PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº N-63, de 10 de março de 1981. "Aprovo. Em 17.3.81." (PR-516/81)

PARECER Nº N-63

I

A QUESTÃO SOB EXAME

I. *Faixa de fronteira e pessoa jurídica*

1. Eis aqui a controvérsia. A lei exige ao menos 51% do capital em mãos de nacionais, à pessoa jurídica em atividade de mineração na faixa de fronteira (Lei nº 6 634/79, art. 3º). No caso presente, busca-se saber se está na realidade atendido esse requisito legal. É que a pessoa jurídica requerente apresenta 51% do seu capital, pertencendo a brasileiros; no entanto integra um agrupamento de sociedades anônimas, em cujo acionário global, os acionistas brasileiros figuram em minoria.

2. Tal é a consulta que me faz a Presidência da República. Versa a aplicação do direito a essa precisa questão jurídica. Ela envolve a apreciação da identidade legal duma Pessoa Jurídica, regularmente constituída no País mas integrante de coligação empresarial.

II. *A controvérsia*

3. A controvérsia encontra-se estabelecida.

4. De uma parte, ao Conselho de Segurança Nacional pareceu certo que a sociedade mercantil requerente tenha seu Capital sob controle de brasileiros, pois estes detêm 51% dele. Mas teme, o Conselho de Segurança Nacional, pelos efeitos de serem minoritários e inexpressivos os capitais possuídos pelos brasileiros, não no interior da sociedade requerente, mas desde que considerados no conjunto do grande acionário das diversas empresas, indiretamente vinculado, o qual é de estrangeiros.

A questão ora a mim suscitada, levantou-a o Conselho de Segurança Nacional. Ela envolve o exame estritamente jurídico dessa situação, não obstante a autônoma identidade legal da pessoa jurídica requerente e apesar de o capital desta ser propriedade de brasileiros.

5. Mas de outro lado, a pessoa jurídica requerente arrazoa contrariamente ao Parecer do Conselho de Segurança Nacional. Assevera os efeitos da personalidade jurídica de sociedade mercantil regularmente constituída, com patrimônio apartado do de seus sócios, e capital e gerência em mãos de nacionais brasileiros.

Defende a legalidade da sua pretensão. Dispõe-se a atuar em mineração, na faixa de fronteira. — O requisito legal de 51% do capital em mãos de brasileiros — assevera — encontra-se atendido, como de fato o está. Enfrenta a seguir, a questão dos efeitos de figurar como integrante do agrupamento de Sociedades Anônimas, e, no conjunto acionário dele, a maioria das ações votantes encontrar-se em mãos de estrangeiros. Compromete-se desde já, ao aumento do capital, sempre guardada a maioria de brasileiros e sob prévia autorização do Conselho de Segurança, em cada caso.

III. *As razões da requerente*

6. Para maior segurança do que explana, a requerente junta a este Processo o Parecer que solicitou ao Prof. Alfredo Lamy Filho.*

No parecer, o conhecido comercialista trouxe a exame o conceito legal de "controle" de sociedade perante o acionário e o rigoroso tratamento da lei ao acionista controlador. — Faz a análise do objetivo da exigência de 51% do Capital, requisito de lei reclamado à pessoa jurídica em exercício de mineração na faixa de fronteira. A propósito, tece considerações corretas e mesmo realistas, quanto à vazia expressão econômica de 1% a mais, em mãos de brasileiros, exigido por lei às pessoas jurídicas, quando instaladas para mineração na faixa de fronteira.

7. O jurista conclui: "Essas considerações induzem a ficar-nos no entendimento único — a nosso ver — que se compadece com a lei da faixa de fronteiras: 51% do capital é, e deve ser, entendido como defesa do *controle* brasileiro." "Em outras palavras, trata-se de atingir o *centro de poder* da empresa; de forma a assegurar o seu comportamento compatível com a atividade desenvolvida na faixa de fronteira."

8. O parecerista retira procedentes ilações do conceito legal de "controle". Entre elas, a primeira e mais imperativa decorre da sua definição, que o jurista propõe em forma concisa e elegante: "É o direito de dispor dos bens alheios como seu proprietário."

O estudo do jurista Lamy Filho invoca, para seu apoio, as recentes modificações do direito positivo brasileiro. Menciona e cita a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6 604/76, arts. 116 e 117 e parágrafos). A lei vigente, recorda, disciplina a situação de fato do "controle"; e legitimou-a. Regulou com rigor a situação, em vários aspectos. No que interessa ao presente problema, lembra que a lei até mesmo protege, contra a atuação do controlador, o "interesse nacional" e o "objeto social". Tutela-os em face do controlador, se este atua em eventual favorecimento a outra sociedade, brasileira ou estrangeira, ou em prejuízo da Economia Nacional (Lei das Sociedades Anônimas, art. 117, § 1º *a*).

9. Esta é a questão, se posta sob a perspectiva da pessoa jurídica requerente. O capital estrangeiro, minoritário na composição objetiva da sociedade mercantil, está sob controle de brasileiros; e o comportamento, exigido por lei ao "controlador" brasileiro, constrange-o a restrições imperativas.

IV. *A composição global do acionário*

10. A requerente apresentou o seguinte esquema gráfico, quando consultou seu douto Parecerista. O quadro representa o conjunto do acionário do agrupamento de sociedades anônimas, as quais direta e indiretamente se mostram vinculadas a esta pretensão, a de uma delas, a ostensiva, obter minerar em faixa de fronteira:

Mineração Vale do São João Ltda. (a requerente)	51% — Siderúrgica Hime S.A.	51% — S. A. de capital 100% nacional
	49% — Sopemi S. A. com capitais 100% estrangeiros	49% — S. A. de capital 100% estrangeiro

V. *A requerente propõe alterações*

11. Depois de haver juntado, ao processo, o parecer do eminente Prof. Alfredo Lamy Filho sobre aspectos legais quanto ao controlador e sua responsabilidade, a Mineração do Vale São João Ltda., empresa requerente, trouxe substancioso memorial (fls. 117-127) com anexos. A comprometeu-se, caso previamente aprovado, a aumentar o seu capital e a fazer substituições no seu quadro acionário, tudo como ali é exposto.

VI. Alterações propostas

13. "Pretendem agora as empresas associadas em Mineração Vale do São João Ltda." (fls. 121) obter autorização para o início das atividades e, ainda, para alterações no capital e no quadro de quotistas da requerente, "na hipótese em que venham V. Sas. a concordar com a participação indireta de capital estrangeiro no nível de 74.5% dos encargos totais do empreendimento, desde que garantida a maioria do capital da empresa (e seu controle) em mãos de nacionais brasileiros".

14. Nesse sentido, pretendem vir a constituir a Diamantina Participações S.A., com capital de 15 milhões de ações nominativas, sendo 7 650 000 ordinárias e 7 350 000 preferenciais (fls. 126), e de que brasileiros ficarão com 51%, em ações ordinárias (Contac & Cia .e Bozano Simonsen Com. e Ind. Ltda.), e 49% em ações preferenciais com estrangeiros (Sopemi).

15. Como visto a requerente, Mineração Vale do São João Ltda. manterá sua natureza de sociedade por quotas. Não se vai transformar em anônima. E o capital dela ficará entre dois quotistas: Diamantina, com Cr$ 15 300 000,00 (51%); e Sopemi, com Cr$ 14 700 000,00 (49%), sendo sociedades anônimas, estas quotistas.

VII. A hipótese, definida pela requerente

16. A hipótese, que ora me é oferecida a exame, versa questão que se encontra limpidamente definida pelos idôneos interessados, a fls. 121:

"Esse Conselho já cientificou a signatária que a autorização para o início de suas atividades pende ainda de dúvidas de interpretação do disposto pelo item I, do art. 3º, da Lei nº 6 634, de 2.5.79, que determina que pelo menos 51% de seu capital devem pertencer a brasileiros.

Interpretado literalmente, tal dispositivo estaria plenamente cumprido pela presente composição societária de Mineração Vale do São João Ltda.; se entretanto admitirmos uma interpretação mais extensiva, teremos que admitir que a participação indireta de empresas estrangeiras em seu capital é superior ao do teto de 49%."

Mas, adverte a requerente, que os sócios estrangeiros admitiram abdicar do "poder de controle" (fls. 122).

VIII. A controvérsia

17. A questão portanto, quando juridicamente considerada, limita-se a acatar uma, de duas posições.

A primeira está em saber, no caso, se cabe ou não aplicação direta da norma legal, que é exigente de 51% do capital em mãos de brasileiros. Nesta hipótese, será de deferir-se à requerente a atividade de minerar na faixa de fronteira. E apresenta o seu capital conforme a lei.

Mas a segunda está em saber se tem cabimento qualquer outra consideração em contrário à composição do capital da pretendente, por efeito da formação global do seu acionário. Este apresenta-se direta e indiretamente interessado nesta atividade de mineração na área de faixa de fronteira. Foi para tal fim que esse acionário veio a constituir a sociedade mercantil requerente. Esta é o ostensivo agente do interesse de todos os acionistas das outras empresas, de algum modo associadas em Mineração Vale do São João Ltda., a requerente.

18. Registro a acuidade e aplicação presentes na análise, que fez do processo, o Sr. Tte. Cel. Ari Liotto, responsável pela Subchefia da área de questões fundiárias, mineração e correlatas, no Conselho de Segurança Nacional; bem como anoto a correta colocação jurídica no parecer firmado pela Dra. Thereza Helena Miranda Lima, assessora jurídica daquele Conselho de Segurança.

II

PARECER

19. Passo a opinar.

I. Pessoa jurídica e sociedade mercantil

1. O direito positivo brasileiro reconhece a personalidade jurídica das Sociedades Comerciais (Código Civil, art. 16), caso da requerente. Esta é pessoa jurídica, regularmente constituída em sociedade mercantil por quotas de responsabilidade limitada (Decreto nº 3 708/79, 1 a 3).

Da concepção constante da lei civil, que atribui às sociedades mercantis a natureza de pessoa jurídica, decorrem certos efeitos de direito. Um deles está em a pessoa jurídica distinguir-se da de seus sócios. Um outro consiste em que, estando por lei personalizado o patrimônio da pessoa jurídica, este por isso destaca-se do patrimônio dos sócios. — Nem pessoas nem patrimônios comunicam-se, para efeito de direito perante terceiros.

2. Não havia lei no Brasil que reconhecesse a pessoa jurídica, antes do advento do Código Civil — não obstante o ter feito, no *Esboço*, o genial Teixeira de Freitas.

Nem por toda parte, na atualidade, acha-se consagrada a idéia da personalização das sociedades mercantis. — Na Itália e na Alemanha, por exemplo, a personalização é reconhecida apenas às sociedades de capitais; mas não o é, às de pessoas.

3. Entretanto, no caso desta sociedade mercantil que no processo requer autorização do Governo, para atividade de mineração na faixa de fronteira, encontram-se elementos objetivos e sólidos que levam a se desconsiderar, nela, a personalização jurídica, desde que se verifica no caso constituir em um todo a vontade manifesta do seu conjunto acionário.

Em conseqüência, a conclusão será reconhecer que tem objeto ilícito o ato associativo desse conjunto acionário global, ao instituir uma sociedade mercantil, ostensivamente posta nas exigências de lei, mas, na realidade, submetida ao agrupamento desses acionistas, os quais não as atendem. E mais — a conclusão será a de ver a nulidade, por ilegal, do ato administrativo, em que fosse autorizada a atividade de mineração na faixa de fronteira, em tais condições societárias.

II. "Desconsideração de personalidade jurídica"

4. O efeito jurídico da personalização do patrimônio, ainda que em regra tenha eficácia, pode, por exceção, deixar de se produzir em caso concreto.

5. O problema da "desconsideração da personalidade jurídica", no que interessa ao caso sob exame, surgiu do advento e expansão dos grupos econômicos. Eles apresentam subordinação de empresas, umas pelas outras, com conseqüências conhecidas na gestão das unidades participantes. Em regra, elas perdem autonomia administrativa, no interior do grupo acionário.

Nos grupos econômicos, as pessoas jurídicas, ainda que com diretorias legalmente

apartadas, desfalecem sua autonomia de vontade. Só em aparência a gestão autônoma da pessoa jurídica é mantida. Na realidade, porém, é ela submetida aos acionistas dominantes do grupo, sabidamente.

A "despersonalização da sociedade mercantil" é efeito da aplicação do direito, a certos casos. Visa a desvendar os sócios na pessoa jurídica e a considerá-los como dominantes da sociedade, uma entidade ostensiva por eles constituída. A formação da vontade dos sócios equivale à vontade manifesta da pessoa jurídica, dominada pelo grupo econômico. E se a vontade ou o objetivo dos sócios é ilícito, esta ilicitude contamina a atividade da sociedade, conseqüente a esta vontade ilícita. Mediante a "desconsideração da personalidade" é que se torna possível obstar a eficácia do ilícito, o do nulo ou o do anulável; e esta construção tem apoio no sistema legal vigente.

6. A "desconsideração da pessoa jurídica" deve ser no entanto entendida como aplicação casuísta do direito; mas só viável, se com base na lei ou em princípios gerais do direito. Embora reconhecida a personalidade constituída, no entanto e caso a caso, é autorizado desatender-se à personalização, mas sem que a interpretação do caso importe na extinção da identidade legal da pessoa jurídica, então desconsiderada. É o que deparo em texto dos doutores e na jurisprudência nacional e estrangeira.

7. É principalmente devido aos agrupamentos de sociedades mercantis que há decênios se revigorou em direito comercial, nas jurisprudências inglesas e norte-americana, a teoria do *disregard of legal entity*. Mas nem só quanto à reunião de Sociedades, acha-se aplicável esta concepção.

Verificada, ela não chega a desconstituir a personalização. Apenas não lhe reconhece eficácia jurídica; e isso, caso por caso. Não se aplica apenas a grupos econômicos. Também pode incidir sobre dada sociedade mercantil e seus sócios. Os fundamentos da teoria do *disregard of legal entity* alimentam-se na lei ou nos grandes "princípios gerais" do direito.

III. Critério para desconsideração da personalidade

8. É difícil, mas não impossível, estabelecer qual seja o apoio jurídico geral, que se dê, ao ato de afastar a personalização legal. Ela, porém, sempre resulta de caso concreto, quando se desconsidera a personalização para recusa da eficácia de certo ato da pessoa jurídica.

9. A mais antiga decisão judicial, que afastou os efeitos da personalidade jurídica, encontra-se no caso "Salomon Vs. Salomon & Co.", decidido em Londres. (Piero Verrucolli, *Il superamento della personalitá giuridica delle societa di capitale, nella Common Law e nella Civil Law;* Milano, p. 189 e segs.).

Deu-se o caso de, em 1897, ser apreciada pela justiça inglesa a situação de Salomon & Co., que se tornara insolvente, assim que constituída. Fundada por Aaron Salomon, este subscrevera 20 mil ações dela, pagando-as com seu fundo de comércio, mas tocando uma ação, a cada qual de seus poucos familiares.

Salomon & Co. logo veio a quebrar. O liquidante da massa entendeu então de arrecadar os bens pessoais de Aaron para atender aos credores da Companhia. Salomon porém ingressou em juízo; argüiu a existência da pessoa jurídica Salomon & Co. E defendeu o seu patrimônio pessoal, como sócio, pois a ele não se transmitia a responsabilidade social. A decisão, porém, reconheceu identidade, entre Aaron e sua sociedade mercantil; e confundiu ambos os patrimônios. Tal sentença foi facilitada, diga-se, pelas peculiaridades do sistema jurídico inglês, não escrito e com fundamento em eqüidade. Esse é o *leading case* da "desconsideração da personalidade".

10. Sobre desconsideração da Pessoa Jurídica é com freqüência, a fim de melhor assentar um critério geral do *disregard of legal entity*, que decisões judiciais americanas se reportam ao *dictum* do Juiz Sainborn. Foi no caso "United States Vs. Milwakee Refrigerator Transit Co.", questão decidida

no princípio do século. O *dictum* do Juiz parece a muitos, o fundamento jurídico da "desconsideração das Pessoas Jurídicas", quando assentou:

"If a general rule can be laid down, in the present state of authority, it is that a corporation will be looked upon as a legal entity, as a general rule, and until sufficient reason to the contrary appears; but when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud or defend crime, the law will regard the corporation as an association of persons" (apud Piero Verrucoli, op. loc. cit.).

11. Diversos outros casos são historiados por Piero Verrucoli, na sua conhecida monografia. No Brasil, sob o estrito regime jurídico da lei escrita, examinam a aplicação da doutrina da "desconsideração da pessoa jurídica", entre outros, juristas como Fábio Konder Comparato, Rubens Requião, Wilson de Souza Batalha.

IV. Aplicação, ao caso

12. Sou de parecer ante as circunstâncias, que se recomenda por inelutável ordenamento legal (Lei nº 6 634/79, art. 3º, nº I) a "desconsideração da personalidade jurídica" da sociedade requerente. É de reconhecer-se ineficaz só para o caso, a constituição da sociedade mercantil. Foi fundada para fins que são ilícitos a seus sócios, componentes e dominantes. Também o serão para a sociedade, que eles criaram e comandam para tal fim que é a eles ilícito (Código Civil, art. 82).

V. Desconsideração da pessoa, e lei

13. Para entender-se despersonalizada uma sociedade mercantil, no Brasil legalmente constituída, o sistema legal deste País, por pertencer ao ramo latino do direito escrito, exige fundamento da lei. Nele, desconhecem-se princípios de *commom law*, fundados em *equity, trustee* e outros *standards* e *tests* inaplicáveis. Aqui há de se invocar a lei. Ora, a lei nega de pronto eficácia, ao ato jurídico que tenha objeto ilícito (Código Civil, art. 82). Constitui ato ilícito o de sociedades que, sendo incompatíveis com certa atividade econômica, para exercê-la no entanto criam certa Pessoa Jurídica. Esta será o seu *alter ego*. Aquelas então para cumprirem atividade ilícita, se apresentam para explorá-la indiretamente por intermediação da pessoa jurídica para tal criada por elas.

14. Torna-se manifesto o fim ilícito que é buscado pela participação majoritária indireta, sob o véu de outra sociedade mercantil. A requerente é apenas formalmente controlada por brasileiros. Mas não o é na verdade, quando se a considera no conjunto do grupo econômico, que a constituiu para esse objeto.

É de ser desconsiderada a personalização da Sociedade ostensiva, para desvendar-se o fim ilícito dos sócios que com ela se confundem, dado o controle acionário indireto.

15. Nesse passo, é de recordar-se Fábio Konder Comparato, quando assinala:

"Um dado porém é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes" (In *O poder de controle nas sociedades anônimas*, Rev. dos Trib., 1976, p. 295).

16. Sem aderir à generalização e nem ao caráter meramente de fato dessa observação de Comparato, no entanto entendo-a realista. Mas estou em que, no sistema jurídico nacional, que é de direito escrito, há fundamento nas leis para a aplicação da doutrina de "despersonalização da pessoa jurídica" aos casos que a justifiquem.

VI Algumas hipóteses legais de personalidade desconsiderada

17. Nas leis brasileiras, há exemplos velhos e novos de "desconsideração da personalidade" de sociedades mercantis. Entretanto, os autores só recentemente disso se têm ocupado, dada a atual expansão dos grupos econômicos no País.

18. O mais antigo exemplo de "desconsideração da pessoa", no Brasil estabelecido

por lei, estará talvez no art. 10, da lei que rege as sociedades mercantis por quotas. Ele dispõe que sócios gerentes "não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da Sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilicitamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do Contrato ou da lei". No caso, a lei estabelece a comunicação dos patrimônios, malgrado a pessoa jurídica da sociedade; e a pessoa da sociedade é penetrada pelos sócios gerentes.

19. Também na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º, § 2º), desconsidera-se a "personalização jurídica". É quando a empresa ou várias delas se encontram sob controle ou administração de outra. O Grupo é então considerado como em solidariedade direta, para os efeitos da relação de emprego com alguma das empresas. — A jurisprudência construiu os requisitos deste caso de despersonalização de Sociedades Comerciais, pela investigação do quadro acionário. A Justiça tem sentenciado a co-responsabilidade com desatenção da personalidade das terceiras Pessoas Jurídicas, no entanto legalmente apartadas.

A jurisprudência trabalhista criou o "empregador único", apanhado no agrupamento de empresas (Trib. Sup. do Trab.; Rec. Rev. 2 652/75; Ac. 1ª T. 2 110/76, *DJU*, 16.2.77).

A expressão "empregador único", do batismo trabalhista aos casos de grupo empresarial, é reveladora de se estar cuidando da "despersonalização" das sociedades mercantis agrupadas, ainda que só uma se vincule ao empregado, a todas porém sendo distribuída a responsabilidade.

20. Vê-se ainda, na lei que dispõe sobre instituições financeiras (Lei nº 4 595/64), que ela lhes proíbe empréstimos à pessoa jurídica que seja participante do seu Capital com mais de 10%, e àquelas, de cujo capital participem, com mais de 10% (art. 34). A lei desconsidera, nesse caso, a personalização apartada dos patrimônios em jogo, bem como a incomunicabilidade das responsabilidades.

21. Constitui um outro conhecido caso de "desconsideração da personalidade" de sociedade mercantil (e, nesse caso, a favor dela) a *Súmula* 486 do Supremo Tribunal Federal: "Admite-se a retomada para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante do capital."

Ao adotar o princípio da *Súmula* 486, o STF deu interpretação extensiva ao art. 8º do Decreto nº 24 150/34, que é omisso sobre a hipótese; e atendeu ao objeto lícito do proprietário. — Esta *Súmula,* ao elastecer o conceito de "uso próprio" do locador, arredou a separação entre o patrimônio da sociedade e o do sócio; e confundiu-os, mediante a "desconsideração da personalidade jurídica" da empresa.

22. Nas falências e em certos casos, a lei estabelece a confusão do patrimônio da sociedade falida, com o dos diretores, para fins de assentar a responsabilidade destes (Lei de Falências, art. 50; Lei das Sociedades Anônimas, art. 158, I e II, e Lei das sociedades por quotas, art. 10). Desconsidera os efeitos da personalização estanque. Esta no entanto constituíra separação subjetiva, entre Sociedade e Sócios, e estabelecera a separação dos patrimônios respectivos.

IV. Fundamento jurídico da despersonalização

23. A aplicação do direito, em nosso país, com recusa dos efeitos jurídicos da personalidade jurídica, deve ter apoio em lei. É que o nosso sistema jurídico provém do grande ramo latino do direito; e este se manifesta por lei escrita.

Leis, porém, nem são o direito nem esgotam o direito; antes apenas manifestam o direito. — São portanto passíveis de receber interpretação construtiva para a dedução da norma.

24. Quanto à "desconsideração da personalidade jurídica", como visto, há casos especificamente estabelecidos na lei. Há outros, porém. E estes aparecem autorizados pelas regras gerais da eficácia dos atos jurídicos. Entre estas, ressalta, a do fim lícito

(Código Civil, art. 82), bem como, a do regime legal de nulidade (art. 145) e o de anulabilidade (art. 86-102). Estas normas da lei permitem a negação da eficácia do ato, apenas dele; mas sem atingir a existência mesma da pessoa de quem no entanto emana. Permite, sem desconstituir a pessoa jurídica, p. ex. identificar o fim ilícito de seus sócios, quando a vontade do sócio substituir a da sociedade, para decisão do ilícito.

V. A sociedade requerente e seu grupo econômico

25. Em face do disposto na Lei nº 6 634/79, art. 3º item I, que exige 51% do capital em mãos de brasileiros para mineração em área de faixa de fronteira, a pretensão da Mineração Vale do São João Ltda. apresenta-se tal como ela própria a descreve, a fls. 121 do processo sob exame:

"Interpretado literalmente, tal dispositivo estaria plenamente cumprido pela presente composição societária; — se entretanto admitirmos uma interpretação mais extensiva, teremos que admitir que a participação indireta da empresa estrangeira, em seu capital, é superior ao teto de 49%."

26. Com limpidez, a pretendente descreve a composição do seu acionário e a aspiração dele (fls. 126). E propõe uma alteração no seu capital e no quadro social, na expectativa de que o Governo venha a "concordar com a participação indireta de capital estrangeiro, no nível de 74,5% dos encargos totais do empreendimento, desde que garantida a maioria do capital da empresa (e seu controle) em mãos de nacionais brasileiros".

Neste passo e com realismo a requerente arreda, ela própria, sua personificação, estanque por lei. Reconhece a penetração nela, dos acionistas das diversas pessoas jurídicas, reunidas em grupo econômico. Elas se associam para o empreendimento da mineração em faixa de fronteira, e, na realidade, com 74,5% do capital, em mãos de acionistas estrangeiros.

27. Ante esse quadro da dominante participação estrangeira no acionário e ainda que indiretamente, a postulante trouxe o parecer do Prof. Alfredo Lamy Filho. Este desenvolve considerações sobre a função de "controle" de sociedades anônimas, na lei vigente.

Entretanto a esse respeito do acionista controlador nas sociedades anônimas, deve ser observado que, no caso, se trata de sociedade por quotas de responsabilidade limitada; mas não, de sociedade anônima. — A aplicação à requerente das regras sobre deveres de acionista controlador, constantes da Lei das Sociedades Anônimas, art. 116 e 117, parece-me pelo menos duvidosa, não obstante o art. 18 da Lei nº 3 708/19.

28. Ao aplicador do direito ao caso, sobreleva observar o fim que presidiu a formação de vontade do grupo, ao associar-se.

29. Este objeto é ilícito (Código Civil, art. 82). E o é porque procura estabelecer, por via oblíqua, uma participação de 74,5% de capital de pessoas estrangeiras, na atividade de mineração em faixa de fronteira.

Ora, a lei preserva essa área lindeira para atividade privativa de brasileiros, seja por pessoas físicas, ou por pessoas jurídicas com capital predominante e direção em mãos de nacionais.

Há manifesta ilicitude no objeto do ato associativo das pessoas jurídicas, quando constituem sociedade mercantil, que é deixada sob maioria de brasileiros, mas que indiretamente está submetida a conjunto acionário dominantemente estrangeiro tudo para o fim de minerar em faixa de fronteira.

30. Para esse fim, não produz eficácia o ato associativo com que se constituiu a Mineração Vale do São João Ltda. É de ser desconsiderada essa pessoa jurídica, e apreciada no caso a presença dos sócios, sua nacionalidade e respectivos capitais — ainda que permaneça constituída a pessoa jurídica; desconsiderada apenas para explorar mineração em faixa de fronteira.

VI. A despersonalização na Jurisprudência brasileira

31. Ao julgar a Apelação Civil nº 90 170, a 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pelo voto vencedor do

Desembargador Olavo Tostes Filho, decidiu a "desconsideração da personalidade" de certa sociedade mercantil. Verificou o fim ilícito que levara os sócios a constituí-la. O aresto arreda a pessoa da sociedade, ao decidir apoiado no objeto do ato associativo, buscado pelos sócios.

A Corte, no acórdão, cita trecho escrito por Túlio Ascarelli, quando esse notável comercialista declara:

"A constituição da sociedade e a teoria da pessoa jurídica não devem constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas. A jurisprudência francesa fala, justamente, em 'abus de la notion de personalité sociale' e justamente visa a combater esse abuso, quer no domínio do direito internacional privado, quer no direito interno; por seu turno, na jurisprudência americana (...) afirma-se: 'Nós temos, desde algum tempo, nos recusado ser sempre e de modo completo envolvidos por uma lógica, derivada da existência de uma sociedade, onde ela sirva somente para distorcer ou esconder a verdade'." (T. Ascarelli, *Problemas das sociedades anônimas,* Saraiva, p. 140.)

32. No acórdão, o Tribunal de Justiça admitiu verificar como intenção ilícita a dos sócios, ao constituírem a sociedade mercantil. Para fazê-lo desconsiderou a pessoa jurídica e seu efeito de constituir um patrimônio separado.

33. Também o Tribunal de Justiça de São Paulo, no Mandado de Segurança nº 247 914, em 19.3.76 acolheu a "desconsideração da personalidade" de sociedade mercantil. Fê-lo, por ver a predominância irresistível do controle financeiro. Seu fundamento está no *dictum* constante do julgado:

"Quando por sua posição acionária, um diretor teve controle da sociedade a ponto de tornar-se ela, mera expressão de sua pessoa física; quando (...) sob o véu da personalidade jurídica abriga-se a pessoa física (...), não há como ressuscitar ultrapassada inteligência que atribuía prestígio de tabu à indevassabilidade da escrita comercial."

34. Nos exemplos vê-se que a natureza de pessoa jurídica é atribuída, por lei, às sociedades mercantis (Código Civil, art. 16, II); mas pode ceder lugar, em certos casos de aplicação do direito.

Já não se trata mais, no Brasil, de mera meditação de teóricos. Deparam-se decisões judiciárias, como visto. Nas decisões aqui reportadas, a leitura completa dos arestos mostra o juiz investigando a intenção real dos sócios, oculta na vontade da sociedade mercantil, por alguns dominada. E nega eficácia ao ato societário, se sócios buscaram objeto ilícito, fundando ou manipulando uma sociedade mercantil. Por outro lado, há apoio legal para entender assim.

VII. Sobre ações preferenciais, na proposta

35. O grupo de empresas, que se associam na pessoa jurídica requerente, pretende constituir mais uma sociedade anônima. — Nos termos propostos no processo, o grupo de empresas reservará para esta nova sociedade anônima, a maioria das quotas da sociedade ora requerente.

Do capital desta outra sociedade anônima, 51% em ações nominativas ordinárias serão subscritos por brasileiros; enquanto que 49%, em ações nominativas preferenciais, ficarão em mãos estrangeiras.

36. É certo que esta proposta não esclarece se os estatutos negarão direito de voto às ações preferenciais, ou se o hão de limitar a certas questões (Lei das Sociedades Anônimas, art. 15, § 2º). — Nem o grupo de empresas proponente informa se irá dar vantagens políticas, ou não, às preferenciais (Lei das Sociedades Anônimas, art. 18), tal como por exemplo, garantir-lhes eleição de dirigentes à parte. — Ficou também sem solução prevista pela proposta, se os estatutos irão assegurar às ações preferenciais, o direito de elas serem convertidas em ações nominativas ordinárias, com voto pleno, portanto.

37. Tais esclarecimentos, contudo, quaisquer que fossem eles, não iriam alterar as conclusões deste parecer. — As questões vão aqui tratadas, no entanto, por homenagem ao exame integral do processo examinado.

38. O presente parecer assenta outra perspectiva jurídica, diversa na análise da mera composição interna da Sociedade requerente.

Faz mais. Decide a desconsideração da pessoa jurídica requerente, fundado nas razões de direito que autorizam desrespeitá-la, quando desvenda a ilicitude do objeto dele.

39. Trata-se, neste processo, de um claro caso de aplicar-se — mas com base em lei — a doutrina jurídica do *desregard of legal entity* (dos ingleses); — ou a do *piercing the veil,* ou a do *lifting of the corporate entity* (dos norte-americanos); — ou a do *superamento della personalità giuridica* (dos italianos); ou a *Durchgriff* (dos alemães), a penetração da personalidade jurídica.

Tal colheita de expressões, correntes nos textos de juristas estrangeiros, demonstra a difusão internacional dessa teoria que o parecer adota. No estado atual do direito, esta concepção jurídica irradiou-se do direito civil para o comercial e o tributário.

40. É solução jurídica, assim contraposta aos modernos grupos econômicos. Serve à preservação de certos fins do direito, que, não fora ela, seriam fraudados. Até mesmo esta doutrina figura, às vezes, posta expressamente em lei, no Brasil como no estrangeiro e com esse desígnio.

41. No direito tributário, vale citar o relevante exemplo do Internal Revenue Code, de 1962, dos EUA, lei tributária que "desvenda o véu" da personalidade jurídica de sociedades, constituídas com objetivo de absorverem a incidência tributária e, assim, desviá-la de pessoas físicas, suas controladoras.

Este estatuto legal norte-americano dá tratamento distinto a duas espécies de sociedades — as Foreigne Holding Companies e as Controlled Foreign Corporations. — Nos casos que a lei especifica, rendas obtidas no exterior, pelas subsidiárias de sociedades, são fato gerador de imposto à pessoa do acionista, ainda que sem percepção dos dividendos.

42. No presente processo, o aplicador do direito considerou a norma a ser aplicada, a qual contém a *vontade abstrata da lei:* art. 3º, Lei nº 6 634/79. Em seguida, considerou os fatos apresentados.

Ao fazer a incidência da norma sobre esses fatos, como resultado desta atividade surgirá a *vontade concreta* da lei (Chiovenda, *Instituzioni,* v. I, p. 40), o efeito jurídico visado pela norma.

A norma legal em causa contém o manifesto propósito de preservação das fronteiras nacionais. Entretanto, os fatos do processo contêm pretensão que contraria estes fins manifestados pela vontade abstrata da lei (art. 3º, Lei nº 6 684/79).

O parecer, por isso, é conduzido a concluir pelo indeferimento.

VIII. Conclusões

Sou, pois, de parecer que:

— a Mineração Vale do São João Ltda é pessoa jurídica regularmente constituída; mas integra conhecidamente um grupo econômico no qual prevalecem grandemente capitais em mãos de estrangeiros; e são estes na realidade que buscam, através dela, obter autorização para a atividade de mineração na área em faixa de fronteira, requerida neste processo;

— o objeto ilícito, que anima esse acionário, contamina de ineficácia a atividade da requerente ao requerer; e contaminaria igualmente o ato de gestão empresarial dela, de aplicar-se à atividade de mineração, para a qual o acionário, que a domina, é legalmente incompatível;

— as ponderações sobre deveres de acionista controlador, trazidas ao processo, não se aplicam indubitavelmente ao caso da requerente, que não é sociedade anônima;

— a outorga da autorização à Mineração Vale do São João Ltda., pelo Conselho de Segurança Nacional, para atuar em mineração em área situada na faixa de fronteira, quando ocorresse, seria ato administrativo nulo, porque ilegal, enquanto a requerente mantiver um capital social na situação presente ou como consta da alteração dele, nos termos propostos.

É o parecer.

Brasília, 10 de março de 1981. — *Clóvis Ramalhete,* Consultor-Geral da República.