na época da dominação colonial do Império Britânico De lá surgiu, então, o primeiro grupo (*holding*) que se tem notícia, a *East India Trading Company*, sugerida pela Coroa Inglesa e idealizada pelo Professor da

---

<sup>258</sup> Sobre o assunto há breve exposição no epílogo

Universidade de Haileybury, reverendo THOMAS ROBERT MALTHUS, e pelos pensadores econômicos JAMES MILL e JOHN STUART MILL

Essa companhia, criada em 1604, acabou por se tornar um imenso conglomerado econômico da iniciativa privada (consolidava fatores financeiros, habilidade mercantil, transporte marítimo e transformação industrial das riquezas naturais das colônias inglesas), operando até o começo do Século XIX, de modo a dominar o comércio entre as ilhas britânicas e o subcontinente asiático<sup>259</sup>

Já no continente americano, as *holdings* foram introduzidas no Século XVIII, nos Estados Unidos da América do Norte, como forma de participar da conquista do Leste daquele país, e consequente formação dos *trusts* das ferrovias

[ ] que dariam estrutura logística ao transporte dos produtos agrícolas para os centros de processamento de Chicago e Detroit  
[ ] Entre 1850 e 1870, formaram-se então as mais gigantescas 'holdings' da história econômica para consolidar a formidável estrutura de capitais e de infra-estrutura técnica para implantar as diferentes redes ferroviárias no Canadá e nos Estados Unidos<sup>260</sup>

Outro exemplo bem sucedido de *holdings* norte-americanas foi verificado no início deste século com a indústria automobilística, tal como a *General Motors Company* (da família DU PONT, fabricantes dos automóveis Pontiac), e *Ford Motor Company* (de HENRY e EDESEL FORD), empresas então chamadas de *trusts*, *financial polls*, ou *holding companies*

---

<sup>259</sup> Cf RASMUSSEN, Uwe Waldemar *Holdings e Joint Ventures* 2 ed São Paulo Aduaneiras, 1991, p 47

<sup>260</sup> *Idem*, p 51-52

No Brasil, os grupos societários começaram a se formar, com expressão, principalmente nos anos 60, quando havia uma política de combate às empresas multinacionais por parte da ditadura militar, que enxergou nas *holdings* brasileiras um meio de fortalecer a indústria e comércio nacionais. Todavia, hoje é prática bastante comum a união de objetivos em torno de grupos econômicos, e vem substituindo o antigo conceito das sociedades familiares, cuja estrutura, paternalista, não mais se presta à atividade empresarial moderna.

Essa união de objetivos, consubstanciada na formação de conglomerados empresariais, pode resultar em situações distintas: a) grupos de fato, que por sua vez podem ser formados por sociedades coligadas ou sociedades controladas e controladora; b) grupos de direito; c) consórcios.

FABIO ULHOA COELHO ensina que “os grupos de fato se estabelecem entre sociedades coligadas ou entre controladora e controlada. Coligadas são aquelas em que uma participa de 10% ou mais do capital social da outra, sem controlá-la. Já controladora é aquela que detém o poder de controle de outra companhia”<sup>261</sup>. Como exemplo de uma sociedade controlada sugere as *subsidiárias integrais*, que, aliás, hoje, trata-se também do único exemplo de sociedade unipessoal admitida pela legislação brasileira<sup>262</sup>.

A seu turno, grupo de direito - mais conhecido por sua denominação americana, ou seja, *holding* - consubstancia-se numa pluralidade

---

<sup>261</sup> COELHO, Fabio Ulhoa, *op cit*, *Manual*, p. 206

<sup>262</sup> Ao contrário de outros países, como a França, que comporta sociedades unipessoais. É válido, no entanto, o comentário no sentido de que tramita no Congresso Nacional projeto de lei que pretende substituir o antigo Decreto n. 3.708, de 1919 (legislação das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, em vigor), e que pelo disposto nesse projeto haverá de ser permitidas no Brasil sociedades personificadas de uma só pessoa, sob a denominação de “*empresa individual de responsabilidade limitada*”.

de sociedades com o intuito de uma participação conjunta no meio empresarial, cujo controle (no caso do Brasil) sempre estará reservado a uma sociedade brasileira, denominada comandante. Os grupos societários deverão ser registrados nos órgãos de registro de comércio, e, ademais, por força do art 267 da Lei das Sociedades por Ações, usarão a denominação “Grupo” precedendo seu nome empresarial.

Mas FABIO ULHOA COELHO complementa seu raciocínio em torno desta matéria dizendo que, de um lado, os grupos não têm personalidade jurídica própria, pois são apenas uma relação interempresarial, e de outro, sustenta que entre as sociedades integrantes de um mesmo grupo não existe solidariedade nem subsidiariedade<sup>263</sup> (apenas no que se refere ao Direito do Consumidor, art 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor)

Não é, por exemplo, o mesmo raciocínio de FABIO KONDER COMPARATO

*A nosso ver, o grupo econômico constitui, em si mesmo, uma sociedade. Os três elementos fundamentais de toda relação societária – a saber, a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos – encontram-se em todo o grupo. Ainda que o legislador não reconheça a personalidade jurídica dessa sociedade de segundo grau, como propuseram os elaboradores do projeto de regulamento unitário da sociedade anônima européia, que é um grupo personalizado, a relação societária que se estabelece entre as empresas ou sociedades agrupadas implica, necessariamente, uma unidade de direção e uma intercomunicação patrimonial*<sup>264</sup>

---

<sup>263</sup> Entendimento colhido de preleção do Professor Fábio Ulhoa Coelho, em Curso de Especialização em Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na data de 30 de abril de 1996

<sup>264</sup> COMPARATO, Fábio Konder, *op cit*, p 302

Na mesma linha está JORGE LOBO, autor de monografia específica sobre o assunto, que diz

*O grupo está para as sociedades grupadas assim como a sociedade está para a pessoa de seus sócios e acionistas nesta, como naquele, a pessoa dos membros não se confunde com a instituição resultante da união das diversas partes, no grupo essas partes são as sociedades grupadas, na sociedade, são os sócios e os acionistas Um e outra, tal como seus componentes, possuem personalidade*<sup>265</sup>

Mas quanto a esse fato (de não se atribuir personalidade jurídica aos grupos societários) arriscamos dizer que, de momento, mais dúvidas do que certezas nos aparecem, ainda que nos assemelhe mais correto entender que eles podem ser pessoas jurídicas, afinal, negar-lhes personalidade jurídica é, *ipso facto*, negar nacionalidade a tais grupos, com o que não podemos, à primeira vista, concordar

E não concordamos por razões simples a) a legislação é omissa sobre o assunto, o que de pronto implica no questionamento e na incerteza da personalidade, mas não na exclusão, b) o grupo (e aí o de direito) é formado por pessoas jurídicas que são nacionais de um ou de outro país – já que têm sua existência disciplinada por algum ordenamento jurídico e a ele estão subordinadas – assim, ou o grupo será considerado, *v g*, brasileiro (caso em que todas as sociedades que o compõem sejam brasileiras), ou será multinacional (se as sociedades integrantes tiverem nacionalidades diversas)

---

<sup>265</sup> LOBO, Jorge *Grupo de Sociedades* Rio de Janeiro Forense, 1978, p 119

Mas, de lado essa questão da personalidade jurídica dos grupos, outra pode também ser objeto de pesquisa e, quiçá, de questionamento. É a que decorre do § 1º do art 265, e do art 269, VII e § único, da Lei nº 6 404/76, que respectivamente dispõem

*Art 265 – [ ]*

*§ 1º - A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócios ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas*

*[ ]*

*Art 269 – O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter*

*[ ]*

*VII – a declaração da nacionalidade do controle do grupo,*

*[ ]*

*Parágrafo único – Para os efeitos do nº VII, o grupo de sociedades considera-se sob controle brasileiro se a sua sociedade de comando está sob controle de*

- a) pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil,*
- b) pessoas jurídicas de direito público interno, ou*
- c) sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob controle das pessoas referidas nas alíneas “a” e “b”*

Nos termos do que disciplina a lei para os grupos de sociedades, a sua controladora deve ser obrigatoriamente uma sociedade brasileira, mas brasileira levando em conta a sua constituição e o lugar da sua sede (não importando a origem do capital e a nacionalidade dos sócios ou acionistas). Essa sociedade brasileira deve, também obrigatoriamente, ser controlada por pessoas físicas residentes no Brasil, ou por sociedades controladas por pessoas físicas residentes no País.

MODESTO CARVALHOSA andou bem ao comentar essa particularidade da lei quando disse

*Desse modo, a exigência de nacionalidade brasileira da controladora é fundada no regime de "registro" e de "sede" no Brasil. E, quanto aos seus controladores, prevalece o regime do "domicílio" das pessoas físicas que diretamente ou através de outras sociedades a controlam. Não prevalece o critério de "nacionalidade" [dos sócios ou acionistas]. Basta, assim, que a companhia controladora seja constituída segundo as normas das leis brasileiras e tenha sua sede e administração no País* <sup>266</sup>

No mais, a lei exige que a convenção aprovada pelas sociedades que integram o grupo deve conter uma declaração de nacionalidade do seu controle. Desse modo, a sociedade "A" controladora do grupo "X" deve ter sido constituída no Brasil e aqui estar sediada, sendo que sua composição societária deve estar preenchida majoritariamente por sócios (pessoas físicas) domiciliados no País (não importando a nacionalidade de cada sócio), por pessoas jurídicas de direito público interno (nesse caso, obviamente, sempre brasileiras, já que instituídas pela lei nacional), ou por sociedades controladas por pessoas físicas domiciliadas no Brasil ou pessoas jurídicas de Direito público interno.

Dessa forma se infere que – ao contrário do que possa parecer – não se trata propriamente do *critério do controle* para atribuição de nacionalidade da controladora, pois a nacionalidade dos seus sócios ou acionistas não é questionada. Enxergar, aí, o *critério do controle*, só se fossem transpostas a figura do grupo para a sociedade, e a figura das sociedades que compõem o grupo para os sócios, ou seja, visualizando o grupo como a pessoa jurídica da qual as sociedades são os sócios.

Finalmente, a última das formas de associação mais frequentes o consórcio (*pool* de empresas)<sup>267</sup>

Trata-se da união econômica e de esforços de duas ou mais sociedades (que conservam tanto sua personalidade jurídica originária, como sua autonomia patrimonial), através de um contrato para realização de um objetivo comum, pré-estabelecido. Tal qual as *holdings*, os consórcios não geram obrigações solidárias e subsidiárias entre as empresas consorciadas, reclamando, entretanto, a mesma ressalva já feita quanto ao contido no chamado Código de Defesa do Consumidor.

O consórcio constitui um contrato associativo do qual não deriva uma personalidade jurídica distinta daquela das empresas que o formam. Nesse sentido vale o entendimento de que o consórcio, por algumas de suas faces, pode até assemelhar-se à sociedade em conta de participação, posto que esta, além de ser criada para a consecução de um objetivo comum, que não precisa ser perpétuo, não dispõe (aí com certeza) de personalidade jurídica<sup>268</sup>. Todavia é inegável a existência de uma personalidade judicial e negocial, porquanto dispõe de um centro diretivo (administração) e de

---

<sup>266</sup> CARVALHOSA, Modesto, *op cit*, p 500

<sup>267</sup> A figura do consórcio de empresas é também encontrada em ordenamentos jurídicos de outros países. Destaque para a França, com seus *Groupement d'Intérêt Économique* (GIE), para a Espanha, *Uniones de Empresas*, e Alemanha, que exhibe vários modelos de colaboração empresarial, tal como o *Gleichordnungskonzern*.

<sup>268</sup> Sobre o assunto manifestou-se Oscar Barreto Filho, *apud* Waldírio Bulgarelli, *Sociedades Comerciais*, p 48-53, 6ª edição, Ed Atlas, São Paulo, 1996. “ a sociedade em conta de participação é a forma associativa dentro dos quadros do direito vigente, que melhor se presta para traduzir em termos jurídicos a atividade desenvolvida pelos ‘investments trusts do tipo aberto’”. Em seguida, o próprio Bulgarelli complementa o nosso raciocínio dizendo que “ não é pessoa jurídica, não tem autonomia patrimonial, ”

representação<sup>269</sup>, com capacidade de negociar e de estar em juízo, tanto ativa como passivamente

Geralmente criados para a realização de um empreendimento determinado, ou, como se vê atualmente, para fortalecer a participação em concorrências públicas ou leilões de privatização de empresas estatais, os consórcios têm como características principais a autonomia administrativa e patrimonial em relação às sociedades consorciadas. Ou seja, por derivar de um contrato, é por esse instrumento que será regido o consórcio, tanto no que se refere à administração, como ao patrimônio (valendo dizer, por exemplo, que as consorciadas não tem ingerência direta sobre a parcela do seu patrimônio afetada pelo consórcio durante a sua existência)

Muito embora a jurisprudência brasileira já consagre desde há muito as associações de empresas, os consórcios propriamente ditos tiveram desenvolvimento efetivo no Brasil a partir da atual Lei das Sociedades por Ações, que reservou os artigos 278 e 279 para discipliná-los

Pois bem, tendo em vista as considerações (ainda que breves) acerca dos consórcios, faz-se pertinente conformação do assunto com o tema central deste estudo, qual seja, o da nacionalidade das sociedades

Não nos parece problemática tal conformação, e isso tendo em vista as características dos consórcios de empresas no Brasil e o contido na legislação de regência. Diz o §1º, do art 278, da Lei 6 404/76 que *“o consórcio não tem personalidade jurídica”*. Ainda que o consórcio seja um contrato cujos efeitos perante terceiros iniciem com o arquivamento no registro do comércio, esse registro não lhe confere personalidade jurídica. Ora, não tendo personalidade jurídica não é pessoa, e, a seu turno, não sendo pessoa

---

<sup>269</sup> A representação aparece com a outorga de mandato pelas sociedades consorciadas

não pode ter nacionalidade, mesmo sendo sujeito de direitos e obrigações. Forçosamente, contudo, esse raciocínio deve diferir daquele utilizado para os grupos (de direito) de sociedades. Pois ainda que se admita a ausência de personalidade jurídica dos grupos, as sociedades que o compõem têm suas direções e suas administrações baseadas na mesma pessoa. É a própria noção de sociedade *controladora* e de sociedades *controladas*.

Voltando aos consórcios, não é admissível, pois – a não ser nos costumes verificados principalmente na imprensa – atribuir-lhes a nacionalidade brasileira, americana, ou qualquer que seja. O que se pode fazer é dizer da existência de um consórcio formado por sociedades brasileiras ou americanas. Nesse sentido encaixa-se o exemplo das privatizações no Brasil. Se um consórcio formado na sua maioria por empresas espanholas (e na minoria por empresas brasileiras) vence um leilão de privatização de uma empresa estatal brasileira, duas afirmações podem ser feitas quanto à nacionalidade: a) o consórcio vencedor não tem nacionalidade espanhola nem brasileira, b) a empresa, que passou ao setor privado, continuará sendo brasileira por força da legislação nacional, não obstante a origem da maioria do capital e o seu controle.

### **5.7. Conseqüências para a Nacionalidade das Sociedades nos casos de Reorganização Societária.**

Tendo já tratado das definições de sociedades comerciais, de sociedades multinacionais, e de grupos societários, parece que

agora podemos falar das formas de reorganização societária, e das consequências da sua utilização para a nacionalidade das sociedades envolvidas

A matéria vem tratada em nossa legislação pela Lei das Sociedades por Ações (Lei 6 404/76, arts 220 a 234) e, igualmente, pela Lei Anti-truste, certo que a reorganização societária pode gerar situações que reclamem a intervenção do Estado, que se faz notadamente pela atuação do Conselho de Administração e Defesa Econômica, o CADE

Pois bem, iniciando o tema, é de se levar em conta que da ideologia capitalista (própria da globalização) e da dinâmica dos negócios (resultado dessa globalização) nascem situações em que empresas buscam a concentração (fenômeno concentracionista<sup>270</sup>), e isso por alguns motivos, que, dentre outros, podem ser captados como os de racionalizar a produção, adotar progressos tecnológicos, reorganizar as estruturas, e, principalmente, diminuir ou, até mesmo, evitar a concorrência

Em vista dessa vinculação dos institutos com o campo econômico é que lecionou o Professor ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, buscando clarear a questão da seguinte maneira

*Do ponto de vista econômico, a **fusão**, a **incorporação** e a **cisão** podem ser consideradas, com a **transformação**, espécies de **modificação de estrutura das empresas** Mas essa colocação não apresenta relevância para o direito, porque dela nenhuma consequência, vale dizer, nenhum efeito jurídico pode ser deduzido Interesse já existe, porém, em classificá-las como formas de **concentração** ou de **desconcentração de empresas** para a análise*

---

<sup>270</sup> Cf Waldirio Bulgarelli *Fusões, Incorporações e Cissões de Sociedades* 2 ed , São Paulo Atlas, 1996, p 21 e ss

*da intervenção do Estado no domínio econômico A relevância jurídica nesse caso, está em que, de um lado, é dever do Estado reprimir o abuso do poder econômico, e de outro, há interesse dele em fortalecer a empresa nacional*<sup>271</sup>

Assim, como expressões desse fenômeno concentracionista por um lado, e desconcentracionista por outro, destacamos, para o presente estudo, a *incorporação*, a  *fusão* e a *cisão* (deixando de lado a *transformação*, que embora se apresente também como um procedimento de reorganização das sociedades, pelo fato de simplesmente alterar o tipo societário, não traz implicações na personalidade jurídica da sociedade, e, assim, não afeta sua nacionalidade, não gerando portanto maiores indagações a seu respeito)

- **Fusão de sociedades**, dizendo com FABIO ULHOA COELHO<sup>272</sup>, consiste na união de duas ou mais sociedades para dar nascimento a uma nova, que não existia. Extingue-se, pois, totalmente, a personalidade das sociedades que se fundiram, para surgir uma nova pessoa jurídica, independente das que lhe deram origem, com patrimônio único

#### Pela letra da Lei

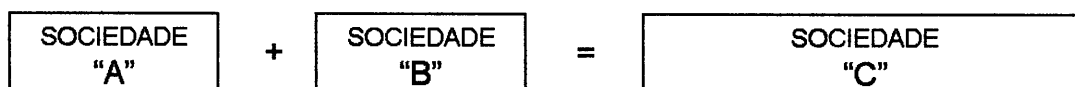
*Art 228 – A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações*

---

<sup>271</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *A Fusão, a Incorporação e a Cisão na Lei de Sociedades por Ações* in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n 23, p 71-82, São Paulo, 1976

<sup>272</sup> COELHO, Fábio, *op cit*, *Manual*, p 204

Dai se infere que



No entanto, a questão que, aparentemente, é simples e pacífica, pode tornar-se por demais complexa na medida em que se aprofunde o estudo

Um exemplo disso é a crítica feita por BULGARELLI ao conceito de fusão apresentado por SALANDRA<sup>273</sup>, segundo o qual a fusão é *“a união jurídica de várias organizações sociais que se compenetraram entre si de tal forma que uma organização juridicamente unitária substitui a uma pluralidade de organizações”*

BULGARELLI, assentado no princípio de que existe mais de uma modalidade de fusão, entende ser o conceito muito amplo, podendo ao seu abrigo imaginar-se toda espécie de fusão de sociedade, qualquer que seja seu objeto ou classe

O Professor da Universidade de São Paulo, então, prefere ficar com a definição oferecida por RODRIGO URIA<sup>274</sup>, o qual considera ter atingido a *essência da fusão*, definindo-a como *“o acto de naturaleza corporativa o social, por virtude del cual dos o más sociedades, previa dissolución de alguna o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad”*

---

<sup>273</sup> SALANDRA, Vittorio *Società Commerciali*, verb *in Il Nuovo Digesto Italiano*, p 514, XII, Turim, 1940, **apud** BULGARELLI, Waldírio, **op cit**, *Fusões*, p 44

Não pretendendo, contudo, atingir um conceito absoluto – já que esse não é o nosso objetivo - basta entender que a fusão é uma forma de concentração de empresas que faz nascer nova composição societária, cujos reflexos tendem a influir no mundo jurídico de inúmeras maneiras, inclusive na determinação da nacionalidade do ente coletivo resultante. A esse respeito retorne-se ao quadro *supra* (página anterior) e considere-se a sociedade “A” como sendo brasileira, e a sociedade “B” como sendo norte-americana, do quê a indagação qual a nacionalidade da sociedade “C”?

Nesse caso, tanto pode ser utilizado o critério do lugar de constituição da sociedade (visto que uma nova pessoa jurídica substituiu as duas antes existentes), como o critério da sede social, do local de exploração econômica, do controle, e do centro de decisão (sobre esse último, de GOLDMAN, valem as observações trazidas por ANTÔNIO M DOS SANTOS, as quais já tratamos em capítulo anterior), é dizer, como há o nascimento de uma nova pessoa jurídica, ela estará subordinada ao mesmo regime jurídico de nacionalidade que qualquer outra sociedade, no momento da sua personificação

- Já quanto a incorporação, disciplinada no artigo 227 da Lei 6 404/76, resumidamente poderíamos dizer que é a operação através da qual uma sociedade (chamada de incorporadora) absorve outra (ou outras) sociedades, que a partir daí deixam de existir, sucedendo a incorporadora em todos os direitos e obrigações das incorporadas. BULGARELLI lembra que há

---

<sup>274</sup> URÍA, Rodrigo, *op cit*, p 313, 8ª edição, Ed Madrid, 1972, conforme BULGARELLI, Waldírio, *op cit*, p 46

autores que utilizam outra terminologia para a incorporação  *fusão por absorção*<sup>275</sup>

Mas da fusão a incorporação se diferencia muito, Como bem observa o Professor ASSIS GONÇALVES

[ ] elas se diferenciam no sentido de que, na fusão todas as sociedades que se fusionam desaparecem, se extinguem, para no lugar delas surgir **uma nova** na incorporação se extinguem as incorporadas, mas **remanesce a incorporadora** que, absorvendo o patrimônio daquelas, aumenta o seu capital em quantia equivalente ao valor do patrimônio líquido das outras<sup>276</sup>

Um exemplo é o que segue



Como, no exemplo dado, as sociedades "B" e "C" deixam de existir no mundo jurídico, isto é, restam sem a personalidade jurídica originária, que, portanto, lhes conferia determinada nacionalidade, é de se descobrir qual a nacionalidade que restará após a incorporação

Permanecendo juridicamente apenas a sociedade "A", mcorporadora, é de concluímos que esta manterá sua nacionalidade, desde, é lógico, que não altere sua sede social (no caso em que o país que lhe

<sup>275</sup> Cf Waldírio Bulgarelli Nesse caso considera-se que o instituto da fusão desdobra-se em duas formas específicas a *fusão propriamente dita* e a *incorporação*

<sup>276</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, **op cit**, *A Fusão*, p 73-74

outorgava nacionalidade o fazia por esse critério), ou desde que não mude seu principal centro de exploração da atividade a que se propõe (se era esse o critério que lhe conferia uma nacionalidade), ou, ainda, desde que, após a incorporação, não seja alterado o controle efetivo da sociedade (na hipótese em que era esse o critério determinante) No mais, pode a sociedade "A", depois da operação de incorporação, resolver por mudar sua nacionalidade, respeitadas as disposições legais do país ao qual era antes nacional, e do país que pretende adotar a nacionalidade

Complementando a questão da incorporação, não é demais lembrar novamente a lição do Prof FABIO ULHOA COELHO<sup>277</sup> quando leciona sobre a diferença entre a incorporação de ações e a incorporação aqui tratada

*A incorporação não se confunde com a incorporação de ações, esta última uma operação disciplinada pelo art 252 da L S A , referente à conversão de sociedade anônima em subsidiária integral Na incorporação de ações, todas as ações do capital social de uma companhia são transferidas ao patrimônio de uma sociedade comercial, que passa à condição de única acionista*

• **Cisão** Ao contrário da fusão e da incorporação, a cisão não aparece como uma manifestação concentracionista, mas, ao inverso, e desconcentracionista Disciplinada pela Lei de Sociedades por Ações no seu art 229, temos que se trata a cisão da transferência de parcelas do patrimônio social de uma sociedade, para outra, ou outras sociedades, já existentes ou

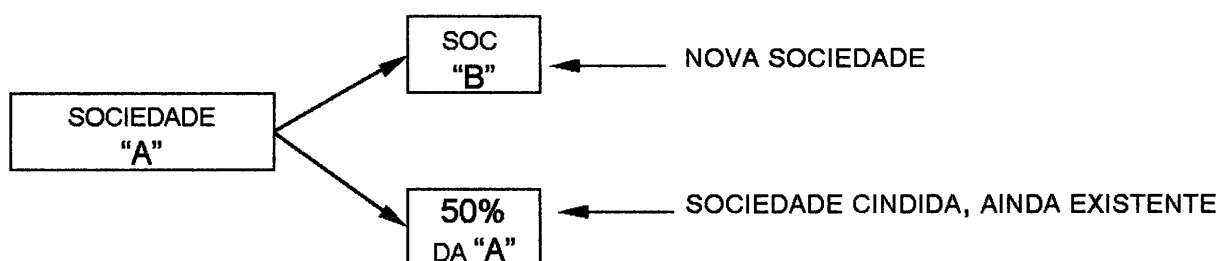
---

<sup>277</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **op cit** , *Manual* , p 204

criadas para esse fim<sup>278</sup>, admitindo a doutrina a cisão parcial ou total, sendo que, neste último caso, a sociedade cindida deixa de existir

Na cisão parcial, chamada também *fausse-scission* ou *aport partiel d'actif* pelos franceses<sup>279</sup>, a sociedade cindida permanece a explorar as demais atividades do seu objeto social com o restante do patrimônio, não sendo alterada sua personalidade jurídica originária. Todavia, isso não ocorre na cisão total, uma vez que a sociedade cindida desaparece do mundo jurídico, é extinta. A diferença, portanto, entre as duas formas de cisão é a continuidade, ou não, da pessoa jurídica que transfere seu patrimônio. Desse modo, vejam-se as demonstrações abaixo

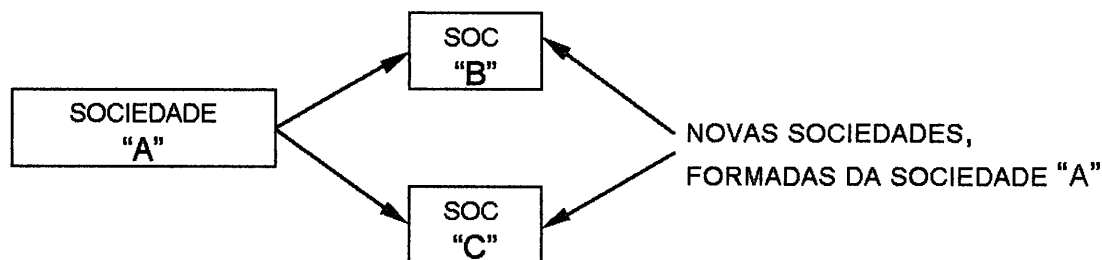
#### Cisão parcial



<sup>278</sup> Entendimento colhido de aula proferida pelo Professor Fabio Ulhoa Coelho, no Curso de Especialização em Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 30 de abril de 1996

<sup>279</sup> Cf Champaud, Vasseur, e Ripert, **apud** BULGARELLI, Waldírio, **op cit**, *Fusões*, p 53, notas 51-52

### Cisão total



Há ainda, segundo Alfredo de Assis Gonçalves, uma terceira forma de cisão, na qual a sociedade transfere seu patrimônio (todo ou parte dele, portanto, se extinguindo ou não) para outra ou outras sociedades já existentes, que, em consequência, aumentam o seu capital. Esse caso é chamado pelo autor de *cisão com incorporação*<sup>280</sup>. O motivo da designação, parece-nos, é que se por um lado a cisão total (com a criação de novas pessoas jurídicas) é a operação oposta à fusão, a *cisão com incorporação* comporta duplo sentido, conforme as palavras do autor

*A cisão com incorporação, como o próprio nome indica, é uma operação que envolve, de um lado uma cisão, e de outro uma incorporação. Da cisão se aproxima no admitir a fissão total ou parcial do patrimônio de uma das sociedades envolvidas na operação, da incorporação, na medida em que a parcela ou as parcelas extraídas do patrimônio dessa sociedade são vertidas para o de outra ou outras já existentes [ ]*

*Por aí os srs percebem que ela é, ao mesmo tempo, uma operação de desconcentração, quando vista sob o prisma de sociedade cindida, e de concentração de empresas, quando encarada pelo*

<sup>280</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *op cit*, A Fusão, p 79

*lado daquela ou daquelas que absorvem as parcelas do seu patrimônio* <sup>281</sup>

No que diz respeito à nacionalidade das sociedades resultantes da operação de cisão, para os dois primeiros casos apontados acima utilizamo-nos das mesmas observações feitas em relação às fusões (tanto pode ser utilizado o critério do lugar de constituição da sociedade, visto que uma nova pessoa jurídica substituiu as duas antes existentes, como o critério da sede social, do local de exploração econômica, do controle, e do centro de decisão, variando unicamente em razão do regime jurídico adotado pelo país onde se localizam as sociedades resultantes da cisão)

É prudente, contudo, observar que numa cisão parcial a sociedade que transfere parte do seu patrimônio não tem alterada sua nacionalidade, já que permanece existindo

Já, no caso de cisão com transferência do patrimônio para pessoas jurídicas já existentes não há alteração na nacionalidade nem daquelas que recebem parte da sociedade cindida, e nem desta, nos casos em que transfira somente parte do que dispunha, permanecendo existente a sociedade cindida

---

<sup>281</sup> *Idem*, p 80-81

### **5.8. Filiais ou Agências de Sociedades Estrangeiras no Brasil, Chile e Argentina.**

Como explicação inicial da pertinência dessa abordagem, valemo-nos das palavras de ALBERTO XAVIER, que enxergando o problema, muito contribuiu para o estudo das filiais de sociedades estrangeiras no Brasil, e de sociedades brasileiras no exterior

*Por força das regras do Direito Internacional Privado brasileiro, as sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil estão sujeitas a duas leis distintas a lei da nacionalidade (“lei do Estado em que se constituírem”) no que concerne à sua capacidade de gozo e exercício de direitos, abrangendo a determinação da competência e da responsabilidade dos seus órgãos, a lei do lugar do exercício da atividade (a lei brasileira, “lex fori”) no que respeita aos atos ou operações que praticarem no Brasil (art 68, Dec-lei 2 627) Esta distinção é de importância basilar, pois não deve ser confundida com a que separa as sociedades nacionais das sociedades estrangeiras Face a esta dicotomia é fácil concluir que uma sociedade estrangeira pode ficar, como tal, sujeita às leis e tribunais brasileiros sem que isso afete a sua nacionalidade ou a sua identidade jurídica<sup>282</sup>*

Pois bem, não obstante a prática da instalação de filiais de sociedades estrangeiras seja um fenômeno mundial, próprio inclusive da globalização econômica, é de se destacar o que vem ocorrendo em âmbito regional Dentro, pois, do momento histórico por que passam as nações do Cone-Sul, e inclusive como consequência do adiantado fomento mercantil

plurilateral que ora se verifica, questões de importância singular vêm sendo analisadas ou reanalisadas pelas autoridades nacionais. Senão a contento - como esperava-se fossem tratadas - ao menos de forma a demonstrar por parte dos órgãos competentes relativo interesse, pelo que, diante do só fato de trazer à baila tamanhas questões já são merecedores de aplauso

Destaca-se, portanto, a forma de instalação de filiais de sociedades estrangeiras no Brasil

Veja-se que a troca e o intercâmbio entre nações vêm crescendo de forma bilateral por um lado as empresas nacionais estão procurando parceiros ou instalando-se em outros países e, por outro, empresas estrangeiras desejando instalar-se no Brasil, o que reclama do nosso ordenamento jurídico previsão para a gama de situações que decorrem desse crescimento

Em princípio a matéria está disciplinada no Decreto-lei 2 627/40 (arts 64 a 71), não obstante outras disposições posteriores tenham vindo elucidar mais as regras de instalação de filiais estrangeiras, ou regular casos especiais. O Decreto-lei, portanto, é que traz as condições genéricas para que uma sociedade estrangeira funcione no Brasil, certo que a forma do pedido de autorização é regulada por outro diploma, logo adiante tratado

Todavia, na prática, são muitas as dificuldades encontradas pelas empresas estrangeiras que aqui pretendem exercer atividades, dentre as quais talvez a mais difícil de suplantar (difícil sob o ponto

---

<sup>282</sup> XAVIER, Alberto *Problemas Jurídicos das Filiais de Sociedades Estrangeiras no Brasil e de Sociedades Brasileiras no Exterior* in RDM, n 39, p 78

de vista burocrático), é a que diz respeito às formalidades de concessão da autorização e ao registro dos atos de comércio<sup>283</sup>

Em 13 de junho de 1996 o Departamento Nacional de Registro do Comércio publicou as Instruções Normativas nº 58 e nº 59. A primeira, trata do arquivamento de atos de empresas mercantis ou cooperativas em que participem estrangeiros, brasileiros domiciliados no exterior, ou pessoas jurídicas com sede no exterior. A segunda, dispõe sobre os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento de sociedade mercantil estrangeira no Brasil, e vem reforçar o disposto no Decreto-Lei 2 627/40 – este suficientemente tratado neste estudo. Essa a Instrução Normativa a ser agora abordada.

De imediato pode-se então sustentar que, embora a intenção do D N R C fosse a de simplificar os procedimentos referentes aos pedidos de autorização de instalação e funcionamento de sociedades estrangeiras, tal procedimento continua excessivamente burocrático e, injustificadamente oneroso.

Tem-se, assim, que, a sociedade mercantil sediada em outro país (mesmo no âmbito do Mercosul, que teoricamente prevê a livre circulação de pessoas, sem distinguí-las entre físicas ou jurídicas) que desejar estabelecer filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil, deverá solicitar autorização ao Governo Federal, em requerimento dirigido ao Ministro de Estado da Indústria, do Comércio, e do Turismo. Requerimento esse que

---

<sup>283</sup> Nesse sentido – e até indo mais além – já se manifestou Alberto Xavier, *op cit*, p 76, que, ao comentar a exiguidade de filiais de sociedades estrangeiras no Brasil disse que “o fato explica-se facilmente se se tiverem presentes não só as dificuldades administrativas do procedimento de abertura de filiais, mas também – e sobretudo – o tratamento fiscal discriminatório que esta forma de organização sofre em benefício das subsidiárias”

deverá ser instruído com documentos originais<sup>284</sup>, devidamente autenticados e legalizados pela autoridade consular brasileira do país de origem, e traduzidos para o vernáculo por tradutor público juramentado

Feito isso (e aceitos os documentos) haverá de ser publicado no Diário Oficial da União um Decreto de Autorização, o qual será entregue à Junta Comercial da Unidade Federativa onde se localizar a filial, juntamente com cópia de todos os documentos já utilizados, mais o comprovante de depósito, em dinheiro, da parte do capital destinado às operações no Brasil, além de declaração do endereço do estabelecimento

Mesmo tratamento burocrático é dispensado aos casos em que se pretenda alterar o contrato social ou estatuto, ou solicitar o cancelamento da autorização para encerramento do negócio (novo requerimento ao Governo Federal e novos documentos far-se-ão necessários)

Como crítica, a constatação de que essa a é realidade brasileira

Por outro lado, como exemplo de legislações mais afinadas com a realidade mundial, e, por consequência, menos exigentes,

---

<sup>284</sup> Os documentos são inteiro teor do contrato social ou estatuto da sociedade, lista de sócios ou acionistas, com a qualificação completa e participação societária, prova de achar-se a sociedade constituída conforme a lei de seu país de origem, ato de deliberação sobre a instalação de filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil (devendo constar as atividades que a sociedade pretenda exercer e o destaque do capital, em moeda brasileira, destinado às operações no País), ato de deliberação sobre a nomeação do representante no Brasil, acompanhado de procuração que lhe dê amplos poderes, especialmente para aceitar as condições em que é dada a autorização, último balanço da sociedade, declaração do representante no Brasil de que aceita as condições em que for dada, pelo Governo Federal, a autorização para instalação e funcionamento, e, por fim, a guia de recolhimento do preço do serviço

temos a do Chile e da Argentina, países sul-americanos tal como o Brasil, no entanto há mais tempo voltados às reformas de ordem política e jurídica, e a de Portugal<sup>285</sup>, país europeu<sup>286</sup> com legislação societária bastante recente e, por isso, adaptada as atuais necessidades

No Chile, a abertura de sucursais de sociedades estrangeiras, atualmente, requer apenas a formalização em tabelionato e a comprovação da existência legal da sociedade no país de origem, a cópia de seus atos constitutivos, procuração de seu agente no Chile, além de compromissos do representante chileno na sociedade estrangeira firmados em escritura pública (entre eles, o de manter liquidez suficiente para atender às obrigações contraídas em território chileno, e reconhecer que tanto a empresa como seus ativos estão sujeitos às leis locais)<sup>287</sup>

Naturalmente que os documentos - em menor número do que os exigidos pela legislação pátria - obedecerão a outras formalidades,

---

<sup>285</sup> Em Portugal a matéria vem disciplinada, a princípio, no art 4º do Decreto-Lei nº 262/86 (Código das Sociedades Comerciais), que diz *"Art 4º - 1 A sociedade que não tenha sede efectiva em Portugal, mas deseje exercer aqui a sua actividade por mais de um ano deve instituir uma representação permanente e cumprir o disposto na lei portuguesa sobre o registo comercial"* Isto é, no caso da instalação de sociedade estrangeira, ou filial de sociedade estrangeira em Portugal, esta obedecerá os mesmos pressupostos e praticará os mesmos atos que uma sociedade portuguesa no momento da sua constituição. Medida, por certo, bem mais razoável

<sup>286</sup> Outro país europeu cuja legislação temos estudado é a França, que, apesar de também ser um pouco burocrática no trato da questão das filiais, traz, na Lei nº 66 537, de 24 de junho de 1966 (que dispõe sobre as sociedades comerciais), uma regra interessante, que a seguir transcrevemos *"Art 354 - Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée pour l'application de la présente section, comme filiale de la première"* É dizer, o controle acionário de uma companhia sobre outra é suficiente para que a controlada seja, aos efeitos da lei em questão, considerada filial da controladora. Claro que essa regra serve, a princípio, às sociedades francesas que na França tenham sua administração

como a inscrição no Registro de Comércio e a publicação em Diário Oficial, mas ainda assim é visível a menor exigência burocrática, se confrontada com a situação nacional, brasileira

Por sua vez, o ordenamento jurídico argentino, através da Lei de Sociedades Comerciais (Ley 19 550) estabelece

*Sección XV*

*De la sociedad constituída en el extranjero*

*Art 118 -*

*Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe*

- 1) acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país,*
- 2) fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República,*
- 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará*

*Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales*

Da mesma forma que nos casos chileno e português, deparamo-nos com exigências bem menos complexas, cuja operacionalização se faz razoavelmente

---

<sup>287</sup> Cf ROJAS, Sônia Muñoz *Guia Prático do Chile* in *Cadernos Internacionais Bamerindus*, Curitiba, 1995, p 44

Voltando agora ao sistema brasileiro, alerta-se para o fato de que a filial de sociedade estrangeira, então regularmente constituída, utilizará seu nome empresarial de origem, podendo, entretanto, adicionar as expressões *do Brasil*, ou *para o Brasil*. A mais disso, logicamente ficará sujeita as leis e às jurisdições judiciárias brasileiras quanto aos efeitos dos atos ou operações que praticar no País

Disposição similar à Instrução Normativa nº 59 do D N R C já constava do art 64 do Decreto-Lei 2 627/40, *verbis*

*Art 64 - As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal funcionar no País, por si mesma, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira*

Atente-se para a parte final desse artigo, que possibilita às sociedades estrangeiras serem acionistas de sociedades anônimas brasileiras. Essa questão, no entanto, já era objeto de análise pelo nosso Supremo Tribunal Federal antes mesmo da vigência do Decreto-Lei referido

Em 7 de outubro de 1936, pois, julgando o Mandado de Segurança nº 283, decidiu o Supremo Tribunal Federal

*[ ] só se exige das sociedades estrangeiras que obtenham autorização do governo para funcionar na República, não é funcionar na República adquirir ações ou cotas de uma sociedade brasileira seja em que quantidade for, e exercer como acionista ou cotista, os direitos de sócio, que não se confundem com o exercício do negócio*

*que faz objeto da sociedade, pessoa jurídica distinta da dos sócios. Esta quem o exerce é a firma, a pessoa moral da sociedade, não os sócios pessoalmente, sejam eles pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas, nada importa. Assim quem funciona no Brasil é a firma C Fuerst e Cia Ltda, a requerente (sociedade brasileira que não carece de autorização), não a simples sócia desta firma - a sociedade anônima argentina [ ]*

Em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não vislumbramos a questão de maneira tão simplista, já que permitir à uma sociedade estrangeira sua participação em sociedades anônimas brasileiras, é permitir que essa sociedade estrangeira constitua, no Brasil, uma subsidiária sua, com todas as características de empresa nacional. De fato, é o que ocorre.

Ao estudar o assunto ROMANO CRISTIANO diz que se a sociedade estrangeira atuar por subsidiárias em diversos países, tem-se uma grande empresa única (sob o aspecto econômico), aparentando diversas nacionalidades (sob o aspecto jurídico) <sup>288</sup>

Mas se as Instruções Normativas do Departamento Nacional de Registro do Comércio são por demais burocráticas e inflexíveis, ao menos (juntamente com as normas de DIP da Lei de Introdução ao Código Civil) fortalecem a conclusão de que o Brasil reconhece, em seu território, a personalidade jurídica das sociedades constituídas no exterior. Nosso legislador, portanto, agasalhou a Teoria da Realidade da pessoa jurídica.

Especificamente sobre esse raciocínio é válido o retorno aos ensinamentos de HENRI BATIFFOL, no Capítulo Quarto, *supra*

---

<sup>288</sup> CRISTIANO, Romano. *A Nacionalidade da Empresa e a nova Constituição Federal*. In: Revista dos Tribunais, vol. 639, p. 46-50, São Paulo, 1989.

• *A Personalidade e a Nacionalidade das Filiais*

Utilizando outra vez os estudos de ALBERTO XAVIER, concluímos com ele que as filiais, agências ou sucursais de sociedades estrangeiras, não tendo personalidade jurídica própria, *“revestem a natureza jurídica de meros estabelecimentos comerciais”*<sup>289</sup>

O autor concorda que certos aspectos do regime das filiais (como domicílio, capital, e contabilidade próprios) poderiam levar ao entendimento de que estaríamos frente a uma outra pessoa jurídica, distinta da matriz, *“todavia, nenhum destes aspectos autoriza a mencionada conclusão”*<sup>290</sup>, sentencia

Dada a conclusão anterior – não nos parece que enseje maiores indagações a questão da nacionalidade das filiais de sociedades estrangeiras estabelecidas no Brasil, uma vez que se a filial não

---

<sup>289</sup> XAVIER, Alberto, *op cit.*, p 79

<sup>290</sup> A justificativa apresentada pelo autor é a seguinte *“O domicílio representa apenas o local onde a sociedade estrangeira se presume exercer os seus direitos e obrigações no Brasil, não prejudicando o domicílio da matriz no exterior (art 35, § 4º do CC), e tanto o domicílio não é privativo das pessoas jurídicas, e sim dos estabelecimentos, que ‘tendo a pessoa jurídica de direito privado diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um será considerado domicílio para os atos nele praticados’ (CC, art 35, § 3º) O capital próprio das filiais que as sociedades estrangeiras devam designar às operações no Brasil (art 65 do Decreto-lei 2 627) também não é indiciário de uma personalidade jurídica própria com efeito, o destaque de capital para o estabelecimento em que a filial consiste é apenas uma técnica para proteção dos credores nacionais, decorrentes de obrigatória constituição no Brasil de um patrimônio que responde pelas dívidas contraídas no País A contabilidade separada das sucursais, filiais ou agências das sociedades estrangeiras prevista no art 70 do Decreto-lei 2 627 não é igualmente indicativa de uma pretensa individualidade jurídica dessas organizações, por um lado, a lei obriga no ‘caput’ do art 70, à publicação no Brasil, do balanço global das sociedades estrangeiras, por outro, a separação contábil é apenas uma regra de administração interna dos diversos estabelecimentos de uma mesma empresa, não os convertendo em entidades jurídicas autônomas”* XAVIER, Alberto, *op cit* , p 79

dispõe de personalidade jurídica própria – já que empresta a personalidade da sua matriz – resta claro que não tem nacionalidade brasileira, mas sim mantém a nacionalidade do país da sociedade que lhe originou. Observe-se, todavia, que a mesma conclusão não podemos tirar das sociedades subsidiárias, pois estas sim têm personalidade jurídica distinta da sociedade matriz.

Finalmente, como fechamento do tema, permitimo-nos uma crítica no sentido de que o Brasil, apesar de atualmente transmitir uma imagem de país neo-liberal e progressista, voltado para a nova realidade mundial, mantém-se, ao contrário, protecionista demais em setores que não reclamam tanta interferência. E a instalação de filiais de sociedades estrangeiras, sob tais aspectos, é um desses setores, que, em nosso entendimento, postula enfrentamento mais adequado à dinâmica da modernidade em que busca inserir-se.

### **5.9. Paraísos Fiscais.**

Ainda que o assunto seja afeto às empresas multinacionais, é totalmente diverso do enfoque antes analisado. Daí não ser demais ilustrar este estudo referindo-se a outra manifestação das sociedades internacionais, tal qual a dos chamados paraísos fiscais.

O primeiro exemplo tomado é o contido na legislação das Ilhas Virgens Britânicas (*British Virgin Islands*), que prevê a instituição de

sociedades comerciais internacionais, denominadas *International Business Companies*

Claro que aí estaríamos nos colocando diante de um país onde há forte proteção das informações, sejam bancárias ou negociais, pelo que se faz natural modelos de constituição societária não encontrados em outros Estados, não obstante, utilizando, formalmente, consagrados modelos de sociedade. A esse respeito o artigo 11, 1, da legislação comercial

*Art 11 – [ ] 1 - The word Limited, Corporation, Incorporated, Societe Anonyme, Sociedad Anonima or the abbreviation Ltd , Corp , Inc , or S A , must be part of the name of every company incorporated under this Ordinance, but a company may use and may be legally designated by either the full or the abbreviated form*

A lei aplicável na constituição e funcionamento dessas sociedades é a *International Business Companies Ordinance*, de 1984, assim como suas Emendas de 1988 e 1990, que trazem dispositivos realmente incomuns, tais como a proibição de uma *International Business Company* manter relações negociais com pessoas residentes nas próprias Ilhas Virgens Britânicas

Quanto à nacionalidade das sociedades que nascem sob a égide dessa legislação, pouco se pode falar. Todavia, pela interpretação do art 116 (que trata da lei aplicável<sup>291</sup>) temos que as sociedades serão consideradas como pertencentes mesmo as Ilhas Virgens Britânicas

---

<sup>291</sup> “Art 116 - For purposes of determining matters relating to title and jurisdiction but not for purposes of taxation, the situs of the ownership of shares, debt obligations or other securities of a company incorporated under this Ordinance is in the British Virgin Islands”

No mesmo caminho citamos outro exemplo, das *Turks and Caicos Islands*. Essas ilhas – colônias da Inglaterra – garantem isenções fiscais às empresas com atividades não residentes desde 1981. Sua forma societária mais comum é a *sociedade limitada por ações*, passível de existir sob duas espécies: a ordinária, que atua dentro ou fora dos limites territoriais das ilhas, e a isenta, que somente está autorizada a exercer atividades fora das ilhas.

Estudando a situação societária de Turks e Caicos, RUBEN FONSECA E SILVA e ROBERT E WILLIAMS assim descreveram o procedimento de constituição dessa sociedade:

*O procedimento para constituição de uma sociedade isenta é bastante singelo. É possível constituir-la dentro em poucas horas, através de uma única pessoa, seja física ou jurídica, que acumule as funções de diretor e acionista. Não há limite mínimo ou máximo de capital autorizado, que pode ser expresso em qualquer moeda. Ações ao portador sem valor nominal, podem ser emitidas.*<sup>292</sup>

Mesmo tipo societário – sociedade limitada por ações – vislumbra-se em Gibraltar, com a diferença de que lá vigora a exigência de no mínimo dois sócios, e de no máximo cinquenta. Também nas Antilhas Holandesas está presente a sociedade isenta que pode emitir ações ao portador, sendo que o mínimo de dois sócios é igualmente exigido – independentemente de serem residentes das Antilhas, e o capital social mínimo é de US\$ 30 000,00 (trinta mil dólares norte-americanos) que não necessita ser integralizado.<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> SILVA, Ruben Fonseca e, e WILLIAMS, Robert E. *Tratados dos Paraísos Fiscais*. São Paulo: Observador Legal, 1998, p. 143.

<sup>293</sup> *Idem*, p. 66 e 101.

Pois bem, como o assunto foge um pouco dos objetivos desta dissertação, não sendo prudente uma abordagem para além do caráter meramente ilustrativo, tão somente registramos aqui o interesse de, mais tarde, voltar a estudá-lo

## CAPÍTULO VI

### COMENTÁRIOS SOBRE O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

- Constituição da República Federativa do Brasil •
- Lei de Introdução ao Código Civil • Projeto de Lei nº 4 905, de 1995 • Lei das Sociedades por Ações •
- Outras leis brasileiras •

JACOB DOLINGER leciona que *“para a compreensão do sistema do Direito Internacional Privado brasileiro sobre as pessoas jurídicas há de se examinar sua evolução e conciliar o disposto nos sucessivos diplomas de D I P , de 1916 e de 1942”* <sup>294</sup>

A esse propósito, tentaremos, além de examinar brevemente a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, incursionar também à Lei de Introdução vigente (que é de 1942), assim como ao atual Projeto de Lei que visa modificá-la. Mas começaremos, mesmo, com a Constituição Federal

---

<sup>294</sup> DOLINGER, Jacob, *op cit*, p 445

### **6.1. Constituição da República Federativa do Brasil**

Quanto ao tratamento da nacionalidade das pessoas físicas, a Constituição Federal reservou Capítulo próprio (o Capítulo III, do Título II, especialmente o artigo 12<sup>295</sup>), que, além de definir a condição de *brasileiro nato*, trouxe as regras para naturalização de estrangeiros, enumerou os motivos de perda da nacionalidade, e, por fim, estabeleceu os cargos privativos dos brasileiros natos

No que diz com as empresas, a Carta Magna do nosso país, em seu texto original conceituava e estabelecia requisitos para o enquadramento de sociedades nas categorias de *empresa brasileira*, e *empresa brasileira de capital nacional*, através do artigo 171, atualmente revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. Dispunha o artigo 171

*Art 171 - São Consideradas*

*I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País*

*II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades*

---

<sup>295</sup> A redação foi parcialmente alterada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 07 de junho de 1994

Veja-se que a Constituição Federal, através de norma de eficácia plena, previu duas modalidades de empresas brasileiras, sendo a última um pouco mais complexa, diferenciada pela origem (e, assim, nacionalidade) do capital

No primeiro caso, então, o legislador constituinte optou pela utilização dos critérios da *incorporação* e da *sede social*, cumulativamente, para definir a nacionalidade das empresas que atuam no País. Já, no caso do inciso II, foram utilizados os mesmos dois critérios, acrescidos de mais um, que é o critério do *controle* (o controle efetivo e permanente da empresa deve ser exercido por pessoas domiciliadas no Brasil)

Ocorre que o artigo 171 foi revogado através de Emenda Constitucional, desse modo, não obstante a pertinência da sua abordagem no presente trabalho, restam prejudicados maiores comentários. Mas, assim como a Emenda nº 6 revogou o dispositivo em questão, também alterou o inciso IX do artigo 170, e o § 1º do artigo 176, que ficaram com as seguintes redações

*Art 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios*

[ ]

*IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País*

*Art 176 – [ ]*

§ 1º - *A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o 'caput' deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, na forma da lei que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas*

Na verdade o que se buscou com a mudança desses dispositivos, foi retirar a expressão *empresa brasileira de capital nacional*, substituindo-a por *empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País*

O resultado prático trazido pela nova redação não foi restringir ou ampliar as prerrogativas contidas na Constituição, mas sim alterar, de fato, o conceito de *empresa nacional* (empresa brasileira), ou seja, a partir de agora não se utiliza mais a definição consagrada pelo inciso II, do artigo 171 da Constituição Federal - o qual se baseava em três critérios de atribuição da nacionalidade. Atualmente prevalecem apenas os critérios da *incorporação* e da *sede social*, excluindo, portanto, a necessidade de conjugação destes com o critério do *controle*

Desse modo, cumpre apenas salientar que não se faz mais necessário que a maioria do capital votante esteja em poder de brasileiros, para considerar uma sociedade comercial como sendo brasileira. Basta que haja sido constituída sob a legislação societária do Brasil, e aqui esteja sua sede administrativa

**6.2. Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942).**

Antes de entrar na Lei de Introdução do Código Civil vigente, não é demais lembrar alguns dispositivos da lei antiga, especialmente os artigos 19 e 21, que dispunham, respectivamente “*são reconhecidas as pessoas jurídicas estrangeiras*”, e, “*a lei nacional da pessoa jurídica determina-lhes a capacidade*”

Daí é fácil perceber que o legislador do Código Civil (e, por conseguinte, também legislador da Lei de Introdução de 1916) não determinou qualquer critério para aferição de nacionalidade às pessoas jurídicas. Isso veio ocorrer somente em 1942, com a lei nova

JACOB DOLINGER, contudo, comentando o artigo 11 da lei vigente diz

*[ ] melhor teria andado o legislador se tivesse referido simplesmente às pessoas jurídicas, como fizera a Introdução do Código de 1916. De qualquer forma, o dispositivo da atual Lei deve ser entendido como uma complementação interpretativa do texto de 1916, que deixara de definir o critério a ser aplicado para determinação da lei nacional da pessoa jurídica* <sup>296</sup>

A Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 portanto - e em raciocínio contínuo - não traz regras para atribuir nacionalidade às pessoas físicas ou coletivas, mas tão somente procura estabelecer qual a lei

aplicável nas relações que as envolvam. Entretanto é inegável que em alguns casos haja um reflexo na determinação de qual país uma sociedade é nacional (conforme lembrado por DOLINGER em trecho transcrito no início deste Capítulo) Essas normas, pois, estão dispostas nos artigos 7º e 11

*Art 7º - A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família*

Embora o legislador tenha claramente se referido às pessoas naturais ou físicas, a primeira parte do dispositivo poderia também ser entendida como aplicável as pessoas jurídicas, no que diz respeito a sua personalidade

*Art 11 - As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem*

*§ 1º - Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira*

Analisando o *caput* do artigo acima, especialmente quando fala da lei aplicável, perceberemos que se trata do critério da incorporação, pelo qual é nacional de um Estado a sociedade que haja sido constituída sob suas leis<sup>296</sup> Já o parágrafo primeiro, dispõe que as filiais de sociedades estrangeiras que atuem no Brasil, cumpridas as exigências de

---

<sup>296</sup> DOLINGER, Jacob, *op cit*, p 445

<sup>297</sup> Mesma disposição é adotada, dentre outros, pelos países que utilizam o sistema do *Common Law*, especialmente pela Grã-Bretanha (berço do critério da incorporação) e pela Argentina. Quanto a essa última, o art 118 da *Ley 19 550*, de *Sociedades Comerciales* assim dispõe “*Art 118 La sociedad constituída en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución*”

instalação (abordadas no número 27 deste estudo), serão regidas pela legislação brasileira, independentemente da sua nacionalidade

### **6.3. Projeto de Lei nº 4.905, de 1995.**

Esse projeto de lei, na verdade, revoga inteiramente o Decreto-Lei nº 4 657/42 (chamado Lei de Introdução ao Código Civil), e, assim dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas em geral, trazendo definições já consagradas pelo Direito Positivo brasileiro e, também, acrescentando outras. Trata de assuntos como a vigência da lei, dever de decidir do juiz, aplicação do Direito, irretroatividade da lei, direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, efeito imediato. Mas trata igualmente de regras de Direito Internacional Privado, como o estatuto pessoal, regime matrimonial de bens, obrigações contratuais, lei estrangeira, e, pessoa jurídica, dentre outras.

Transcrevemos, daí, apenas os artigos pertinentes ao estudo (Capítulo III, Do Direito Internacional Privado - Seção B, Aplicação do Direito Estrangeiro - Seção C, Pessoas Jurídicas)

*Art 14 - Lei estrangeira - A lei estrangeira indicada pelo Direito Internacional Privado Brasileiro será aplicada 'ex officio', essa aplicação, a prova e a interpretação far-se-ão em conformidade com o direito estrangeiro*

*Parágrafo único - O juiz poderá determinar à parte interessada que colabore na comprovação do texto, da vigência e do sentido da lei estrangeira aplicável*

*Art 15 - Reenvio - Se a lei estrangeira, indicada pelas regras de conexão desta lei, determinar a aplicação da lei brasileira, esta será aplicada*

*§ 1º - Se, porém, determinar a aplicação da lei de outro país, esta última somente prevalecerá se também estabelecer que é competente*

*§ 2º - Caso a lei do terceiro país não se considerar competente, aplicar-se-á a lei estrangeira inicialmente indicada pelas regras de conexão desta Lei*

*Art 16 - Qualificação - A qualificação destinada à determinação da lei aplicável será feita de acordo com a lei brasileira*

*Art 17 - Fraude à Lei - Não será aplicada a lei de um país cuja conexão resultar de vínculo fraudulentamente estabelecido*

*Art 18 - Direitos adquiridos no exterior - Os direitos adquiridos em país estrangeiro serão reconhecidos no Brasil, com a ressalva decorrente do artigo anterior*

*Art 19 - Ordem pública - As leis, atos públicos e privados, bem como as sentenças de outro país, não terão eficácia no Brasil se forem manifestamente contrários à ordem pública brasileira*

*Art 20 - Pessoas Jurídicas - As pessoas jurídicas serão regidas pela lei do país em que se tiverem constituído*

*Parágrafo único - Para funcionar no Brasil, por meio de quaisquer estabelecimentos, as pessoas jurídicas estrangeiras deverão obter a autorização que se fizer necessária, ficando sujeitas à lei brasileira*

*Art 21 - Aquisição de imóveis por pessoas jurídicas de direito público estrangeiras ou internacionais - As pessoas jurídicas de direito público, estrangeiras ou internacionais, bem como as entidades de*

*qualquer natureza por elas constituídas ou dirigidas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou direitos reais a eles relativos*

*§ 1º - Com base no princípio da reciprocidade e mediante prévia e expressa concordância do Governo brasileiro, podem os governos estrangeiros adquirir os prédios urbanos destinados às chancelarias de suas missões diplomáticas e repartições consulares de carreira, bem como os destinados a residências oficiais de seus representantes diplomáticos e agentes consulares, nas cidades das respectivas sedes*

*§ 2º As organizações internacionais intergovernamentais sediadas no Brasil ou nele representadas, poderão adquirir, mediante prévia e expressa concordância do Governo brasileiro, os prédios destinados aos seus escritórios e às residências de seus representantes e funcionários, nas cidades das respectivas sedes, nos termos dos acordos pertinentes*

Muito embora todo o texto transcrito refira-se a questões de Direito Internacional, e, portanto, afetas ao presente estudo, o que mais interessa, de fato, é o artigo 20, que mais uma vez consagra o critério da incorporação, para definição da nacionalidade de uma sociedade

O sentido da lei, conseqüentemente, não será alterado no texto novo da Introdução ao Código Civil, apenas se tornará menos prolixo. Ademais, será substituída a expressão “ *organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações* ”, simplesmente por “ *pessoas jurídicas* ”. A esse propósito foi o comentário de JACOB DOLINGER referido anteriormente. Aliás, DOLINGER, juntamente com outros juristas de renome, foi um dos responsáveis pelo Ante-projeto que resultou nesse Projeto-Lei - talvez daí a alteração

#### **6.4. Lei das Sociedades por Ações.**

Causou grande polêmica o artigo 60 do Decreto-Lei 2 627, de 26 de setembro 1940 (antiga Lei das Sociedades por Ações), mantido pela Lei 6 404/76

Dispunha o referido artigo

*Art 60 - São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no País a sede de sua administração*

*Parágrafo único - Quando a lei exigir que todos acionistas ou certo número deles sejam brasileiros, as ações da companhia ou sociedade anônima revestirão a forma nominativa Na sede da sociedade ficará arquivada uma cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade*

Se interpretarmos o *caput* do dispositivo acima como a utilizar somente o critério da sede social para determinação da nacionalidade<sup>298</sup>, como pretendem alguns autores, supostamente estaria em antinomia com o artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, porquanto este se vale do critério do país da constituição da pessoa jurídica

---

<sup>298</sup> Não é demais repetir nosso entendimento, já manifestado em duas oportunidades anteriores, de que esse artigo 60 também consagra o critério da incorporação, pois essa *organização* de que fala, a nosso ver, é mais abrangente do que a *constituição*, já que compreende desde as providências preliminares até o efetivo registro e arquivamento dos atos constitutivos

Dissemos *supostamente* porque a doutrina buscou solucionar a questão, sanando a dúvida com argumento até convincente SERPA LOPES, analisando o problema manifestou-se

*Ora, aqui [Lei de S A] o critério erigido é o da sede social, francamente oposto ao do lugar da constituição, embora, comumente, ambas as circunstâncias coincidam Mas, enquanto uma sociedade por ações, constituída no estrangeiro mas organizada na conformidade da lei brasileira e tendo a sede de sua administração no Brasil, seria, nos termos do artigo 11, uma sociedade estrangeira, regida pela lei do lugar de sua constituição essa mesma entidade nos termos do artigo 60 da Lei de Sociedades Anônimas, apresentar-se-ia como tipicamente nacional [ ] Entendemos que, no tocante à caracterização da sociedade brasileira nas sociedades por ações, deve prevalecer o princípio do artigo 60 A regra do artigo 11 da atual Lei de Introdução prevalece para os demais casos de sociedades estrangeiras, para solucionar o conflito interespacial, entre outras leis, que não no caso de uma pessoa jurídica de nacionalidade brasileira assim definida pelo respectivo direito interno<sup>299</sup>*

Em outras palavras, SERPA LOPES entendeu que no plano do Direito Internacional Privado brasileiro, a nacionalidade da sociedade caracteriza-se pelo país de sua constituição (norma de Direito Internacional - art 11, da L I C C ), e, a seu turno, para ser considerada brasileira uma pessoa jurídica deve constituir-se em nosso País e aqui estabelecer a sede de sua administração (norma de direito interno - art 60 da L S A )

JACOB DOLINGER complementa, e exemplifica, dizendo que uma sociedade constituída na Espanha, que estabeleça sua sede social em Portugal, será considerada por nosso D I P como sociedade espanhola Mas a

sociedade constituída no Brasil que não estabeleça aqui sua sede social, não será considerada brasileira, o que nos leva, em um passo mais adiante, a compreender que não haverá de ser conferido registro a uma sociedade no Brasil, que não fixe sua sede social em território brasileiro <sup>300</sup>

Por lado diverso, o parágrafo único do artigo 60 – também mantido pelo legislador da lei nova – vale-se do critério do controle para, subsidiariamente, atribuir nacionalidade à pessoa jurídica, e também restringir a participação de capitais estrangeiros

Outras duas questões de interesse que envolvem a antiga Lei das Sociedades por Ações já foram por nós tratadas com mais atenção anteriormente, quais sejam a nacionalização de sociedade estrangeira e a mudança de nacionalidade de sociedade brasileira, disciplinadas respectivamente nos artigos 71 e 72 daquele Decreto-Lei (nesses casos ainda vigentes)

### **6.5. Outras Leis Brasileiras.**

O critério do controle, já abordado sob vários ângulos exemplificativos nas páginas anteriores, faz-se também presente em outras disposições legais brasileiras, como na lei que disciplina o mercado de capitais

---

<sup>299</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil* vol III p 171, **apud** Jacob DOLINGER, **op cit** , p 447

<sup>300</sup> DOLINGER, Jacob, **op cit** , p 448

(Lei nº 4 728, de 14 de julho de 1965), e na lei que dispõe sobre zonas indispensáveis à defesa do País (Lei nº 2 597, de 12 de setembro de 1955)  
Vejam-se, pois, alguns dispositivos

*Lei nº 4 728/65*

*Art 22 - Em períodos de desequilíbrio do balanço de pagamentos, reconhecidos pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, ao adotar medidas de contenção do crédito, poderá limitar o recurso ao sistema financeiro do País, no caso das empresas que tenham acesso ao mercado financeiro internacional*

*§ 1º - Para os efeitos desse artigo considera-se que têm acesso ao mercado financeiro internacional*

- a) filiais de empresas estrangeiras,*
- b) empresas com sede no País cujo capital pertença integralmente a residentes ou domiciliados no exterior,*
- c) sociedades com sede no País controladas por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior*

*§ 2º - Considera-se empresa controlada por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior, quando estas detenham direta ou indiretamente a maioria do capital com direito a voto*

*Lei nº 2 597/55*

*Art 7º - Nas indústrias e atividades enumeradas no artigo anterior é obrigatório*

*I - que 51% (cinquenta e um por cento) do capital das empresas, no mínimo, pertença a brasileiros*

*II - que o quadro do pessoal seja constituído, ao menos, de dois terços de trabalhadores nacionais,*

*III - que a administração ou gerência caiba à brasileiros, ou à maioria de brasileiros, assegurados a estes poderes predominantes*

As indústrias e atividades enumeradas no artigo 6º são as indústrias de armas e munições, a pesquisa, lavra e aproveitamento de reservas minerais<sup>301</sup>, a exploração de energia elétrica, as fábricas e laboratórios de explosivos de qualquer substância que se destine a uso bélico, os meios de comunicação, e, por fim, empresas de colonização que operem dentro da faixa de fronteira (art 11)

O dispositivo dessa lei foi reforçado com a publicação da lei que dispõe sobre a faixa de fronteira (Lei nº 6 634, de 2 de maio de 1979), onde o artigo 3º aponta no mesmo sentido, quanto à participação de brasileiros no capital social, no quadro de funcionários e nos órgãos de administração

A mais disso, reclama atenção o considerável contingente de disposições normativas ditadas na seara do Direito Tributário, que, por seu caráter sabidamente assistemático e de conveniência momentânea<sup>302</sup> (conveniência de cunho meramente econômico) muitas vezes compromete o entendimento em torno das questões até aqui analisadas

Trata-se, porém, de terreno específico e árido, cuja abordagem extrapolaria os limites do estudo ora proposto

Fica, no entanto, a constatação do problema e o propósito de oportunamente encará-lo a tempo e modo

---

<sup>301</sup> A esse respeito, vide, igualmente, a Constituição Federal, art 176, § 1º (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95)

<sup>302</sup> De lado o Capítulo específico dedicado ao Sistema Tributário da Constituição Federal

## CAPÍTULO VII

### OUTROS DISPOSITIVOS LEGAIS, TRATADOS E CONVENÇÕES QUE VERSAM SOBRE NACIONALIDADE

- Código de Direito Internacional Privado •
- Convenções de Haia e de Bruxelas • Algumas legislações europeias •

Chegado o momento de confrontar os assuntos até aqui tratados com o que existe em matéria de legislação internacional, somos levados – até para esclarecer eventual dúvida com relação à abordagem de um ou de outro dispositivo – às lições de JACOB DOLINGER

*É interessante examinar o critério adotado pelos diversos Tratados e Convenções regionais sobre a lei que deve se aplicar às pessoas jurídicas. Raramente estes diplomas se referirão expressamente a nacionalidade da pessoa jurídica, mas como já vimos a submissão de uma sociedade à lei de determinado país, a 'lex societatis', coincide com a nacionalidade da sociedade*<sup>303</sup>

Apesar de concordarmos com a posição de DOLINGER no sentido de que coincide a nacionalidade da sociedade com a submissão dela

---

<sup>303</sup> DOLINGER, Jacob, **op cit**, p 436

à lei de um país, por tratar-se de estudo científico, temos que registrar outra posição, até certo ponto contrária, manifestada pelo Mestre português JOSE DE OLIVEIRA ASCENSÃO, que chama a atenção para a necessidade de distinguir a nacionalidade e o estatuto pessoal

*A nacionalidade é um vínculo, de caráter político, entre uma pessoa e um Estado cada Estado determina quem são os seus nacionais O estatuto pessoal é um tema de direito internacional privado, pelo qual se determina a lei aplicável às sociedades, quando surjam conflitos de leis, podendo a lei aplicável ser a nacional ou a estrangeira* <sup>304</sup>

Ja no campo do Mercosul, se fizermos uma análise dos diversos Tratados e Acordos que o antecederam, perceberemos que nenhum deles faz referência a qualquer forma de atribuição de nacionalidade às pessoas jurídicas, nem, tampouco, às leis a elas aplicáveis, ao contrário do Tratado de Roma<sup>305</sup>, antecessor do Tratado de Maastricht para a União

---

<sup>304</sup> ASCENSÃO, Jose de Oliveira, **op cit**, p 44 Nesse sentido também e a posição dos autores portugueses Antônio Marques dos Santos (**op cit**), e Fernandes Costa (*Da Nacionalidade das Sociedades*)

<sup>305</sup> Sobre o Tratado de Roma, Henri Batiffol escreveu (**op cit**, p 234) *"Il est digne de remarque que les traités conclus avec les Etats nouvellement indépendants se sont attachés au siège social seul pour déterminer les sociétés qui seraient traitées comme les ressortissants de l'un des Etats contractants quant au bénéfice de la clause d'assimilation aux nationaux de l'autre le critere du siège vaut pour l'ensemble de la jouissance des droit refusés en principe aux étrangers Dans un sens tout opposé l'applicabilité de la loi du siège social à la constitution et au fonctionnement des sociétés est mise en cause dans la Communauté Économique Européenne par l'article 58 du traité de Rome aux termes duquel 'les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, sont assimilées pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissant des Etats membres' Le chapitre en question facilitant l'établissement de ces ressortissants dans les six Etats, on a voulu étendre ces facilités aux sociétés mais il a fallu nécessairement prendre parti, à cette fin, sur la loi selon laquelle la société s'est constituée, or il résulte de l'article 58 que cette loi peut être autre que celle du siège social réel si elles sont toutes deux celle d'un Etat membre "*

Européia, que previa uma regulamentação nesse sentido. A Convenção de Bruxelas, de 1968, assim o fez<sup>306</sup>

### **7.1. Código de Direito Internacional Privado.**

Sobre a nacionalidade das pessoas físicas, o Código Bustamante (Código de Direito Internacional Privado) traz regras nos seus artigos 9º a 15 e, sobre a das pessoas jurídicas, nos artigos 16 a 21

É a seguinte a redação dos artigos 16 a 21, que tratam das pessoas jurídicas

*Art 16 - A nacionalidade de origem das corporações e das fundações será determinada pela lei do Estado que as autorize ou as aprove*

*Art 17 - A nacionalidade de origem das associações será a do país em que se constituam, e nele devem ser registradas ou inscritas, se a legislação local exigir esse requisito*

*Art 18 - As sociedades civis, mercantis ou industriais, que não sejam anônimas, terão a nacionalidade estipulada na escritura social e, em sua falta, a do lugar onde tenha sede habitualmente a sua gerência ou direção principal*

---

<sup>306</sup> Cf adiante, tópico 7.3

*Art 19 - A nacionalidade das sociedades anônimas será determinada pelo contrato social e, eventualmente, pela lei do lugar em que normalmente se reúna a junta de acionistas ou, em sua falta, pela do lugar onde funcione o seu principal Conselho Administrativo ou Junta Diretiva*

*Art 20 - A mudança de nacionalidade das corporações, fundações, associações e sociedades, salvo nos casos de variação da soberania territorial, terá que se sujeitar às condições exigidas pela sua lei antiga e pela nova*

*Art 21 - As disposições do art 9º, no que se referem à pessoas jurídicas, e as dos arts 16 a 20 não serão aplicadas nos Estados contratantes, que não atribuam nacionalidade às ditas pessoas jurídicas*

Ora, apesar de o Código de Direito Internacional Privado, elaborado por ANTÓNIO SANCHES DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, referir-se expressamente à nacionalidade das pessoas coletivas - ao contrario de outros diplomas legais - apresenta critérios muito diferentes para atribuí-la, o que, de certa forma, gera uma imprecisão conceitual

Assim porque as corporações, fundações e associações terão a nacionalidade de origem determinada pela lei do Estado que as autorize ou aprove, o que caracteriza o critério da incorporação, as sociedades civis mercantis e industriais, desde que não constituídas sob a forma anônima, terão a nacionalidade estipulada no contrato social (critério da autonomia da vontade), mas, na sua falta, serão nacionais do país onde tenham habitualmente a sua gerência ou direção principal, o que nos leva ao critério da sede social. Por sua vez, essas sociedades, sendo anônimas, terão sua nacionalidade determinada pelos estatutos sociais (novamente o critério da autonomia da vontade), e, eventualmente, pela lei do lugar em que

normalmente se reunam os acionistas em assembléia, ou, não havendo, pela lei do lugar onde funcione o seu conselho administrativo ou órgão similar (critério da sede social, ou, até mesmo, do centro de decisão)

Ou tentando agradar a todos os países que aderiram ao Código (cada qual com seus costumes consolidados), ou sofrendo influência demasiada do Direito cubano, o legislador esqueceu a razoabilidade e acabou por criar um vasto canteiro para a discussão em torno da nacionalidade sem, contudo, indicar solução apropriada

OSCAR TENORIO <sup>307</sup> – tal como exposto em capítulo e item separados – igualmente tece críticas, bem mais acentuadas inclusive, a BUSTAMANTE, atribuindo-lhe caráter discriminatório ao não atender os objetivos de uma norma fundamental. No mais, critica também o exagero de critérios adotados e a falta de previsão no que se refere a controvérsia a propósito da nacionalidade das sucursais

## **7.2. Convenções de Haia (1956) e de Bruxelas (1968).**

Ambas as Convenções - a primeira sob o nome de Convenção de Haia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Sociedades, Associações e Fundações Estrangeiras, realizada naquela cidade em 1º de junho de 1956, e, a segunda, denominada Convenção de Bruxelas sobre o Reconhecimento Mutuo de Sociedades e Pessoas Jurídicas, realizada

---

<sup>307</sup> TENÓRIO, Oscar, *op cit*, p 269

em 29 de fevereiro de 1968, cumprindo disposição instituída pelo Tratado de Roma - não se referem diretamente à nacionalidade das pessoas coletivas, mas sim ao seu reconhecimento

#### A Convenção de Haia, leciona JACOB DOLINGER

*[ ] dispõe em seu artigo 1º que a personalidade jurídica adquirida por uma sociedade, uma associação ou uma fundação em virtude da lei de um Estado contratante, cujas formalidades de registro ou de publicidade tenham sido atendidas e no qual se encontre a sede estatutária, será reconhecida de pleno direito nos outros Estados contratantes. Ficou ressalvado, entretanto, aos Estados contratantes não reconhecer a personalidade de entidade coletiva adquirida na forma do artigo 1º se este Estado toma em consideração a sede real, e esta se encontre em seu território ou em território de outro Estado que também toma em consideração a sede real*<sup>308</sup>

Com objetivos análogos, a Convenção de Bruxelas determina, através de seu artigo 1º, o reconhecimento de pleno direito das sociedades de direito civil ou comercial constituídas em conformidade com a lei de um Estado contratante que lhes reconheça a capacidade de serem titulares de direitos e obrigações e, que tenham sua sede estatutária nos territórios a que se aplica a Convenção

---

<sup>308</sup> DOLINGER, Jacob, **op cit**, p 440

### **7.3. Algumas legislações europeias.**

Os países da Europa, unidos em comunidade pelo Tratado de Maastricht (e pelos tratados que o antecederam e sucederam), também dispõe de forma similar sobre a nacionalidade das sociedades (quando for o caso), ou sobre a lei aplicável a determinada sociedade

Todavia, pela enorme gama de situações que envolvem esses temas, e, multiplicado isso pelo número de países europeus, tornar-se-ia inviável abordar aqui todas as legislações nacionais, motivo pelo qual optamos por visualizar a questão sob o ponto de vista de alguns Estados apenas Bélgica, Itália, Portugal, Suíça e França

a) Iniciamos, pois, pela Bélgica, que dispõe a matéria no seu *Code de Commerce*, na *Section XII*, sob o título *Les sociétés constituées en pays étrangers*

*Art 196 - Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières constituées et ayant leur siège en pays étranger pourront faire leurs opérations et ester en justice en Belgique*

*Art 197 - Toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise a loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger*

Resta claro, portanto, que a Bélgica, para indicar a legislação aplicável a uma sociedade, utiliza-se do critério da *sede social*, em detrimento do critério da *incorporação*, pois o artigo 197 do seu Código diz que

as sociedades que tenham seu principal estabelecimento naquele País, mesmo constituídas em território de outro Estado, estarão submetidas ao ordenamento belga<sup>309</sup>

b) Já a Itália, que unificou os Códigos Civil e Comercial em 1942, usa os critérios da *sede social* e da *incorporação* para definir a lei aplicável. Veja-se, a esse propósito, o disposto no Capítulo IX (*Delle società costituite all'estero od operanti all'estero*) do *Codice Civile Italiano*

*Art 2505 - Società costituite all'estero con sede nel territorio dello Stato - Le società costituite all'estero, le quali hanno nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa, sono soggette, anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo, a tutte le disposizioni della legge italiana*

*Art 2509 - Società costituite nel territorio dello Stato con attività all'estero - Le società che si costituiscono nel territorio dello Stato, anche se l'oggetto della loro attività è all'estero sono soggette alle disposizioni della legge italiana*

Por esse dispositivo temos que o critério da incorporação é adotado nos casos de sociedade constituída na Itália, sob suas leis, mas que tenha sua atividade desenvolvida em país estrangeiro. Já o da sede social é adotado nas situações em que uma empresa constituída no exterior tenha na Itália a sede da sua administração.

Mas, afora o Código Civil, e não obstante sua clara identificação com os critérios mencionados, existe outra lei (até mais recente), Lei nº 218, de 31 de maio de 1995, que reforma o sistema italiano de Direito

---

<sup>309</sup> Não há, entretanto, nesse Código, previsão para o caso de sociedades constituídas na Bélgica atuarem no exterior.

Internacional Privado, sem, no entanto, atentar frontalmente com os artigos acima transcritos, tal como mostramos a seguir<sup>310</sup>

### *Chapitre III*

#### *Personnes Juridiques*

##### *Article 25 (Sociétés et Autres Entités)*

*1 Les sociétés, les associations, les fondations et toute autre entité, publique ou privée, même dépourvue de nature associative, sont régies par la loi de l'État dans le territoire duquel a été accompli le processus de constitution. Toutefois la loi italienne s'applique si le siège de l'administration est situé en Italie, ou si l'objet principal de telles entités se trouve en Italie*

*2 En particulier sont régies par la loi applicable à l'entité*

*a) la nature juridique,*

*b) la dénomination ou raison sociale,*

*c) la constitution, la transformation et l'extinction,*

*d) la capacité,*

*e) la formation, les pouvoirs et les modalités de fonctionnement des organes,*

*f) la représentation de l'entité,*

*g) les modalités d'acquisition et de perte de la qualité d'associé ou de sociétaire ainsi que les droits et les obligations inhérents à cette qualité,*

*h) la responsabilité pour les obligations de l'entité,*

*i) les conséquences des violations de la loi ou de l'acte constitutif*

*3 Les transferts du siège statutaire dans un autre État et les fusions d'entités ayant leurs sièges dans des États différents n'ont d'efficacité que s'ils sont effectués conformément aux lois desdits États intéressés*

---

<sup>310</sup> Fonte: Revue Critique de Droit International Privé, 85 (1) janeiro-fevereiro de 1996, **apud** STRENGER, Irineu *Direito Internacional Privado*, 3 ed São Paulo LTr, 1996, p 811 e

c) O Direito Português disciplina a matéria especialmente no Código das Sociedades Comerciais, parte integrante do Decreto-Lei nº 262, de 2 de setembro de 1986 (mas também no Código Civil – art 33)

Trata-se de legislação moderna que, além de dispor de forma eficiente sobre o assunto das sociedades comerciais, o faz respeitando as orientações recentes da Comunidade Europeia. Sua exposição de motivos, em certa altura (§ 3º), traz os seguintes comentários

*Nesta linha de orientação, o Código não só executa as directivas comunitárias em vigor, quando imperativas, e escolhe as soluções consideradas mais convenientes, quando há lugar para isso, como alarga algumas regras comunitárias, estabelecidas para certos tipos de sociedades, a outros tipos ou mesmo todas as sociedades comerciais, e atende, na medida do possível, aos trabalhos preparatórios de novas directivas, embora a aprovação destas possa a final tornar imprescindíveis futuras modificações, como nos demais Estados membros*

Quanto, propriamente, à nacionalidade das sociedades comerciais – ou ao menos quanto aos elementos de conexão – existe previsão no art 3º do Código de Sociedades Comerciais, que fala sobre a Lei pessoal, *verbis*

*Art 3º*

*1 As sociedades comerciais têm como lei pessoal a lei do Estado onde se encontre situada a sede principal e efectiva da sua administração. A sociedade que tenha em Portugal a sede estatutária*

*não pode, contudo, opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa*

*2 A sociedade que transfira a sua sede efectiva para Portugal mantém a personalidade jurídica, se a lei pela qual se regia nisso convier, mas deve conformar com a lei portuguesa o respectivo contrato social*

*3 Para os efeitos do número anterior deve um representante da sociedade outorgar em Portugal escritura pública onde seja declarada a transferência da sede e onde seja exarado o contrato pelo qual a sociedade passará a reger-se*

*4 Aplicam-se aos actos previstos no número anterior as disposições legais sobre o registo e publicação de contratos de sociedade celebrados em Portugal*

*5 A sociedade que tenha sede efectiva em Portugal pode transferi-la para outro país, mantendo a sua personalidade jurídica, se a lei desse país nisso convier*

*6 [ ]*

Pois bem, é clara a manifestação do parágrafo primeiro do artigo acima, no sentido de abarcar o critério da sede social para definir a lei aplicável às sociedades (e, assim, sua nacionalidade), contudo a primeira parte do dispositivo refere-se a *sede principal e efectiva* (ou seja, sede real), enquanto que a segunda parte utiliza a expressão *sede estatutária*

Também é visível a possibilidade de uma sociedade constituída em país estrangeiro ter “duas nacionalidades” para efeitos legais, bastando transferir sua sede efetiva para Portugal e *conformar com a lei portuguesa o respectivo contrato social*, pois, nesse caso, pelo diploma português, manteria sua personalidade jurídica original

É o caso de uma sociedade que haja sido constituída em Barcelona, Espanha, e que em determinado momento transfira sua sede

para Portugal Assim, tendo a sede efetiva em Portugal, seria, em conformidade com os parágrafos primeiro e segundo do artigo transcrito, além de espanhola, portuguesa

Mesmo raciocínio é dado ao parágrafo quinto, que prevê situação inversa sociedade com sede originária em Portugal que a transfere para país diverso, além de manter a personalidade jurídica portuguesa, conforme a lei do país de destino poderá ser dele considerada nacional

Nos dois casos acima exemplificados há uma ligeira relação com o critério da incorporação

d) Moderna e bastante abrangente, a Lei Federal sobre Direito Internacional Privado, da Suíça, não obstante verse sobre diversas matérias ligadas ao Direito Privado, disciplina uma série de situações específicas nas quais se pode ver uma sociedade comercial, desde a delimitação da sua nacionalidade, através da sede social, até à lei aplicável e modos de aquisição e perda da nacionalidade suíça Transcrevemos, então, o que de importante nos parece<sup>311</sup>

*Loi Fédéral sur Droit International Privé  
du 18 decembre 1987*

*Section 4 Domicile, Siège et Nationalité*

*Art 21*

*II - Siège et établissement des sociétés - 1 Pour les sociétés, le siège  
vaut domicile*

---

<sup>311</sup> **Apud** STRENGER, Irineu, **op cit**, p 833 a 882

*2 Le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de sociétés. A défaut de désignation, le siège d'une société se trouve au lieu où la société est administrée en fait.*

*3 L'établissement d'une société se trouve dans l'État dans lequel elle a son siège ou une succursale.*

#### *Art 22*

*III - Nationalité - La nationalité d'une personne physique se détermine d'après le droit de l'État dont la nationalité est en cause.*

#### *Art 23*

*IV - Pluralité de nationalités - 1 Lorsqu'une personne a une ou plusieurs nationalités étrangères en sus de la nationalité suisse, seule la nationalité suisse est retenue pour déterminer la compétence du for d'origine.*

*2 Lorsqu'une personne a plusieurs nationalités, celle de l'État avec lequel elle a les relations les plus étroites est seule retenue pour déterminer le droit applicable, à moins que la présente loi n'en dispose autrement.*

*3 Si la reconnaissance d'une décision étrangère en Suisse dépend de la nationalité d'une personne, la prise en considération d'une de ses nationalités suffit.*

#### *Art 160*

*V - Succursales en Suisse des sociétés étrangères - 1 Une société qui a son siège à l'étranger peut avoir une succursale Suisse. Cette succursale est régie par le droit suisse.*

*2 Le droit suisse régit la représentation d'une telle succursale. L'une au moins des personnes autorisées à représenter ces succursales doit être domiciliée en Suisse et être inscrite au registre du commerce.*

*3 Le Conseil fédéral fixe les modalités concernant l'inscription obligatoire au registre du commerce*

*Art 161*

*III - Transfert d'une société de l'étranger en Suisse - 1 Si le droit étranger qui la régit le permet, une société étrangère sans procéder à une liquidation ni à une nouvelle fondation, se soumettre au droit suisse Elle doit satisfaire aux conditions fixées par le droit étranger et pouvoir s'adapter à d'une des formes d'organisation du droit suisse*

*2 Le Conseil fédéral peut autoriser le changement de statut juridique même si les conditions fixées par le droit étranger ne sont pas réunies, notamment si des intérêts suisses importants sont en jeu*

*Art 162*

*Moment déterminant - 1 Une société tenue, en vertu du droit suisse, de se faire inscrire au registre du commerce est régie par le droit suisse dès qu'elle a apporté la preuve que son centre d'affaires a été transféré en Suisse et qu'elle s'est adaptée à d'une des formes d'organisation du droit suisse*

*2 Une société qui, en vertu du droit suisse, n'est pas tenue de se faire inscrire au registre du commerce est régie par le droit suisse dès qu'apparaît clairement sa volonté d'être régie par celui-ci qu'elle a un lien suffisant avec la Suisse et qu'elle s'est adaptée l'une des formes d'organisation du droit suisse*

*3 Avant de pouvoir se faire inscrire, une société de capitaux est tenue de prouver, en produisant un rapport de révision délivré par un office reconnu à cet effet par le Conseil fédéral, que son capital est couvert conformément au droit suisse*

*Art 163*

*VII - Transfert d'une société de la Suisse à l'étranger - 1 Une société suisse peut, sans procéder à une liquidation ni à une nouvelle fondation, se soumettre à un droit étranger, en apportant la preuve*

*a) Qu'elle a satisfait aux conditions fixées par le droit suisse,*

b) *Qu'elle continue à exister en vertu du droit étranger, et*  
 c) *Qu'elle a lancé un appel public aux créanciers, en les sommant de faire connaître leurs prétentions et en les informant du changement projeté de statut juridique*

2 *Sont réservées les dispositions relatives aux mesures conservatoires en cas de conflits internationaux au sens de l'article 61 de la loi fédérale du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement économique du pays*

e) Finalmente, uma derradeira olhada na legislação francesa, que não disciplina o regime das sociedades comerciais no seu *Code de Commerce*, uma vez que o Título Terceiro, artigos 18 a 46, que tratavam da matéria, foram profundamente modificados, revogados por leis mais recentes, dentre as quais está a Lei nº 66 537, de 24 de junho de 1966

Sobre a matéria, essa lei estabelece em seu art 3º

*Art 3º - Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française*  
*Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu* <sup>312</sup>

Tendo sido a França, em meados do Século XIX, o berço do critério da sede social para atribuição de nacionalidade às sociedades, nada mais natural que ainda o utilize. É, portanto, nesse sentido o dispositivo acima

Note-se, entretanto, que, da mesma forma que a legislação portuguesa, a francesa refere-se tanto à sede real, como à sede

---

<sup>312</sup> Mesma disposição legal consta no artigo 1837 do Código Civil Francês

estatutária, sendo, a última, reservada para as relações de terceiros com a sociedade

Esses os breves comentários a que nos propusemos acerca de algumas legislações europeias que tratam da nacionalidade das sociedades e da lei a elas aplicável

## **EPÍLOGO**

### **A NACIONALIDADE DAS SOCIEDADES FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS**

Se a determinação da nacionalidade das sociedades comerciais assume contornos importantes pelo só fato de que a economia globalizada inseriu no mundo jurídico figuras e institutos antes quase desconhecidos (tal como as empresas chamadas multinacionais), problemas cuja discussão até há pouco não faziam o menor sentido, passaram a atormentar cada dia mais os operadores do Direito, sobretudo advogados e magistrados que são chamados a enfrentá-los, num momento em que as produções científica e acadêmica são bastante modestas e em que a elaboração teórica ainda está em formação

Nesse sentido merece destaque a questão das empresas destinadas à exploração de atividade comercial pela rede Internet de computadores – atividade denominada no meio empresarial de *e-commerce* (ou comércio eletrônico, entre nós)

De lado o mérito quanto ao local, procedimentos e formalidades do registro, no ambiente da Internet ocorre algo semelhante à formação e legalização do nome comercial (empresarial) das sociedades. Enquanto, no Brasil, uma sociedade registra o *nome* e o *título do estabelecimento* no órgão do Registro do Comércio, e a *marca*, no Instituto

Nacional da Propriedade Industrial, registra o *domínio*<sup>313</sup> nos órgãos definidos pelo Comitê Gestor da Internet do Brasil<sup>314</sup>

Um grande problema é a determinação (para imposição de penalidade, para atribuição de um benefício, ou simplesmente para saber a lei aplicável) da nacionalidade das empresas (sociedades comerciais, firmas individuais, ou às vezes nem isso) que atuam no ambiente da Internet, pois é perfeitamente comum haver uma empresa legalmente constituída no Brasil, mas com registro de domínio em outro país e com sua página (sítio) alojada em um provedor de acesso à Internet desse país, de onde oferece seus produtos, realiza e fatura seus negócios

Conflitos de nacionalidade, sejam positivos (dupla ou *pluri* nacionalidade) ou negativos (sociedades apátridas) haverão, daqui em diante, de se tornar muito mais comuns, ou tendo em vista a própria dificuldade legal na determinação, ou (por que não?) provocados mesmo pelas empresas interessadas, de modo a burlar a imposição de tributos, legislação trabalhista, ou qualquer outra obrigação

---

<sup>313</sup> Domínio, pois, na seara da rede mundial de computadores, vem a ser o endereço próprio (ou local) onde pode ser encontrada uma pessoa (física ou jurídica), e através do qual essa pessoa, dependendo do caso, disponibiliza produtos ou serviços, realizando negócios

<sup>314</sup> Criado pela Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995, o Comitê Gestor da Internet do Brasil é um órgão que foi criado a partir da necessidade de coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços Internet no país e com o objetivo de assegurar qualidade e eficiência dos serviços, assegurar a livre competição entre provedores e garantir a manutenção de adequados padrões de conduta de usuários e provedores. Dentre as suas atribuições principais está a de coordenar os endereços na Internet e o registro de nomes de domínios. O Comitê Gestor é coordenado por representante do Ministério da Ciência e Tecnologia e agrega membros representantes de outros Ministérios e de vários segmentos da sociedade, tais como Ministério das Telecomunicações, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, CNPq, Anatel, provedores de acesso à Internet, comunidade empresarial, comunidade acadêmica, dentre outros

Veja-se, *v g*, ainda utilizando o exemplo acima, o comprometimento da atuação do fisco, que restará impossibilitado de tributar uma empresa que pela lei brasileira é nacional, mas que realiza uma venda através da Internet, ou seja trata-se de uma operação originada em um país que não o Brasil, e completada em um terceiro país, ainda que o beneficiário seja uma empresa nacional<sup>315</sup> Sem dúvida é uma nova forma de utilização dos chamados paraísos fiscais

Se há ilícito? Aparentemente não, dependendo, claro, da maneira como estruturado o negócio. Ainda é patente a necessidade de uma regulamentação dessa espécie de operação, não só em âmbito nacional, como também e, principalmente, em nível internacional

---

<sup>315</sup> Igual exemplo pode ser usado para vislumbrar a dificuldade que seria estabelecer um foro de discussão contratual. Até pela característica das relações mercantis – informais e dinâmicas – seria impossível a fixação, em todo contrato celebrado pela Internet, uma cláusula de foro. Então, por certo que quando da análise de um caso concreto, restará estabelecido um conflito espacial de leis

## **CONCLUSÕES**

Feita a exposição do tema - certamente não com a abrangência que pretendíamos, visto que assuntos ou autores importantes podem ter restado inapreciados - houvemos por bem destacar as conclusões que seguem

- *Conclusões Gerais*

a) A doutrina e legislação brasileiras, no que se refere às sociedades comerciais e à *empresa*, caminham para uma adequação à nova realidade mundial, e, assim, para a modernidade. No entanto, longos são os passos que lhes faltam, pois ainda estão arraigados conceitos superados e espécies societárias talvez ultrapassadas, já alheios à dinâmica imposta pelo mundo negocial, por certo a cada dia mais exigente

b) Já estando no Terceiro Milênio, faz-se presente - de modo incontestável, por um lado, e irreversível, por outro - o fenômeno da globalização e, com ele, o surgimento de blocos econômicos e de novas formas de parcerias entre os Estados e suas pessoas (físicas e coletivas). Desse fato surge a necessidade de uma discussão no âmbito jurídico, para um correto enfrentamento das questões a partir de agora emergentes

c) Tanto a globalização como a formação de blocos econômicos regionais interferem definitivamente nos domínios do Direito Comercial e, dentro deste, no Direito Societário, pois ensejando a criação de mecanismos que agilizam a atividade comercial, logicamente induzem os Estados a modificarem conceitos (como, *v g*, no Brasil, a mudança do conceito de empresa nacional) e, aperfeiçoarem e modernizarem sua *lex societatis* (a exemplo do Estatuto da Empresa Binacional Brasileiro-Argentina)

• *Conclusões Específicas*

a) As sociedades são passíveis do atributo da nacionalidade (vale dizer serem *nacionais* de um Estado), certo que podem apresentar, conforme o caso, uma ou mais nacionalidades, mas também, por outro lado, e pela conjugação de determinadas normas, podem ser consideradas apátridas, sem nenhuma nacionalidade. Certo igualmente é que a nacionalidade das sociedades não se confunde com o conceito corrente de nacionalidade calcado no de pessoas físicas ou naturais. Não seria aceitável a simples transposição do conceito de nacionalidade das pessoas físicas para as pessoas jurídicas, já que os liames e vínculos – jurídicos ou políticos – de união com o Estado são diferentes para cada espécie de pessoa.

b) A importância da determinação da nacionalidade das sociedades está consubstanciada, principalmente, na determinação da lei aplicável, na proteção diplomática, e, no aproveitamento de eventuais benefícios a que ela possa estar sujeita em virtude da sua condição de *nacional* de um Estado.

c) O reconhecimento por um Estado da personalidade jurídica de uma sociedade, por si só, não implica no reconhecimento de uma nacionalidade, mas apenas de uma entidade capaz juridicamente

d) Noutro passo, a personificação da sociedade está ligada de forma íntima ao conceito de nacionalidade, visto que, não obstante as conclusões anteriores, as sociedades despersonificadas (aquelas de fato, irregulares, ou as que têm negada a personalidade jurídica pela lei), em razão da sua natureza, ficam de fora do rol das sociedades que podem ser *nacionais* para todos os efeitos, benefícios e consequências que a lei estabelecer

e) Tal como ocorre com a pessoas físicas, também é reservada às jurídicas a possibilidade de mudança de nacionalidade, desde que atendidas as exigências legais dos países de origem e de destino da sociedade. Daí a afirmação apresentada no corpo do estudo no sentido de que a *forma de aquisição* difere do *critério de atribuição*, já que como forma de aquisição pode-se verificar tanto o preenchimento de condições para uma nacionalidade originária, como a naturalização da sociedade (pela vontade dos seus membros ou pela incorporação de um território por determinado Estado, por exemplo)

f) Os elementos fixados pelas legislações de um ou mais Estados, pelos quais as pessoas jurídicas tornam-se *nacionais*, não podem ser absolutos. Por isso há casos em que a atribuição da nacionalidade terá que se dar por um determinado critério, e outros casos através de critério diverso, havendo casos também em que se deverá utilizar concomitantemente mais de um critério (como, por exemplo, no Brasil, país que, via de regra, adota mais de um critério). Claro que a sua utilização varia conforme a legislação sob a qual esta a estruturar-se, e em vista de que finalidade para a sua concepção. Assim parece que a defesa do estabelecimento unico e rígido de um critério não

guarda sensatez, visto que cada país (e para cada situação que regule) pode estabelecer as regras que melhor lhe convenha

g) Não obstante a conclusão de que não deve haver uma regra geral para utilização dos critérios, a disparidade de modelos de atribuição de nacionalidade pode ocasionar (mas não necessariamente há de ocasionar) conflitos positivos ou negativos de nacionalidade, de modo a fazer surgir sociedades plurinacionais ou apátridas

h) A seu turno, as empresas multinacionais - não obstante o nome, que sugere mais de uma nacionalidade - podem ter apenas a nacionalidade da sociedade-mãe, ou seja, da sociedade controladora ou da matriz, questão, entretanto, particularmente difícil, que ainda não foi resolvida pelo Direito positivo nem, tampouco, sedimentado entendimento doutrinário

i) Por fim, afora a questão da nacionalidade propriamente dita, no caso brasileiro, parece urgir uma conscientização do valor e da necessidade do Direito como relação E, assim, por parte de órgãos públicos, que, aparentemente, em muitos casos, vêm agindo à margem de tal consideração

Essas as conclusões a que chegamos

Se não são definitivas, igualmente não são pretensiosas, posto que, em muito, decorrem de um trabalho de pesquisa

O que dela desbordar em conclusões outras, vai à conta do raciocínio pessoal, necessariamente incompleto e a merecer maior reflexão

## ANEXO 1

### A ÍNTEGRA DE ALGUMAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS TRATADAS NESTE ESTUDO

- Protocolo nº 5 - Empresas Binacionais • Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas • Instrução Normativa nº 58 do Departamento Nacional do Registro do Comércio • Instrução Normativa nº 59 do Departamento Nacional do Registro de Comércio • Tratado de Itaipu Binacional •

#### ***Protocolo nº 5 - Empresas Binacionais***

O Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina,

Considerando

O objetivo prioritário de promover a complementação e integração ao nível de empresas para assegurar o êxito do Programa de Integração e Cooperação Econômica entre o Brasil e a Argentina,

que o processo de integração econômica entre os dois países deve promover com firmeza o fortalecimento do capital nacional,

a necessidade de estabelecer mecanismos específicos para promover estes fins,

**Decidem**

**1 Criar condições favoráveis à constituição de empresas binacionais**

**2 Estabelecer, para tanto, no âmbito da Comissão de Execução do Programa, um Grupo de Trabalho para elaborar o projeto de Estatuto de Empresas Binacionais que contemple a vontade de associação de pessoas jurídicas de capital nacional dos dois países**

**3 O referido Grupo de Trabalho deverá constituir-se antes de 30 de setembro de 1986, e apresentar seu relatório à Comissão antes de 30 de novembro do corrente ano**

*Roberto de Abreu Sodré*

*Dante Caputo*

***Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas***

O Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina,

Considerando

O Processo de integração e cooperação econômica entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, iniciado em 1986 com a assinatura da Ata para Integração e Cooperação Econômica Brasileiro-Argentina e a celebração, em 29 de novembro de 1988, do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento que consolida aquele processo,

A aprovação do referido Estatuto por ambos Congressos em 16 de agosto de 1989 e sua posterior entrada em vigor,

O objetivo prioritário de promover a integração e a complementação a nível de empresas para assegurar o êxito do referido processo,

Acordam o seguinte Estatuto

***Artigo I - Definições***

1 Os Estados Partes estabelecem o Estatuto que regulará as empresas de caráter binacional, que se constituam de acordo com o mesmo

2 - Para os efeitos deste Estatuto, entende-se por empresa binacional brasileiro-argentina - doravante Empresa Binacional - aquela que cumpra simultaneamente as seguintes condições

a) que ao menos 80% do capital social e dos votos pertençam a investidores nacionais da República Federativa do Brasil e da República Argentina, assegurando-lhes o controle real e efetivo da Empresa Binacional,

b) que a participação do conjunto de investidores nacionais de cada um dos países seja de, no mínimo, 30% do capital social da empresa,

c) que o conjunto dos investidores nacionais de cada um dos países tenha direito de eleger, no mínimo, um membro de cada um dos órgãos de administração e um membro do órgão de fiscalização interna da empresa

### 3 - São considerados investidores nacionais

a) as pessoas físicas domiciliadas em qualquer dos dois países,

b) as pessoas jurídicas de direito público de qualquer um dos dois países,

c) as pessoas jurídicas de direito privado de qualquer um dos dois países, nas quais a maioria do capital social e dos votos, e o controle administrativo e tecnológico efetivos estejam direta ou indiretamente, detidos pelos investidores indicados nas letras a) ou b) acima

4 - As pessoas jurídicas a que se refere a letra c) do § 2º deste Artigo, independentemente de que se encontrem sediadas na República Federativa do Brasil ou na República Argentina, integrarão, para efeito do disposto na letra b) do § 1º deste Artigo, o conjunto de investidores nacionais do país a que pertencerem seus controladores

5 Os aportes de capital do Fundo de Investimento a que se refere o Protocolo nº 7 do Programa de Integração e Cooperação Econômica entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina considerar-se-ão efetuados por investidores nacionais, para os fins do cômputo de participações previsto neste Artigo

6 Os investimentos nas Empresas Binacionais de pessoas físicas ou jurídicas que não tenham as características mencionadas no § 2º do presente Artigo não serão considerados, para os efeitos do presente Estatuto, como realizados por investidores nacionais

### *Artigo II - Objeto*

As Empresas Binacionais poderão ter como objeto qualquer atividade econômica permitida pela legislação do país de sua sede, ressalvadas as limitações estabelecidas por disposição constitucional

### *Artigo III - Forma Jurídica*

1 As Empresas Binacionais terão sede, necessariamente, na República Federativa do Brasil ou na República Argentina, e revestirão uma das formas jurídicas pela legislação do país escolhido para a sede social, devendo agregar à sua denominação ou razão social as palavras "Empresa Binacional Brasileiro-Argentina" ou as iniciais "EBBA" ou "EBAB"

2 Quando a forma escolhida for a de sociedade anônima, as respectivas ações serão obrigatoriamente nominativas, não transferíveis por endosso

3 As Empresas Binacionais com sede em um dos dois países poderão estabelecer, no outro, filiais, sucursais ou subsidiárias, obedecendo as respectivas legislações nacionais quanto ao objeto, forma e registro

### *Artigo IV - Aportes*

1 Poderão realizar-se os seguintes aportes de capital na empresa binacional

- a) aportes em moeda local do país de origem do investimento,
- b) aportes em moedas livremente conversíveis,
- c) aportes em bens de capital e equipamentos de origem brasileira e/ou argentina, sem cobertura cambial no país receptor,
- d) outros aportes permitidos pela legislação de cada país, e
- e) bens de capital e equipamentos originários de terceiros países, desde que internados na República Federativa do Brasil ou na República Argentina até a data da assinatura do presente Estatuto e integralizados ao

capital social até dois anos após sua entrada em vigor. A partir dessa última data os bens de capital e equipamentos originários de terceiros países estarão sujeitos ao tratamento tributário vigente na República Federativa do Brasil e na República Argentina

2 Verificando o cumprimento dos requisitos constitutivos da Empresa Binacional, conforme estabelecido no Artigo VIII do presente Estatuto, a Autoridade de Aplicação do país de sede emitirá um Certificado Provisório do qual constará necessariamente o montante de capital social, natureza e porcentagem dos respectivos aportes

3 Mediante a apresentação do Certificado Provisório indicado no parágrafo anterior perante a Autoridade de Aplicação do outro país, se autorizará automaticamente a transferência dos aportes de capital que estiverem individualizados no referido Certificado

4 Uma vez integralizado o capital, a Autoridade de Aplicação do país da sede emitirá o Certificado Definitivo e comunicará tal ato à Autoridade de Aplicação do outro país

5 Para os efeitos do disposto na letra c) do § 1º do presente Artigo, ambos os Governos tomarão as providências necessárias para que os ingressos dos aportes ali mencionados nos seus respectivos territórios se faça ao amparo dos Acordos Bilaterais sobre Comércio, subscritos entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), de forma a eximí-los de qualquer restrição tarifária ou não tarifária (seja tributária, administrativa, quantitativa ou outra), nos termos de cada legislação nacional aplicável em ambos os países, para o ingresso ou saída de tais aportes

#### *Artigo V - Tratamento*

1 As Empresas Binacionais terão, no país de sua atuação, o mesmo tratamento estabelecido ou que se venha a estabelecer para as empresas de capital nacional desse País, ainda que a maioria do capital social

pertença aos investidores do outro país, conforme o Artigo I do presente Estatuto, em matéria de

- a) tributação interna,
- b) acesso ao crédito interno,
- c) acesso a incentivos ou vantagens de promoção industrial nacional, regional ou setorial, e
- d) acesso a compras e contratos do setor público

2 Os bens e serviços produzidos pelas Empresas Binacionais gozarão de tratamento prioritário, equiparado aos das empresas de capital nacional, na implementação por ambos os Governos de iniciativas bilaterais desenvolvidas no contexto do processo de integração e cooperação econômica

3 O tratamento previsto neste Artigo alcança as filiais, as sucursais e as subsidiárias das Empresas Binacionais, observando-se, quando couber, as disposições do Artigo I do presente Estatuto

#### *Artigo VI - Transferência ao Exterior*

1 Os investidores de cada um dos dois países em uma Empresa Binacional estabelecida no outro país terão direito, uma vez pagos os impostos que couberem, de transferir livremente aos respectivos países de origem os lucros provenientes de seu investimento, desde que distribuídos proporcionalmente entre os investidores, de acordo com o previsto no Artigo I, § 1º do presente Estatuto, e a repatriar suas participações no capital social, observadas, nesta última hipótese, as disposições legais aplicáveis em cada país Igual direito caberá às filiais, sucursais ou subsidiárias das Empresas Binacionais no tocante aos seus lucros líquidos

2 Mesmo em caso de dificuldade nos pagamentos externos, os Governos de ambos os países não imporão restrições aos investidores de Empresas Binacionais para a livre transferência dos lucros líquidos que lhes couberem

***Artigo VII - Transferência de Pessoal***

Os dois Governos tomarão as medidas necessárias para facilitar as transferências, entre ambos os países, do pessoal empregado pelas Empresas Binacionais, incluindo-se

- a) facilidades para obtenção da autorização de permanência temporária ou definitiva, e
- b) reconhecimento recíproco de títulos profissionais

***Artigo VIII - Procedimentos***

1 Para os efeitos de obtenção do Certificado Provisório previsto no Artigo IV do presente Estatuto, os investidores das Empresas Binacionais deverão apresentar perante a Autoridade de Aplicação do país sede, a que se refere o Artigo IX, os seguintes documentos

I - um acordo que estipule as condições em que se constituirão e operarão as Empresas Binacionais, que inclua obrigatoriamente informações sobre os seguintes pontos

- a) objetivos e programas de atividade da Empresa Binacional,
- b) estrutura do capital social,
- c) nome, nacionalidade e domicílio dos sócios,
- d) natureza e valor dos respectivos aportes ao capital da Empresa Binacional,
- e) distribuição de funções e cargos de administração entre os investidores de cada país,
- f) regras para distribuição dos resultados da Empresa Binacional,
- g) regras para operações comerciais entre os investidores e sua Empresa Binacional,
- h) regras de preferência para os casos de vendas de ações e aumento de capital social,
- i) regras sobre a liquidação da Empresa Binacional, e

j) regras para a solução de controvérsias, incluindo a eleição do foro para estes efeitos

II - cópia do projeto de estatuto social ou do contrato social de constituição da Empresa Binacional

2 A Autoridade de Aplicação do país de constituição da Empresa Binacional emitirá o Certificado Definitivo a que se refere o Artigo IV do presente Estatuto mediante a apresentação, pelos interessados dos seguintes documentos

a) comprovante de inscrição dos atos constitutivos da empresa no registro competente,

b) comprovante de integralização do capital social,

c) cópia do estatuto, acordo, ou contrato social, ou de documento equivalente, e

d) declaração juramentada dos diretores ou sócios gerentes, conforme o caso, na qual conste que a composição do capital social cumpre com as regras estabelecidas no Artigo I do presente Estatuto

3 O Certificado Definitivo assegurará o gozo dos benefícios previstos no presente Estatuto

4 Somente as empresas que cumpram com os requisitos e formalidades estabelecidos neste Estatuto poderão utilizar a denominação de "Empresa Binacional Brasileiro-Argentina" conforme o previsto no § 1º do Artigo III

5 A transferência de ações ou participação nas Empresas Binacionais Exigirá o prévio consentimento da Autoridade de Aplicação do país da sede, a fim de controlar o cumprimento das condições estabelecidas no Artigo I do presente Estatuto

#### *Artigo IX - Autoridade de Aplicação*

1 A Autoridade de Aplicação do país da sede, terá ao seu cargo as funções de certificação da constituição e funcionamento de Empresas

Binacionais, conforme estabelecido no Artigo VIII e demais artigos conexos do presente Estatuto

2 A Autoridade de Aplicação de cada país fará constituir e manterá atualizado um registro de Empresas Binacionais de ambos os países, de consulta pública

3 A Autoridade de Aplicação, quando comprovadas infrações a este Estatuto ou à legislação do respectivo país, cometidas por uma Empresa Binacional, poderá tornar sem efeito a qualificação de binacional de tal empresa, notificando a Autoridade de Aplicação do outro país. Nesse caso, a empresa perderá o direito de amparar-se nas disposições do presente Estatuto, a partir do momento em que houver ocorrido a infração, sem prejuízo de outras sanções legais aplicáveis

4 A Autoridade de Aplicação de cada país será designada no prazo de 30 (trinta) dias da entrada em vigor deste Estatuto, pelos respectivos Ministros das Relações Exteriores, devendo recair dita designação em órgão ou entidade já existente em suas respectivas administrações centrais

#### *Artigo X - Implementação do Estatuto de Empresas Binacionais*

1 Constitui-se pelo presente Estatuto um Comitê Binacional Permanente de Implementação e Acompanhamento do Estatuto de Empresas Binacionais, integrado por dois representantes do setor público de cada Estado parte - sendo um do Ministério das Relações Exteriores e outro da Autoridade de Aplicação - e por dois representantes do setor privado de cada um dos dois países. Os representantes do setor privado terão mandato de dois anos, renovável até duas vezes. Cada Membro terá um suplente

2 O Comitê desenvolverá suas atividades em cada um dos países e reunir-se-á com periodicidade de seis meses ou quando convocado por uma das partes

3 O Comitê tem a seu cargo estimular e supervisionar a implementação e a plena vigência e eficácia em ambos países de medidas que

facilitem a formação e funcionamento de Empresas Binacionais, e que garantam o pleno acesso aos benefícios outorgados pelo presente Estatuto

4 O Comitê atuará ainda como órgão de consulta dos governos nacionais no que se refere a toda questão suscitada pela instrumentação e pela plena aplicação deste Estatuto, tendo sob sua responsabilidade a interpretação do conteúdo e alcance de suas disposições

5 O Comitê estabelecerá o seu próprio Regulamento de Funcionamento no decorrer de sua primeira reunião, que deverá realizar-se, no mais tardar, nos 60 (sessenta) dias seguintes à entrada em vigor do presente Estatuto

#### *Artigo XI - Entrada em Vigor*

O presente Estatuto entrará em vigor na data em que forem trocados os respectivos instrumentos de ratificação

#### *Artigo XII - Vigência e Denúncia*

1 O presente Estatuto terá duração indefinida

2 O presente Estatuto poderá ser denunciado por qualquer dos Estados Partes, por via diplomática. A denúncia surtirá efeito um ano após a data de sua notificação ao outro Estado Parte

#### *Artigo XIII - Disposição Transitória*

Os Governos da República Federativa do Brasil e da República Argentina revisarão no prazo de quatro meses, a partir da data de entrada em vigor do presente Estatuto, a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, assinada em 17 de maio de 1980, para adequá-la ao disposto no presente Estatuto

Assinado em Buenos Aires em 06 de julho de 1990, em duas versões, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos

*Fernando Collor*

Pela República

Federativa do Brasil

*Carlos Menem*

Pela República Argentina

***instrução Normativa nº 58, de 13.06.96, do Diretor do Departamento Nacional de Registro do Comércio - DOU de 20.06.96***

*Dispõe sobre o arquivamento de atos de empresas mercantis ou de cooperativas em que participem estrangeiros residentes e domiciliados no Brasil, pessoas físicas, brasileiras ou estrangeiras, residentes e domiciliadas no exterior e pessoas jurídicas com sede no exterior*

O Diretor do Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC, no uso das atribuições que lhe confere o art 4º da Lei nº 8 934, de 18 de novembro de 1994, e

Considerando as alterações constitucionais às hipóteses de restrição legal da participação de estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, em empresas mercantis ou cooperativas e, especialmente, as disposições contidas no Decreto-lei nº 341, de 07 de março de 1938, na Lei 6 815, de 19 de agosto de 1980, no art 55, inciso I, do Decreto nº 1 800, de 30 de janeiro de 1996 e, ainda, na legislação citada no anexo desta Instrução,

Considerando a necessidade de atualizar e uniformizar os procedimentos e simplificar o acesso às normas referentes ao arquivamento de ato de empresas mercantis ou cooperativas, de que participem estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, e

Considerando os estudos realizados pela Comissão constituída pela Portaria nº 295, de 25 de julho de 1995, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo,

**Resolve**

**Art 1º - Para o arquivamento de ato de empresa mercantil ou de cooperativa em que participe estrangeiro residente e domiciliado no Brasil, a Junta Comercial exigirá a prova de sua regular entrada e permanência no País, de acordo com a legislação em vigor**

**Parágrafo único - Tratando-se de titular de firma mercantil individual, administrador de sociedade mercantil ou de cooperativa e de membro de conselho fiscal, a Junta Comercial exigirá a identidade com a prova de visto permanente**

**Art 2º - A pessoa física, brasileira ou estrangeira, residente e domiciliada no exterior, e a pessoa jurídica com sede no exterior, que participe de sociedade mercantil ou de cooperativa, deverão arquivar na Junta Comercial procuração específica, outorgada ao seu representante no Brasil, com poderes para receber citação judicial em ações contra elas propostas, fundamentadas na legislação que rege o respectivo tipo societário**

**Parágrafo único - A procuração oriunda do exterior deverá ter a assinatura do outorgante reconhecida pelo consulado brasileiro no país respectivo e ser acompanhada de tradução efetuada por tradutor público matriculado em qualquer junta comercial**

**Art 3º - A Junta Comercial, ao arquivar ato de empresa mercantil em que participe estrangeiro, em relação a este informará ao Departamento de Polícia Federal**

**I - nome, nacionalidade, estado civil e endereço residencial,**

**II - número do documento de identidade emitido no Brasil e órgão expedidor, e**

**III - número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF**

**Parágrafo único -** Tratando-se de sociedade anônima, a providência é obrigatória, também, em relação ao estrangeiro que figure na condição de administrador, diretor ou acionista controlador

**Art 4º -** A sociedade mercantil nacional, constituída apenas por pessoas físicas residentes no exterior e ou por pessoas jurídicas estrangeiras, deverá ser gerenciada ou dirigida por administrador residente no Brasil

**Art 5º -** A Junta Comercial, para o arquivamento de ato com a participação de estrangeiro, pessoas físicas ou jurídicas, deverá verificar se a atividade empresarial não se inclui nas restrições e impedimentos constantes do anexo desta Instrução

**Art 6º -** Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação

**Art 7º -** Fica revogada a Instrução Normativa nº 31, de 19 de abril de 1991

*Germínio Zanardo Júnior*

## Anexo

Restrições e Impedimentos	Fundamento Legal
<p>Empresa ou capitais estrangeiros na assistência à saúde</p> <p>É vedada a participação direta ou indireta de empresa ou capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos</p>	<p>Constituição da República, de 1988 art 199, § 3º, e Lei nº 8 080, de 19 09 90 art 23 e §§</p>
<p>Empresa de navegação de cabotagem</p> <p>Somente brasileiro nato poderá ser titular de firma mercantil individual de navegação de cabotagem</p> <p>Tratando-se de sociedade mercantil, cinquenta por cento mais uma quota ou ação, no mínimo, deverão pertencer a brasileiros natos</p> <p>Em qualquer caso, a administração deverá ser constituída com a maioria de brasileiros natos, ou a brasileiros natos deverão ser delegados todos os poderes de gerência</p>	<p>Constituição da República, de 1988 art 178, parágrafo único, EC nº 7/95, e Decreto-lei nº 2 784, de 20 11 40 arts 1º, "a" e "b", e 2º</p>
<p>Empresa jornalística e empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens</p> <p>As empresas jornalísticas e as empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverão ser de propriedade privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, aos quais caberão a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual</p> <p>É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social, exceto o de</p>	<p>Constituição da República, de 1988 arts 12, § 1º, e 222 e §§, e Decreto nº 70 436, de 18 04 72 art 14, § 2º, I</p>

<p>partido político e de sociedade cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros Tal participação só se efetuará através de capital sem direito a voto e não poderá exceder a trinta por cento do capital social Tratando-se de estrangeiro de nacionalidade portuguesa, segundo o Estatuto de Igualdade são vedadas a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa, em empresas jornalísticas e em empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens</p>	
<p>Empresa de serviço de TV a cabo A empresa de serviço de TV a cabo deverá ter sede no Brasil e cinquenta e um por cento do seu capital votante deverá pertencer a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, ou a sociedades com sede no País, cujo controle pertença a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos</p>	<p>Lei 8 977, de 06 01 95 art 7º, I e II</p>
<p>Empresas de mineração e de energia hidráulica A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País</p>	<p>Constituição da República, de 1988 art 176, § 1º, EC nº 6/95, e Decreto-lei nº 227, de 28 02 68 art 79, caput e § 3º com a nova redação dada pelo art 2º da Lei nº 8 901, de 30 06 94</p>
<p>Empresas em faixa de fronteira Empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens O capital de empresa de radiodifusão sonora e de</p>	<p>Lei nº 6 634, de 02 05 79 art 3º, I e III, e Decreto nº 85 064, de 26 08 80 arts 10, 15 e §§, 17, 18, 23 e §§</p>

sons e imagens, na faixa de fronteira, pertencerá somente a pessoas físicas brasileiras. A responsabilidade e orientação intelectual e administrativa caberão somente a brasileiros. As quotas ou ações representativas do capital social serão inalienáveis e incaucionáveis a estrangeiros ou a pessoas jurídicas.

#### Empresa de mineração

A sociedade mercantil de mineração deverá fazer constar expressamente de seu estatuto ou contrato social que, pelo menos, cinquenta e um por cento do seu capital pertencerá a brasileiros e que a administração ou gerência caberá sempre a maioria de brasileiros, assegurados a estes poderes predominantes. No caso de firma mercantil individual, só a brasileiros será permitido o estabelecimento ou exploração das atividades de mineração na faixa de fronteira. A administração ou gerência caberá sempre a brasileiros, sendo vedada a delegação de poderes, direção ou gerência a estrangeiro, ainda que por procuração outorgada pela sociedade ou firma mercantil individual.

#### Empresa de colonização e loteamentos rurais

A sociedade mercantil que tiver por finalidade executar programa de valorização da área ou distribuição de terras, deverá ser constituída e domiciliada no País. No caso de firma mercantil individual, só a brasileiros será permitido executar essas atividades. É vedada a delegação de

<p>poderes, direção ou gerência a estrangeiro, ainda que por procuração outorgada pela sociedade ou firma mercantil individual</p>	
<p><b>Empresa de transportes rodoviários de carga</b>  A exploração do transporte rodoviário de carga é privativa de transportadores autônomos brasileiros, ou a estes equiparados por lei ou convenção, e de pessoas jurídicas que tenham sede no Brasil. Pelo menos quatro quintos do capital social, com direito a voto, deverão pertencer a brasileiros e a direção e administração caberá exclusivamente a brasileiros. Havendo sócio estrangeiro, a pessoa jurídica será obrigatoriamente organizada sob a forma de sociedade anônima, cujo estatuto social não poderá contemplar qualquer forma de tratamento especial ao sócio estrangeiro, além das garantias normais previstas em lei para proteção dos interesses dos acionistas minoritários.</p>	<p>Constituição da República, de 1988 arts 22,VII, "e", e 178, EC nº 7/95, e Lei nº 6 813, de 10 07 80 arts 1º, I a III, § 1º e § 2º</p>
<p><b>Sociedade anônima - Qualquer atividade</b>  O estrangeiro somente poderá ser administrador ou membro de conselho fiscal de sociedade anônima se residir no Brasil e possuir visto permanente. A subsidiária integral terá como único acionista sociedade brasileira. Tratando-se de grupo de sociedades, a sociedade controladora, ou de comando do grupo, deverá ser brasileira.</p>	<p>Lei nº 6 404, de 15 12 76 arts 146, 162, 251 e 264, § 1º</p>
<p><b>Microempresa - Qualquer das atividades</b>  A empresa mercantil em que o titular ou sócio seja pessoa jurídica ou, ainda, pessoa física domiciliada no exterior, não poderá ser incluída no regime instituído pelo Estatuto da Microempresa.</p>	<p>Lei nº 7 256, de 27 11 84 art 3º, II</p>

**Instrução Normativa nº 59, de 13.06.96, do Diretor do Departamento Nacional de Registro do Comércio - DOU de 20.06.96**

*Dispõe sobre os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no País, por sociedade mercantil estrangeira*

O Diretor do Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC, no uso das atribuições que lhe confere o art 4º da Lei nº 8 934, de 18 de novembro de 1994, e

Considerando as disposições contidas nos arts 4º, inciso X, e 32, inciso II, alínea "c", da Lei nº 8 934/94, nos arts 59 a 73 do Decreto-lei nº 2 627, de 26 de setembro de 1940, mantidos pelo art 300 da Lei nº 6 404, de 15 de dezembro de 1976, nos arts 7º, inciso I, alínea "b", 32, inciso II, alínea "i", e 55, inciso III, do Decreto nº 1 800, de 30 de janeiro de 1996,

Considerando a necessidade de disciplinar, uniformizar e simplificar os procedimentos referentes aos pedidos de autorização de instalação e funcionamento de sociedades mercantis estrangeiras, e

Considerando os estudos realizados pela Comissão constituída pela Portaria nº 295, de 25 de julho de 1995, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo,

Resolve

**Art 1º - A sociedade mercantil estrangeira, que desejar estabelecer filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil, deverá**

solicitar autorização do Governo Federal para instalação e funcionamento, em requerimento dirigido ao Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, protocolizado no Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC, que o examinará sem prejuízo da competência de outros órgãos federais

**Art 2º** - O requerimento, no caso de primeira filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil, será instruído com os seguintes documentos

I - ato de deliberação sobre a instalação de filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil,

II - inteiro teor do contrato ou estatuto,

III - lista de sócios ou acionistas, com os nomes, profissões, domicílios e número de cotas ou de ações, salvo quando, em decorrência da legislação aplicável no país de origem, for impossível cumprir tal exigência,

IV - prova de achar-se a sociedade constituída conforme a lei de seu país,

V - ato de deliberação sobre a nomeação do representante no Brasil, acompanhado da procuração que lhe dá poderes para aceitar as condições em que é dada a autorização e plenos poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, podendo ser demandado e receber citação inicial pela sociedade,

VI - declaração do representante no Brasil de que aceita as condições em que for dada a autorização para instalação e funcionamento pelo Governo Federal,

VII - último balanço, e

VIII - guia de recolhimento do preço do serviço

**Art 3º** - No ato de deliberação sobre a instalação de filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil, deverão constar as atividades

que a sociedade pretenda exercer e o destaque do capital, em moeda brasileira, destinado às operações no País, que será fixado no decreto de autorização

**Art 4º** - A sociedade mercantil estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com os plenos poderes especificados no art 2º, inciso V desta Instrução Normativa

Parágrafo único - Só depois de arquivada a autorização de instalação e funcionamento na Junta Comercial, poderá o representante entrar em relação com terceiros

**Art 5º** - Concedida a autorização de instalação e funcionamento, caberá à sociedade mercantil estrangeira arquivar na Junta Comercial da Unidade Federativa onde se localizar a filial, agência sucursal ou estabelecimento

I - folha do Diário Oficial da União que publicou o decreto de autorização,

II - atos a que aludem os incisos I a VII do art 2º da presente Instrução Normativa,

III - documento comprobatório do depósito, em dinheiro, de parte do capital destinado às operações no Brasil, e

IV - declaração do endereço do estabelecimento, quando não constar do ato que deliberou sobre a instalação de filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil

Parágrafo único - Em se tratando de nova sucursal, agência ou estabelecimento localizado na mesma Unidade Federativa, a sociedade mercantil estrangeira deverá arquivar, apenas, os documentos previstos nos incisos I, III e IV deste artigo e nos incisos I, III, V e VI do art 2º desta Instrução Normativa

**Art 6º - A sociedade mercantil estrangeira, sob pena de ser-lhe cassada a autorização para instalação e funcionamento no País, deverá reproduzir no Diário Oficial da União, do Estado ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a sua filial, agência, sucursal ou estabelecimento, e em outro jornal de grande circulação editado regularmente na mesma localidade, as publicações que, segundo a sua lei nacional, sejam obrigadas a fazer, relativamente ao balanço, as demonstrações financeiras e aos atos de sua administração**

**§ 1º - Sob a mesma pena, deverá a referida sociedade publicar o balanço e as demonstrações financeiras de sua filial, sucursal, agência ou estabelecimento existente no Brasil**

**§ 2º - Se no lugar onde estiver situada a filial, agência, sucursal ou o estabelecimento não for editado jornal, a publicação se fará em órgão de grande circulação local**

**§ 3º - A prova da publicidade a que se refere o § 1º será feita mediante anotação nos registos da Junta Comercial, à vista de apresentação da folha do órgão oficial e, quando for o caso, do jornal particular onde foi feita a publicação, dispensada a juntada da mencionada folha**

**Art 7º - Qualquer alteração que a sociedade mercantil estrangeira autorizada a funcionar no País faça no seu contrato ou estatuto, para produzir efeitos no território brasileiro, dependerá de aprovação do Governo Federal e, para tanto, deverá apresentar os seguintes documentos**

**I - requerimento ao Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, solicitando a devida aprovação, protocolizado no Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC,**

**II - ato de deliberação que promoveu a alteração, e**

**III - guia de recolhimento do preço do serviço**

**Parágrafo único - Na alteração que delibere sobre a instalação de nova filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil, deverão ser**

apresentados, além dos documentos previstos neste artigo, os especificados nos incisos III, V e VI do art 2º desta Instrução Normativa

**Art 8º** - Na hipótese de solicitação de cancelamento de autorização para instalação e funcionamento de filial, sucursal, agência ou estabelecimento, a sociedade mercantil estrangeira deverá apresentar, além dos documentos referidos nos incisos I e III do artigo anterior, os seguintes

I - ato de deliberação sobre o cancelamento,

II - Certidão de Quitação de Tributos e Contribuições Federais para com a Fazenda Nacional, emitida pela Receita Federal,

III - Certidão Negativa de Débito - CND, fornecida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, e

IV - Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal

**Art 9º** - A sociedade mercantil estrangeira autorizada a funcionar no País pode, mediante autorização do Governo Federal, nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil, devendo, para esse fim, apresentar os seguintes documentos

I - requerimento ao Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, protocolizado no Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC,

II - ato de deliberação sobre a nacionalização,

III - estatuto social ou contrato social, conforme o caso, elaborados em obediência à lei brasileira,

IV - prova da realização do capital, na forma declarada no contrato ou estatuto,

V - declaração do representante no Brasil de que aceita as condições em que for dada a autorização de nacionalização pelo Governo Federal, e

## **VI - guia de recolhimento do preço do serviço**

**Art 10** - Após a expedição do decreto de nacionalização caberá à sociedade mercantil arquivar na Junta Comercial da Unidade Federativa onde se localizará a sua sede a folha do Diário Oficial da União que publicou o respectivo decreto e os atos a que aludem os incisos II a V do artigo anterior, sem prejuízo da apresentação dos documentos que instruem, obrigatoriamente, os pedidos de arquivamento de sociedades mercantis brasileiras

**Parágrafo único** - Existindo filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos em outras Unidades Federativas, deverá a sociedade mercantil nacionalizada proceder ao arquivamento, nas respectivas Juntas Comerciais, de certidão simplificada fornecida pela Junta Comercial da sua sede

**Art 11** - Os documentos oriundos do exterior, de que tratam esta Instrução Normativa, deverão ser apresentados em original devidamente autenticados, na conformidade da legislação aplicável no país de origem, e legalizados pela respectiva autoridade consular brasileira

**Parágrafo único** - Com os documentos originais serão apresentadas as respectivas traduções, feitas por tradutor público matriculado em qualquer Junta Comercial

**Art 12** - A sociedade mercantil estrangeira não poderá realizar no Brasil atividades constantes do seu objeto social vedadas às sociedades estrangeiras, e somente poderá exercer as que dependam de aprovação prévia de órgão governamental, sob as condições autorizadas

**Art 13** - A sociedade mercantil estrangeira funcionará no Brasil com seu nome empresarial, podendo, entretanto, acrescentar a esse a

expressão “do Brasil” ou “para o Brasil” e ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros quanto aos atos ou operações que praticar no Brasil

**Art 14** - Os atos de deliberação de qualquer alteração ou de cancelamento, bem como suas autorizações publicadas no Diário Oficial da União, deverão ser arquivados pela sociedade mercantil estrangeira na respectiva Junta Comercial da Unidade Federativa onde se localizar a filial, sucursal, agência ou estabelecimento a que se referirem

**Art 15** - Os processos referentes aos pedidos de autorização governamental de que trata esta Instrução Normativa serão instruídos, examinados e encaminhados pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC ao Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, no prazo de até quinze dias úteis, a contar da protocolização do requerimento

§ 1º - Verificada a ausência de formalidade legal, o processo será colocado em exigência, que deverá ser cumprida em até sessenta dias, contados do dia subsequente à data da ciência pela sociedade mercantil estrangeira interessada

§ 2º - As exigências formuladas interrompem o prazo previsto no caput deste artigo, cuja contagem será reiniciada no último dia útil subsequente ao seu cumprimento

§ 3º - O descumprimento do prazo previsto no § 1º deste artigo ensejará o arquivamento do processo, salvo devolução do prazo, no curso do mesmo, em razão de ato dependente de órgão da administração pública

§ 4º - O processo arquivado nos termos do parágrafo anterior poderá ser, mediante solicitação da interessada, desarquivado e, neste caso, considerado como novo pedido, sujeito ao pagamento do preço do serviço correspondente

**Art 16** - A Junta Comercial comunicará ao Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC o cumprimento das formalidades referentes à prova da publicidade dos atos das sociedades mercantis estrangeiras, bem como encaminhará cópia do documento comprobatório do depósito, em dinheiro, da parte do capital destinado às operações no Brasil

**Art 17** - Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação

*Germínio Zanardo Júnior*

***Tratado entre o Brasil e o Paraguai, de 26/04/73 (Itaipu Binacional)***

*Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai para o aproveitamento hidrelétrico dos recursos Hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois Países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaíra até a Foz do Rio Iguaçú*

O Presidente da República Federativa do Brasil, General-de-Exército Emílio Garrastazu Médici, e o Presidente da República do Paraguai, General-de-Exército Alfredo Stroessner,

Considerando o espírito de cordialidade existente entre os dois países e os laços de fraternal amizade que os unem,

O interesse comum em realizar o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaíra até a Foz do Rio Iguaçú,

O disposto na Ata Final firmada em Foz do Iguaçú, em 22 de junho de 1966, quanto à divisão em partes iguais, entre os dois países, da energia elétrica eventualmente produzida pelos desníveis do Rio Paraná no trecho acima referido,

O disposto no artigo VI do Tratado da Bacia do Prata,

O estabelecido na Declaração de Assunção sobre o aproveitamento de rios internacionais, de 3 de junho de 1971,

Os estudos da Comissão Mista Técnica Brasileiro-Paraguai constituída em 12 de fevereiro de 1967,

A tradicional identidade de posições dos dois países em relação à livre navegação dos rios internacionais da Bacia do Prata, resolveram celebrar um Tratado e, para esse fim, designaram seus Plenipotenciários, a saber

- O Presidente da República Federativa do Brasil ao Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, Embaixador Mário Gibson Barboza,
- O Presidente da República do Paraguai, ao Senhor Ministro das Relações Exteriores, Doutor Raúl Sapena Pastor,

Os quais, tendo trocado seus Plenos Poderes, achados em boa e devida forma, convieram no seguinte

### **Artigo I**

As Altas Partes Contratantes convêm em realizar, em comum e de acordo com o previsto no Tratado e seus Anexos, o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaíra até a Foz do Rio Iguaçú

### **Artigo II**

Para os efeitos do presente Tratado entender-se-á por

- a) Brasil, a República Federativa do Brasil,
- b) Paraguai, a República do Paraguai,
- c) Comissão, a Comissão Mista Técnica Brasileiro-Paraguai, constituída em 12 de fevereiro de 1967,
- d) ELETROBRÁS, a Centrais Elétricas Brasileiras S A – ELETROBRÁS, do Brasil, ou o ente jurídico que a suceda,
- e) ANDE, a Administración Nacional de Electricidad, do Paraguai, ou o ente jurídico que a suceda,
- f) ITAIPU, a entidade binacional criada pelo presente Tratado

### **Artigo III**

As Altas Partes Contratantes criam, em igualdade de direitos e obrigações, uma entidade binacional denominada ITAIPU, com a finalidade de realizar o aproveitamento hidrelétrico a que se refere o Artigo I

§ 1º - A ITAIPU será constituída pela ELETROBRÁS e pela ANDE, com igual participação no capital, e reger-se-á pelas normas estabelecidas no presente Tratado, no Estatuto que constitui seu Anexo A e nos demais Anexos

§ 2º - O Estatuto e os demais Anexos, poderão ser modificados de comum acordo pelos dois Governos

### **Artigo IV**

A ITAIPU terá sedes em Brasília, Capital da República Federativa do Brasil, e em Assunção, Capital da República do Paraguai

§ 1º - A ITAIPU será administrada por um Conselho de Administração e uma Diretoria Executiva integrados por igual número de nacionais de ambos os países

§ 2º - As atas, resoluções, relatórios ou outros documentos oficiais dos órgãos de administração da ITAIPU serão redigidos nos idiomas português e espanhol

#### **Artigo V**

As Altas Partes Contratantes outorgam concessão à ITAIPU para realizar, durante a vigência do presente Tratado, o aproveitamento hidrelétrico do trecho do Rio Paraná referido no art 1º

#### **Artigo VI**

Formam parte do presente Tratado

- a) o Estatuto da entidade binacional denominada ITAIPU (Anexo A),
- b) a descrição geral das instalações destinadas à produção de energia elétrica e das obras auxiliares, com as eventuais modificações que se façam necessárias (Anexo B),
- c) as bases financeiras e de prestação dos serviços de eletricidade da ITAIPU (Anexo C),

#### **Artigo VII**

As instalações destinadas à produção de energia elétrica e obras auxiliares não produzirão variação alguma nos limites entre os dois países estabelecidos nos Tratados vigentes

§ 1º - As instalações e obras realizadas em cumprimento do presente Tratado não conferirão, a nenhuma das Altas Partes Contratantes, direito de propriedade ou de jurisdição sobre qualquer parte do território da outra

§ 2º - As autoridades declaradas respectivamente competentes pelas Altas Partes Contratantes estabelecerão, quando for o caso e pelo processo que julgarem adequado, a sinalização conveniente, nas obras a serem construídas, para os efeitos práticos do exercício de jurisdição e controle

### **Artigo VIII**

Os recursos necessários à integralização do capital da ITAIPU serão supridos, à ELETROBRÁS e à ANDE, respectivamente, pelo Tesouro brasileiro e pelo Tesouro paraguaio ou pelos organismos financiadores, que os Governos indicarem

Parágrafo Único – Qualquer das Altas Partes Contratantes poderá, com o consentimento da outra, adiantar-lhe os recursos para a integralização do capital, nas condições estabelecidas de comum acordo

### **Artigo IX**

Os recursos complementares aos mencionados no Artigo VIII, necessários aos estudos, construção e operação da central elétrica e das obras e instalações auxiliares, serão supridos pelas Altas Partes Contratantes ou obtidos pela ITAIPU mediante operações de crédito

### **Artigo X**

As Altas Partes Contratantes, conjunta ou separadamente, direta ou indiretamente, na forma que acordarem, darão à ITAIPU, por solicitação desta, garantia para as operações de crédito que realizar Assegurarão, da mesma forma, a conversão cambial necessária ao pagamento das obrigações assumidas pela ITAIPU

## **Artigo XI**

Na medida do possível e em condições comparáveis, a mão-de-obra, especializada ou não, os equipamentos e materiais, disponíveis nos dois países, serão utilizados de forma equitativa

§ 1º - As Altas Partes Contratantes adotarão todas as medidas necessárias para que seus nacionais possam empregar-se, indistintamente, em trabalhos efetuados no território de uma ou de outra, relacionados com o objetivo do presente Tratado

§ 2º - O disposto neste Artigo não se aplicará às condições acordadas com organismos financiadores, no que se refira à contratação de pessoal especializado ou a aquisição de equipamentos ou materiais. Tampouco se aplicará o disposto neste Artigo se necessidades tecnológicas assim o exigirem

## **Artigo XII**

As Altas Partes Contratantes adotarão, quanto à atribuição, as seguintes normas

a) não aplicarão impostos, taxas e empréstimos compulsórios, de qualquer natureza, à ITAIPU e aos serviços de eletricidade por ela prestados,

b) não aplicarão impostos, taxas e empréstimos compulsórios, de qualquer natureza, sobre os materiais e equipamentos que a ITAIPU adquira em qualquer dos dois países ou importe de um terceiro país, para utilizá-los nos trabalhos de construção da central elétrica, seus acessórios e obras complementares. Da mesma forma, não aplicarão impostos, taxas e empréstimos compulsórios, de qualquer natureza, que incidam sobre as operações relativas a esses materiais e equipamentos, nas quais a ITAIPU seja parte,

c) não aplicarão impostos, taxas e empréstimos compulsórios, de qualquer natureza, sobre os lucros da ITAIPU e sobre os pagamentos e remessas por ela efetuados a qualquer pessoa física ou jurídica, sempre que os pagamentos de tais impostos, taxas e empréstimos compulsórios sejam de responsabilidade legal da ITAUPU,

d) não porão nenhum entrave e não aplicarão nenhuma imposição fiscal ao movimento de fundos da ITAIPU que resultar da execução do presente Tratado,

e) não aplicarão restrições de qualquer natureza ao trânsito ou depósito dos materiais e equipamentos aludidos no item *b* deste Artigo,

f) serão admitidos nos territórios dos dois países os materiais e equipamentos aludidos no item *b* deste Artigo

### **Artigo XIII**

A energia produzida pelo aproveitamento hidrelétrico a que se refere o Artigo I será dividida em partes iguais entre os dois países, sendo reconhecido a cada um deles o direito de aquisição, na forma estabelecida no Artigo XIV, da energia que não seja utilizada pelo outro país para o seu próprio consumo

Parágrafo Único – As Altas Partes Contratantes se comprometem a adquirir, conjunta ou separadamente na forma que acordarem, o total da potência instalada

### **Artigo XIV**

A aquisição dos serviços de eletricidade da ITAIPU será realizada pela ELETROBRAS e pela ANDE, que também poderão fazê-la por intermédio das empresas ou entidades brasileiras ou paraguaias que indicarem

## **Artigo XV**

O Anexo C contém as bases financeiras e de prestação dos serviços de eletricidade da ITAIPU

§ 1º - A ITAIPU pagará as Altas Partes Contratantes, em montantes iguais, "royalties" em razão da utilização do potencial hidráulico

§ 2º - A ITAIPU incluirá, no seu custo de serviço, o montante necessário ao pagamento de rendimentos sobre o capital

§ 3º - A ITAIPU incluirá, outrossim no seu custo de serviço, o montante necessário para remunerar a Alta Parte Contratante que ceder energia à outra

§ 4º - O valor real da quantidade de dólares dos Estados Unidos da América, destinada ao pagamento dos "royalties", dos rendimentos sobre o capital e da remuneração, estabelecida no Anexo C, será mantido constante, para o que a dita quantidade acompanhará as flutuações do dólar dos Estados Unidos da América, referido ao seu padrão de peso e título, em ouro, vigente na data da troca dos Instrumentos de Ratificação do presente Tratado

§ 5º Este valor com relação ao peso e título em ouro do dólar dos Estados Unidos da América poderá ser substituído, no caso em que a mencionada moeda deixa de ter referida sua paridade oficial em relação ao ouro

## **Artigo XVI**

As Altas Partes Contratantes manifestam seu empenho em estabelecer todas as condições para que a entrada em serviço da primeira unidade geradora ocorra dentro do prazo de oito anos após a ratificação do presente Tratado

## **Artigo XVII**

As Altas Partes Contratantes se obrigam a declarar de utilidade pública as áreas necessárias à instalação do aproveitamento hidrelétrico, obras auxiliares e sua exploração, bem como a praticar, nas áreas de suas respectivas soberanias, todos os atos administrativos ou judiciais tendentes a desapropriar terrenos e suas benfeitorias ou a construir servidão sobre os mesmos

§ 1º - A delimitação de tais áreas estará a cargo da ITAIPU, *ad referendum* das Altas Partes Contratantes

§ 2º - Será de responsabilidade da ITAIPU o pagamento das desapropriações das áreas delimitadas

§ 3º - Nas áreas delimitadas será livre o trânsito de pessoas que estejam prestando serviço à ITAIPU, assim como o de bens destinados à mesma ou a pessoas físicas ou jurídicas por ela contratadas

### **Artigo XVIII**

As Altas Partes Contratantes, através de protocolos adicionais ou de atos unilaterais, adotarão todas as medidas necessárias ao cumprimento do presente Tratado, especialmente as que digam respeito a aspectos

- a) diplomáticos e consulares,
- b) administrativos e financeiros,
- c) de trabalho e previdência social,
- d) fiscais e aduaneiros,
- e) de trânsito através da fronteira internacional,
- f) urbanos e habitacionais,
- g) de polícia e de segurança,
- h) de controle do acesso às áreas que se delimitem em conformidade com o Art XVII

### **Artigo XIX**

O foro da ITAIPU, relativamente às pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou com sede no Brasil ou no Paraguai, será, respectivamente, o de Brasília e o de Assunção. Para tanto, cada Alta Parte Contratante aplicará sua própria legislação, tendo em conta as disposições do presente Tratado e de seus Anexos.

**Parágrafo Único** – Em se tratando de pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas ou com sede fora do Brasil ou do Paraguai, a ITAIPU acordará as cláusulas que regerão as relações contratuais de obras e fornecimentos.

### **Artigo XX**

As Altas Partes Contratantes adotarão, por meio de um protocolo adicional, a ser firmado dentro de noventa dias contados a partir da data da troca dos instrumentos de ratificação do presente Tratado, as normas jurídicas aplicáveis às relações de trabalho e previdência social dos trabalhadores contratados pela ITAIPU.

### **Artigo XXI**

A responsabilidade civil e/ou penal dos Conselheiros, Diretores, Diretores Adjuntos e demais empregados brasileiros ou paraguaios da ITAIPU, por atos lesivos aos interesses desta, será apurada e julgada de conformidade com o disposto nas leis nacionais respectivas.

**Parágrafo Único** – Para os empregados de terceira nacionalidade proceder-se-á de conformidade com a legislação nacional brasileira ou paraguaia, segundo tenham a sede de suas funções no Brasil ou no Paraguai.

### **Artigo XXII**

Em caso de divergência quanto à interpretação ou à aplicação do presente Tratado e seus Anexos, as Altas Partes Contratantes a resolverão pelos meios diplomáticos usuais, o que não retardará ou interromperá a construção e/ou a operação do aproveitamento hidrelétrico e de suas obras e instalações auxiliares

### **Artigo XXIII**

A Comissão Mista Técnica Brasileiro-Paraguaiá, criada em 12 de fevereiro de 1967 com a finalidade de realizar os estudos aludidos no preâmbulo do presente Tratado, manter-se-á constituída até entregar às Altas Partes Contratantes o relatório final da missão que lhe foi confiada

### **Artigo XXIV**

O presente Tratado será ratificado e os respectivos instrumentos serão trocados, o mais brevemente possível, na cidade de Assunção

### **Artigo XXV**

O presente Tratado entrará em vigor na data da troca dos Instrumentos de Ratificação e terá vigência até que as Altas Partes Contratantes, mediante novo acordo, adotem decisão que estimem conveniente

Em Fé do Que os Plenipotenciários acima mencionados assinam o presente Tratado, em dois exemplares, em português e espanhol, ambos os textos igualmente autênticos

Feito na cidade de Brasília, aos vinte e seis dias do mês de abril do ano de mil novecentos e setenta e três

*Mário Gibson Barboza*

*Raúl Sapena Pastor*

**Anexo “A” do Tratado entre Brasil e Paraguai.**

**Modificado por Acordo firmado em 28/01/86, por troca de Notas.**

**“ESTATUTO DA ITAIPU”**

**CAPÍTULO I**

**Denominação e Objeto**

**Artigo 1º**

A Itaipu é uma entidade binacional criada pelo Artigo III do Tratado assinado pelo Brasil e Paraguai, em 26 de abril de 1973, e tem como partes

- a) a Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRÁS, sociedade anônima de economia mista brasileira,
- b) a Administración Nacional de Electricidad – ANDE, entidade autárquica paraguaia

**Artigo 2º**

O objeto da ITAIPU é o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaira até a foz do Rio Iguazú

**Artigo 3º**

A ITAIPU reger-se-á pelas normas estabelecidas no Tratado de 26 de abril de 1973, no presente Estatuto e nos demais Anexos

#### **Artigo 4º**

A ITAIPU terá, de acordo com o que dispõem o Tratado e seus Anexos, capacidade jurídica, financeira e administrativa, e também responsabilidade técnica, para estudar, projetar, dirigir e executar as obras que tem como objeto, colocá-las em funcionamento e explorá-las, podendo, para tais efeitos, adquirir direitos e contrair obrigações

#### **Artigo 5º**

A ITAIPU terá sedes em Brasília, Capital da República Federativa do Brasil, e em Assunção, Capital da República do Paraguai

### **CAPÍTULO II**

#### **Capital**

#### **Artigo 6º**

O capital da ITAIPU sera equivalente a US\$ 100 000 000,00 (cem milhões de dólares dos Estados Unidos da América), pertencentes à ELETROBRÁS e à ANDE em partes iguais e intransferíveis

Parágrafo Único – O capital manter-se-á com valor constante de acordo com o disposto no parágrafo 4º do Artigo XV do Tratado

### **CAPÍTULO III**

#### **Administração**

#### **Artigo 7º**

São órgãos da administração da ITAIPU o Conselho de Administração e a Diretoria Executiva

### **Artigo 8º**

O Conselho de Administração compor-se-á de doze Conselheiros nomeados

- a) seis pelo Governo brasileiro, dos quais um será indicado pelo Ministério das Relações Exteriores e dois pela ELETROBRÁS,
- b) seis pelo Governo paraguaio, dos quais um será indicado pelo Ministério de Relações Exteriores e dois pela ANDE

Parágrafo 1º - O Diretor-Geral brasileiro e o Diretor-Geral paraguaio, previstos no Artigo 12, também integrarão o Conselho, com voz e sem voto

Parágrafo 2º - As reuniões do Conselho serão presididas, alternadamente, por um Conselheiro de nacionalidade brasileira ou paraguaia e rotativamente, por todos os membros do Conselho

Parágrafo 3º - O Conselho nomeará dois Secretários, um brasileiro e outro paraguaio, que terão a seu cargo, entre outras atribuições, a de certificar os documentos da ITAIPU em português e em espanhol, respectivamente

### **Artigo 9º**

Compete ao Conselho de Administração cumprir e fazer cumprir o Tratado e seus Anexos e decidir sobre

- a) as diretrizes fundamentais de administração da ITAIPU,
- b) o Regimento Interno,
- c) o plano de organização dos serviços básicos,

- d) os atos que importem em alienação do patrimônio da ITAIPU, com prévio parecer da ELETROBRÁS e da ANDE,
- e) as reavaliações de ativo e passivo, com prévio parecer da ELETROBRÁS e da ANDE, tendo em conta o disposto no parágrafo 4º do Artigo XV do Tratado,
- f) as bases de prestação dos serviços de eletricidade,
- g) as propostas da Diretoria Executiva referentes a obrigações e empréstimos,
- h) a proposta de orçamento para cada exercício e suas revisões, apresentadas pela Diretoria Executiva

Parágrafo 1º - O Conselho de Administração examinará o Relatório Anual, o Balanço Geral e a demonstração da Conta de Resultados, elaborados pela Diretoria Executiva e, os apresentará com seu parecer, à ELETROBRÁS e à ANDE, conforme o disposto no Artigo 24 deste Estatuto

Parágrafo 2º - O Conselho de Administração tomará conhecimento do curso dos assuntos da ITAIPU através das exposições que serão feitas habitualmente pelo Diretor-Geral Brasileiro e/ou pelo Diretor-Geral Paraguaio ou de outras que o Conselho solicite por intermédio deles

### **Artigo 10º**

O Conselho de Administração reunir-se-á, ordinariamente, cada dois meses e, extraordinariamente, quando convocado, por intermédio dos Secretários, pelo Diretor-Geral brasileiro e/ou pelo Diretor-Geral paraguaio ou pela metade menos um dos Conselheiros

Parágrafo Único – O Conselho de Administração só poderá decidir validamente com a presença da maioria dos Conselheiros de cada país e com paridade de votos igual à menor representação nacional presente

### **Artigo 11º**

Os Conselheiros exercerão suas funções por um período de quatro anos, podendo ser reconduzidos

Parágrafo 1º - A qualquer momento os Governos poderão substituir os Conselheiros que houverem nomeado

Parágrafo 2º - Ao ocorrer vacância definitiva de um cargo de Conselheiro, o respectivo Governo nomeará substituto que exercerá o mandato pelo prazo remanescente

### **Artigo 12º**

A Diretoria Executiva, constituída por Membros nacionais de ambos os países, em igual número e com a mesma capacidade e igual hierarquia, compor-se-á do Diretor-Geral Brasileiro, do Diretor-Geral Paraguaio, dos Diretores Executivos Técnico, Jurídico, Administrativo, Financeiro e de Coordenação, e dos Diretores Técnico, Jurídico, Administrativo, Financeiro e de Coordenação, todos com voz e voto

Parágrafo 1º - A cada Diretor Executivo, brasileiro ou paraguaio, corresponderá um Diretor da outra nacionalidade

Parágrafo 2º - Os Membros da Diretoria Executiva serão nomeados pelos respectivos Governos, por proposta da ELETROBRÁS ou da ANDE, conforme o caso

Paragrafo 3º - Os Membros da Diretoria Executiva exercerão suas funções por um período de cinco anos, podendo ser reconduzidos

Parágrafo 4º - A qualquer momento os Governos poderão substituir os Membros da Diretoria Executiva que houverem nomeado

Parágrafo 5º - Em caso de ausência ou impedimento temporário de um Membro da Diretoria Executiva, a ELETROBRÁS ou a ANDE, conforme o caso, designará o substituto dentre os demais Membros, que terá também o direito ao voto do Membro substituído

Parágrafo 6º - Ao ocorrer vacância definitiva de um cargo de Membro da Diretoria Executiva, a ELETROBRÁS ou a ANDE, conforme o caso, indicará o substituto que, uma vez nomeado, exercerá o mandato pelo prazo remanescente

### **Artigo 13º**

#### **São atribuições e deveres da Diretoria Executiva**

- a) dar cumprimento ao Tratado e seus Anexos e às decisões do Conselho de Administração,
- b) cumprir e fazer cumprir o Regimento Interno,
- c) praticar os atos de administração necessários à condução dos assuntos da Entidade,
- d) propor ao Conselho de Administração as diretrizes fundamentais de administração,
- e) propor ao Conselho de Administração normas de administração do pessoal,
- f) elaborar e submeter ao Conselho de Administração, em cada exercício, a proposta de orçamento para o exercício seguinte e suas eventuais revisões,
- g) elaborar e submeter ao Conselho de Administração o Relatório Anual, o Balanço Geral e a demonstração da Conta de Resultados do exercício anterior,
- h) pôr em execução as normas e as bases para prestação dos serviços de eletricidade,
- i) criar e instalar os escritórios técnicos e/ou administrativos que julgar necessários, onde for conveniente,
- j) aprovar o plano global de classificação de cargos, de lotação e de salários e benefícios dos empregados

#### **Artigo 14º**

A Diretoria Executiva reunir-se-á, ordinariamente pelo menos duas vezes ao mês e, extraordinariamente, quando convocada por um dos Diretores-Gerais

Parágrafo 1º - As resoluções da Diretoria Executiva serão adotadas por maioria de votos

Parágrafo 2º - A Diretoria Executiva instalar-se-á no local que julgar mais adequado ao exercício de suas funções

#### **Artigo 15º**

A ITAIPU somente poderá assumir obrigações ou constituir procuradores mediante a assinatura conjunta dos dois Diretores-Gerais

#### **Artigo 16º**

Os honorários dos Conselheiros e dos Membros da Diretoria Executiva serão fixados pela ELETROBRÁS e pela ANDE, de comum acordo

#### **Artigo 17º**

Os dois Diretores-Gerais são responsáveis, solidariamente, pela coordenação, organização e direção das atividades da ITAIPU e a representarão, em juízo ou fora dele, competindo-lhes praticar todos os atos de administração ordinária necessários ao funcionamento da Entidade, com exclusão dos atribuídos ao Conselho de Administração e à Diretoria Executiva. Cabem-lhes, ademais, os atos de admissão e demissão de pessoal em seus respectivos países

**Artigo 18º**

O Diretor Técnico Executivo é o responsável pela condução do projeto, construção das obras e operação das instalações

**Artigo 19º**

O Diretor Jurídico Executivo é o responsável pela condução dos assuntos jurídicos da Entidade

**Artigo 20º**

O Diretor Administrativo Executivo é o responsável pela Administração do pessoal e pela direção dos serviços gerais

**Artigo 21º**

O Diretor Financeiro Executivo é o responsável pela execução da política econômico-financeira, de suprimento e de compras

**Artigo 22º**

O Diretor de Coordenação Executivo é o responsável pelos serviços relacionados com a preservação das condições ambientais na área do reservatório, a execução dos projetos e obras portuárias e de navegação, a execução dos projetos e obras de infra-estrutura, das vias de acesso, das vilas residenciais e outros serviços e obras que lhe forem atribuídas pela Diretoria Executiva fora da área das instalações destinadas à produção de energia elétrica

### **Artigo 23º**

Os Diretores terão as atribuições executivas específicas que, de comum acordo, lhes forem delegadas pelos Diretores Executivos das respectivas áreas, com vistas à perfeita consecução dos objetivos da Entidade Binacional

Parágrafo Único – Os Diretores manter-se-ão informados dos assuntos das respectivas Diretorias e informarão sobre o andamento daqueles que lhes forem confiados

## **CAPÍTULO IV**

### **Exercício Financeiro**

### **Artigo 24º**

O exercício financeiro encerrar-se-á em 31 de dezembro de cada ano

Parágrafo 1º - A ITAIPU apresentará, até 30 de abril de cada ano, para decisão da ELETROBRÁS e da ANDE, o Relatório Anual, o Balanço Geral e a demonstração da Conta de Resultados do exercício anterior

Parágrafo 2º - A ITAIPU adotará a moeda dos Estados Unidos da América como referência para a contabilização de suas operações Esta referência poderá ser substituída por outra, mediante entendimento entre os dois Governos

## **CAPÍTULO V**

### **Disposições Gerais**

### **Artigo 25º**

Serão incorporados pela ITAIPU, como integralização de capital por parte da ELETROBRÁS e da ANDE, os dispêndios realizados pelas referidas empresas, anteriormente à constituição da Entidade, nos seguintes trabalhos

- a) estudos resultantes do Convênio de Cooperação firmado em 10 de abril de 1970,
- b) obras preliminares e serviços relacionados com a construção do aproveitamento hidrelétrico

#### **Artigo 26º**

Os Conselheiros, Membros da Diretoria Executiva e demais empregados não poderão exercer funções de direção, administração ou consulta em empresas fornecedoras ou contratantes de quaisquer materiais e serviços utilizados pela ITAIPU

#### **Artigo 27º**

Poderão prestar serviços à ITAIPU os funcionários públicos, empregados de autarquias e os de sociedades de economia mista, brasileiros ou paraguaios, sem perda do vínculo original e dos benefícios de aposentadoria e/ou previdência social, tendo-se em conta respectivas legislações nacionais

#### **Artigo 28º**

O Regimento Interno da ITAIPU, mencionado no Artigo 9º, será proposto pela Diretoria Executiva à aprovação do Conselho de Administração e contemplará, entre outros, os seguintes assuntos o regime contábil e financeiro, o regime para a obtenção de propostas, adjudicação e contratação de serviços e obras, a aquisição de bens, normas para o exercício das funções

dos integrantes do Conselho de Administração e dos Membros da Diretoria Executiva

**Artigo 29º**

Os casos não previstos neste Estatuto, que não puderem ser resolvidos pelo Conselho de Administração, serão solucionados pelos dois Governos, com prévio parecer da ELETROBRÁS e da ANDE

*( Publicado no "Diário Oficial" de 20/02/86, págs 2073-2076)*

**BIBLIOGRAFIA**

**ABREU, Jorge Manuel Coutinho Da Empresarialidade As Empresas no Direito Coimbra Almedina, 1999**

**ALEGRÍA, Héctor, PEÑA, Félix (orgs) El Régimen de las Sociedades Anónimas en los Países de la ALALC Buenos Aires Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), 1971**

**ALMEIDA, Amador Paes de Manual das Sociedades Comerciais 11 ed São Paulo Saraiva, 1999**

**ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão O Novo Direito Societário Brasileiro Brasília Brasília Jurídica, 1999**

**ASCARELLI, Tullio Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado 2 ed São Paulo Saraiva, 1969**

**ASCENSÃO, José de Oliveira Direito Comercial Sociedades Comerciais, Lisboa [s n], 1993**

**ASQUINI, Alberto Profili dell'Impresa Rivista del Diritto Commerciale, 1943, v 41, I, tradução Fábio Konder Comparato, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 104, p 108-126, São Paulo, 1996**

**BALESTRA, Ricardo R Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1991**

**BATALHA, Wilson de Souza Campos Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais vol I Rio de Janeiro Forense, 1973**

**BATIFFOL, Henri Droit International Privé 4 ed Paris LGDJ, 1967**

**BEVILÁQUA, Clóvis Princípios Elementares de Direito Internacional Privado 3 ed Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1938**

- BORBA, José Edwaldo Tavares** **Direito Societário** 5 ed Rio de Janeiro Renovar, 1999
- BULGARELLI, Waldírio** **A Teoria Jurídica da Empresa** São Paulo Revista dos Tribunais, 1985
- \_\_\_\_\_ **Direito Comercial** 10 ed São Paulo Atlas, 1993
- \_\_\_\_\_ **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades** 2 ed São Paulo Atlas, 1996
- \_\_\_\_\_ **Sociedades Comerciais** 6 ed São Paulo Atlas, 1996
- \_\_\_\_\_ **Tratado de Direito Empresarial** 2 ed São Paulo Atlas, 1995
- BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez** **Derecho Internacional Privado** tomo I 3 ed Havana Cultural, 1943
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier** **Tratado de Direito Comercial Brasileiro** vol III 7 ed Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1963
- CARVALHOSA, Modesto** **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas** vol IV, tomo II São Paulo Saraiva, 1998
- \_\_\_\_\_ **Nacionalidade das Sociedades no Direito Internacional e no Direito Interno** in Revista de Direito Publico, n 69, p 238-253, São Paulo, 1984
- COELHO, Fábio Ulhoa** **Código Comercial e Legislação Complementar Anotados** São Paulo Saraiva, 1995
- \_\_\_\_\_ **Curso de Direito Comercial** vol II 2 ed São Paulo Saraiva, 2000
- \_\_\_\_\_ **Manual de Direito Comercial** 6 ed São Paulo Saraiva, 1995

**COMPARATO, Fábio Konder O Poder de Controle na Sociedade Anônima**  
São Paulo Revista dos Tribunais, 1976

**CORREIA, Miguel J A Pupo Direito Comercial 3 ed Lisboa Ed**  
Universidade Lusíada, 1994

**COSTA, Carlos Jorge Sampaio O Código de Conduta das Empresas**  
Transnacionais Rio de Janeiro Forense, 1984

**COX, James D , HAZEN, Thomas Lee, O'NEAL, F Hodge Corporations** Nova  
Yorque Aspen Publishers, 1997

**CRISTIANO, Romano A Nacionalidade da Empresa e a Nova Constituição**  
Federal in Revista dos Tribunais, vol 639, p 46-50, São Paulo, 1989

\_\_\_\_\_ **Personificação da Empresa** São Paulo Revista dos Tribunais, 1982

**DOLINGER, Jacob A Sociedade Anônima Brasileira Critério Determinador**  
de sua Nacionalidade in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico  
e Financeiro, n 23, p 65-70, São Paulo, 1976

\_\_\_\_\_ **Direito Internacional Privado Parte Geral 4 ed** Rio de Janeiro  
Renovar, 1996

**FERNANDES, Adauto de Alencar Curso de Direito Internacional Privado**  
Rio de Janeiro Cia Editora Americana, 1971

**FERRARA, Francesco Teoria delle Persone Giuridiche Napoli Marghieri,**  
1915

**FERREIRA, Aldo Leão Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-**  
Argentinas Porto Alegre Livraria do Advogado Editora, 1995

**FERREIRA, Waldemar Tratado de Sociedades Mercantis 4 ed** São Paulo  
Freitas Bastos, 1952

- FREITAS, Guiomar de **Nacionalidade de Sociedades** São Paulo, 1995  
Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- FRONTINI, Paulo Salvador **Itaipu Binacional Novo Tipo de Empresa?** in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ns 15/16, p 251-256, São Paulo, 1974
- GILISSEN, John **Introdução Histórica ao Direito** Trad de A M Hespanha e L M Macaísta Malheiros Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1995
- GONÇALVES, Luiz da Cunha **Tratado de Direito Civil** vol I, tomo II 1 ed brasileira, São Paulo São Paulo, 1956
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis **A Fusão, a Incorporação e a Cisão na Lei de Sociedades por Ações** in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n 23, p 71-82, São Paulo, 1976
- \_\_\_\_\_ **Manual de Direito Comercial** 2 ed Curitiba Juruá, 2000
- GUYON, Yves **Droit des Affaires** 7 ed Paris Economica, 1992
- HILAIRE, Jean **Introduction Historique au Droit Commercial** Paris Presses Universitaires de France, 1986
- HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de **Verbetes *nacionalidade*** in **Dicionário da Língua Portuguesa** 2 ed São Paulo Nova Fronteira, 1986
- KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) e os Grupos de Empresas** 2 ed Rio de Janeiro Forense, 1997
- LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas de **La Personalidad Jurídica Societaria** Buenos Aires Heliasta, 1994
- LEITE, Eduardo de Oliveira **A Monografia Jurídica** Porto Alegre S Antônio Fabris, 1985

\_\_\_\_\_ **La Nationalité des Sociétés et le Droit International Privé Brésilien**  
Paris, 1976 Tese de Doutorado - Université de Droit d'Économie et de  
Sciences Sociales de Paris

LEVY, Laurent **La Nationalité des Sociétés** Paris LGDJ, 1984

LOBO, Jorge **Grupo de Sociedades** Rio de Janeiro Forense, 1978

LOUSSOUARN, Yvon **Les Conflits de Lois en Matière de Sociétés** Paris  
Recueil Sirey, 1949

MACHADO, J Baptista **Lições de Direito Internacional Privado** Coimbra  
Almedina, 1999

MAGALHÃES, Roberto **Barcellos de Constituição das Sociedades  
Comerciais** Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1960

\_\_\_\_\_ **Lei das S A – Comentários por Artigo** Rio de Janeiro Freitas  
Bastos, 1997

MALAGARRIGA, Carlos **Tratado Elemental de Derecho Comercial  
Comerciantes – Sociedades** Buenos Aires Tipografica Argentina, 1951

MARTINS, Fran **Curso de Direito Comercial** 16 ed Rio de Janeiro  
Forense, 1991

MAYER, Luiz Rafael **Parecer da Consultoria Geral da República, n L-208, 22  
de setembro de 1978**

MERLE, Philippe **Droit Commercial Sociétés Commerciales** 3 ed Paris  
Précis Dalloz, 1992

MIRANDA, Pontes de **Tratado de Direito Privado** tomo 49, 2 ed Rio de  
Janeiro Borsoi, 1965

**NEGRÃO, Ricardo** **Manual de Direito Comercial** Campinas Bookseller, 1999

**NIBOYET, Jean Paul** **Existe-t-il Vraiment une Nationalité des Sociétés?** 2 ed Separata de *Revue de Droit International Privé*, 2 ed , Paris, 1928

\_\_\_\_\_ **Traité de Droit International Privé Français** tomo V Paris Recueil Sirey, 1948

**NUSDEO, Fábio** **A Empresa Brasileira de Capital Nacional** Extensão e Implicações do Artigo 171 da Constituição Federal in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n 77, p 15-28, São Paulo, 1990

**OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de** **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica** São Paulo Saraiva, 1977

\_\_\_\_\_ **Conceito de Pessoa Jurídica** Curitiba Universidade Federal do Paraná, 1962

**OCTÁVIO, Rodrigo** **Direito Internacional Privado** Parte Geral Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1942

**PACHECO, José da Silva** **Tratado de Direito Empresarial**, vols I e II São Paulo Saraiva, 1977

**RAMOS, Rui Manoel Gens de Moura** **Direito Internacional Privado e Constituição** 2 reimpressão Coimbra Coimbra Ed , 1991

**REALE, Miguel** **A Estrutura Jurídica de Itaipu** Conferência proferida perante o Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política, da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, 04 de julho de 1974

**REGNIER, Leonardo Medeiros** **Mercosul, Noções Gerais e Alguns Aspectos Jurídicos** Separata de *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n 21, Curitiba, 1993

- \_\_\_\_\_ **A Vantagem das Binacionais** **Jornal Gazeta Mercantil**, Rio de Janeiro, 16 set 1996 **Gazeta Mercantil Latino Americana**
- REQUIÃO, Rubens** **Curso de Direito Comercial** 19 ed São Paulo Saraiva, 1993
- RIPERT, Georges** **Traité Élémentaire de Droit Commercial** 2 ed Paris LGDJ, 1951
- RIVAROLA, Mario** **Tratado de Derecho Comercial Argentino** Sujetos del Derecho Comercial Tomo II Buenos Aires Compañia Argentina de Editores, 1938
- ROJAS, Sônia Muñoz** **Guia Prático do Chile** Curitiba Cadernos Internacionais Bamerindus, 1995
- SANTOS, Antônio Marques dos** **Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público** Coimbra Almedma, 1985
- SERPA LOPES, Miguel Maria de** **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil** vol III Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1959
- SILVA, Ruben Fonseca e, WILLIAMS, Robert E** **Tratados dos Paraísos Fiscais** São Paulo Observador Legal, 1998
- STRENGER, Irineu** **Direito Internacional Privado** 3 ed São Paulo LTr, 1996
- SZTAJN, Rachel** **Contrato de Sociedade e Formas Societárias** São Paulo Saraiva, 1989
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda** **A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais no Brasil e no Estrangeiro** in **Revista dos Tribunais**, n 420, p 20-37, São Paulo, 1970

- TENÓRIO, Oscar **Direito Internacional Privado** 4 ed Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1955
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ Biblioteca Central **Normas para Apresentação de Trabalhos** 6 ed Curitiba, 1996
- URÍA, Rodrigo **Derecho Mercantil** Madrid [s n ], 1958
- VALLADÃO, Haroldo **Direito Internacional Privado** Introdução e Parte Geral Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1968
- VALVERDE, Trajano de Miranda **Sociedades por Ações** 3 ed Rio de Janeiro Forense, 1959
- VAN RYN, Jean, HEENEN, Jacques **Principes de Droit Commercial** 2 ed Bruxelles Ét Bruylant, 1976-1988
- VANHAECKE, Michel **Les Groupes de Sociétés** Paris LGDJ, 1959
- VERNON, Raymond **Les Entreprises Multinationales** Paris Calman Lévy, 1973
- VILLEGAS, Carlos Gilberto **Derecho de las Sociedades Comerciales** 7 ed Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1994
- XAVIER, Alberto **Problemas Jurídicos das Filiais de Sociedades Estrangeiras no Brasil e de Sociedades Brasileiras no Exterior** In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n 39, 1980, p 76-83

**SEMINÁRIOS**

**COELHO, Fábio Ulhoa** Curso de Especialização em Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ano letivo de 1996

**FLORES, Joaquín Herrera** Seminários proferidos no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná Curitiba, 23-25 de abril de 1997

**LEGISLAÇÃO CONSULTADA**

- Code de Commerce Belge,
- Code de Commerce Français,
- Code de Procédures Communautaires (C E ),
- Codice Civile e Leggi Complementari (Italiano),
- Código Civil Brasileiro,
- Código Civil Peruano,
- Código Comercial Brasileiro,
- Código das Sociedades Comerciais (de Portugal),
- Código de Direito Internacional Privado,
- Constituição da República Federativa do Brasil,
- Convenção de Bruxelas (1968),
- Decreto nº 3 708/19 (Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada),
- Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas,
- Instruções Normativas nºs 58/96 e 59/96 do Dep Nac de Reg do Comercio,
- Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro,
- Lei de Sociedades por Ações,
- Lei nº 218/95 (Reforma do Sistema Italiano de Direito Internacional Privado),
- Ley Argentina 19 550 (Sociedades Comerciales),
- Loi Fédérale du 18/12/87 (sobre Direito Internacional Privado da Suíça),
- Projeto de Lei nº 4 905/95,
- Projeto do Código Civil Brasileiro,
- Tratado de Assunção,
- Tratado de Roma,
- Tratado de Maastricht

**ÍNDICE SISTEMÁTICO**

Sumário	VI
Resumo	VII
Summary	VIII
Resumé	IX

**Capítulo I*****Introdução à Matéria***

1 1 Justificativa	10
1 2 Identificação do problema	14
1 3 Localização doutrinária – taxionomia	17
1 4 Noções históricas	20

**Capítulo II*****A Personificação das Sociedades Comerciais***

2 1 A atividade comercial como distinção entre sociedade civil e sociedade comercial	25
Teoria dos Atos de Comércio	29
Teoria da Empresa	31
2 2 O registro no órgão de comércio e o nascimento da pessoa jurídica	34
2 3 Conceito de sociedade comercial	36
Elemento pessoal	38
Elemento patrimonial	38
Elemento finalístico	38
Elemento teleológico	38
Objeto social	39

Tipo Comercial	39
2 4 Conceito de Pessoa Jurídica	45
Teoria da Ficção	48
Outras teorias	49
2 5 Conceito de empresa	52

### *Capítulo III*

#### *A nacionalidade das sociedades comerciais*

3 1 Conceito de nacionalidade	59
3 2 A nacionalidade das pessoas físicas	61
3 3 Teorias que negam a nacionalidade das sociedades	63
Teoria da Ficção	64
Teoria do Controle	67
Teoria da "Staatszugehörigkeit"	69
Teoria de Irigoyen	69
3 4 Teorias que admitem a nacionalidade das sociedades	70
A nacionalidade das sociedades é idêntica a dos indivíduos	71
Teoria da Analogia	72
3 5 Formas de atribuição de nacionalidade às sociedades	73
Critério da incorporação	74
Critério da sede social	76
Critério da autonomia da vontade	78
Critério do local de exploração	79
Critério do controle	80
Critério do investidor nacional	85
Critério do centro de decisão	86
3 6 Consequências da atribuição de nacionalidade	87
Lei aplicável	88
Reconhecimento de sociedade constituída no exterior	89
Habilitação para atuar	90
Distinção sociedades nacionais e estrangeiras	91
Proteção diplomática de sociedades	91
Análise do caso " <i>Barcelona Traction</i> "	92
3 7 Mudança e perda de nacionalidade	94
3 8 A nacionalidade das sociedades conforme sua situação no mundo	

Juridico	99
Sociedades de fato ou irregulares	100
Sociedades em formação	100
Sociedades em conta de participação	101
Sociedades em processo de liquidação	103

### *Capítulo IV*

#### *O Posicionamento da Doutrina Quanto à Nacionalidade*

4 1 A doutrina brasileira	106
Clóvis Beviláqua	106
Haroldo Valladão	108
Oscar Tenório	111
Adaucto Fernandes	112
Pontes de Miranda	114
Carvalho de Mendonça	115
Waldemar Ferreira	116
Trajano de Miranda Valverde	119
Roberto Barcellos de Magalhães	121
José da Silva Pacheco	123
Rubens Requião	126
Fran Martins	128
Fábio Ulhoa Coelho	129
Fábio Konder Comparato	129
Jacob Dolinger	132
Wilson de Souza Campos Batalha	134
Modesto Carvalhosa	135
José Edwaldo Tavares Borba	136
4 2 A doutrina estrangeira	138
Jean Paul Niboyet	138
Henri Batiffol	142
Yvon Loussouarn	144
Antonio S de Bustamante y Sirven	147
Laurent Levy	149
Rodrigo Uría	150

Carlos Malagarriga	151
Mario Rivarola	153
Ricardo R Balestra	155
J Baptista Machado	157

### *Capítulo V*

#### *As Empresas Multinacionais, Binacionais, Plurinacionais, Apátridas e os Grupos de Sociedades*

5 1 Sociedades e grupos multinacionais	158
Algumas tentativas de definição	162
A questão da nacionalidade dessas sociedades	166
5 2 As empresas binacionais brasileiro-argentinas	169
5 3 O caso da Itaipu Binacional	173
5 4 Conflito positivo de nacionalidade – sociedades plurinacionais	181
5 5 Conflito negativo de nacionalidade – sociedades apátridas	184
5 6 Grupos societários	189
Grupos de fato	191
Grupos de direito	191
Consórcio	196
5 7 Consequências para a nacionalidade das sociedades nos casos de reorganização societária	198
Fusão de sociedades	200
Incorporação	202
Cisão (total e parcial)	204
Cisão com incorporação	206
5 8 Filiais ou agências de sociedades estrangeiras no Brasil, Chile e Argentina	208
A personalidade e a nacionalidade das filiais	216
5 9 Paraísos Fiscais	217

### *Capítulo VI*

#### *Comentários sobre o Direito Positivo Brasileiro*

6 1 Constituição da República Federativa do Brasil	222
----------------------------------------------------	-----

6 2	Lei de Introdução ao Código Civil	225
6 3	Projeto de Lei nº 4 905, de 1995	227
6 4	Lei das Sociedades por Ações	230
6 5	Outras manifestações legislativas	232

### *Capítulo VII*

#### *Outros dispositivos legais, Tratados e Convenções que versam sobre nacionalidade*

7 1	Código de Direito Internacional Privado (Bustamante)	237
7 2	Convenções de Haia (1956) e de Bruxelas (1968)	239
7 3	Algumas legislações europeias	241
	Bélgica	241
	Itália	242
	Portugal	244
	Suíça	246
	França	249
	Epílogo – A nacionalidade das sociedades frente às novas tecnologias	251
	Conclusões	254

### *Anexo 1*

#### *A íntegra de algumas disposições normativas tratadas neste estudo*

A1 1	Protocolo nº 5 – Empresas Binacionais	258
A1 2	Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas	260
A1 3	Instrução Normativa nº 58 do DNRC	270
A1 4	Instrução Normativa nº 59 do DNRC	277
A1 5	Tratado de Itaipu Binacional	285
	Bibliografia	308
	Legislação consultada	317