

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — SUBSIDIÁRIA NO EXTERIOR —
AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

Consulta — Uma sociedade criada em 1972 é subsidiária de uma sociedade brasileira de economia mista, detendo esta mais de 99% do capital da subsidiária, e o restante do capital pertence a diversas pessoas físicas brasileiras.

Em 1977, de modo a beneficiar-se das vantagens fiscais e operacionais daí decorrentes, a Consulente, que, como dito é subsidiária de uma sociedade de economia mista, criou uma subsidiária nas Ilhas Cayman, com 99,9% de seu capital detido pela empresa-mãe, sendo que cinco de seus diretores possui uma ação cada um.

Considerando o advento da Constituição de 1988 e em especial os termos de seu artigo 37, incisos XIX e XX, deseja-se saber se à subsidiária da Consulente é lícito criar suas próprias subsidiárias, como empresas estrangeiras, apesar de dotadas de capital nacional, e se lhe é permitido participar em outras companhias situadas fora do Brasil, independentemente da autorização legislativa referida no texto constitucional.

PARECER

A elucidação da questão requer exame à luz do direito internacional público, do direito internacional privado e do direito administrativo, recorrendo-se ao primeiro para apreciar a exterritorialidade das leis, ao segundo para a caracterização da *lex societatis*, e ao terceiro para compreender os limites das regras contidas na nova Constituição brasileira em matéria de subsidiárias das sociedades de economia mista.

I — A Excepcional Exterritorialidade das Leis

Dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 1º parágrafo 1º que:

“Nos Estados estrangeiros, a obrigatorieda-

de da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.”

Note-se que a aplicação da lei brasileira no exterior não depende de nosso legislador, que, não exercendo qualquer soberania além do território pátrio, não teria como impor suas leis no exterior; daí os termos “quando admitida”, i.e., quando a lei brasileira for admitida no exterior, pelo legislador estrangeiro, com fundamento em alguma regra de seu direito internacional privado, estatal ou convencional.

A Introdução ao Código Civil de 1916 assim dispunha: “A lei obriga em todo o território brasileiro, nas suas águas territoriais e, ainda, no estrangeiro, até onde lhe reconhecerem exterritorialidade, os princípios e convenções internacionais.”

De um e de outro texto exsurge que a própria lei brasileira não tem força para determinar sua aplicação em território estrangeiro; isto dependerá de determinação soberana de outro legislador ou da vontade coordenada de várias soberanias manifestada em um diploma legal internacional (tratado, convenção ou outro ato internacional).

Esclarece, todavia, Serpa Lopes, que, além da admissão da lei brasileira no estrangeiro pelo poder local, concebe-se a aplicação de nossa lei pelos consulados, legações, em relação aos brasileiros que estejam subordinados aos efeitos da lei nacional.

“... a disposição (artigo 1, § 1º da Lei de Introdução) se estende a ambos os casos, isto é, tanto à eficácia da lei brasileira pelos princípios de direito internacional privado, quando o estado estrangeiro o admita, como à eficácia para os consulados, legações e mesmo para os nacionais, em casos especiais em que a isso estejam obrigados, como determinações legais relativas ao serviço militar etc.” (“Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil” volume I, 1943, p. 44, RJ, Freitas Bastos).

Comentando este dispositivo da lei introdutória, diz Oscar Tenório:

“A regra decorre da própria existência do direito internacional privado. Os Estados aplicam, em virtude de preceitos de sua legislação, o direito estrangeiro. Não há disposição de direito das gentes no sentido de que os países integrantes da comunidade internacional estejam obrigados a aplicar leis alienígenas. Todavia, por mandamentos internos, talvez apoiados no interesse comum, os Estados incluem nos respectivos sistemas legais a aplicação e o reconhecimento das regras de conflitos de leis.”

E mais adiante:

“O dispositivo não alude a efeitos da lei brasileira por atos praticados no exterior. E não poderia aludir, porque seria declarar obrigatória em país estrangeiro, sem disposição de direito alienígena, regra brasileira, numa invasão da soberania estrangeira.” (“Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro”, 2ª edição, Borsoi, 1955, p. 42/3).

Oscar Tenório voltou a tratar do tema em parecer que proferiu sobre a pretensão do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro de exigir contas de uma Fundação de nacionalidade portuguesa (Revista Forense, volume 254, p. 223 e ss.), em que assim escreveu o saudoso mestre (página 227):

“A pretensão do zelo do Ministério Público excede os limites normais da territorialidade numa insólita invasão das áreas de outros países. Nenhuma norma do Código Civil tem aplicação direta, exceto quando o direito estrangeiro mandar dar aplicação através de uma regra de direito internacional privado, ou quando, por via indireta, a lei brasileira é obrigatória nos estados estrangeiros.”

Eduardo Espinola e E.E. Filho assim escreveram:

“Compreende-se, perfeitamente, que tendo cada Estado soberano o poder de decretar as suas leis próprias, a esfera espacial em que elas tem, em toda a sua plenitude, o seu império, munidas de completa obrigatoriedade, é o território pertencente ao Estado de que emanam” (“Lei de Introdução ao Código Civil Comentado”, vol. I, RJ, Freitas Bastos, 1943, p. 22).

Mais adiante um trecho que bem elucida a

distinção entre a “Competência legislativa” da aplicação da lei nacional no exterior:

“Temos destarte, duas leis em conflito: a do Estado a que pertence a pessoa, pelos laços da nacionalidade ou do domicílio, atendendo ao elemento pessoal; e a do Estado em que ela se encontre, tendo em vista o elemento material. Ora, para que um Estado possa conseguir que as suas leis se apliquem aos seus súditos em território estrangeiro, é mister que, em casos idênticos, permita sejam, no seu território, os estrangeiros regidos pelas suas respectivas leis pessoais”. (op. cit. p. 38).

Uma coisa é legislar para o território estrangeiro, outra é ter sua lei aplicada no estrangeiro, por admissão do outro soberano. O direito internacional público não admite e primeira, o direito internacional privado regula a segunda.

Nos Estados Unidos a questão da extraterritorialidade das leis tornou-se uma *cause célèbre* em vista da pretensão das autoridades americanas de fazer respeitar sua legislação antitrust pelas companhias americanas e suas subsidiárias no exterior. É o que denominam de “jurisdiction to prescribe”. (Ver Restatement of the Law (Third) — The Foreign Relations Law of the United States, seções 402 e 403).

Justice Holmes no famoso caso da American Banana Company v. United Fruit Company, julgada pela Suprema Corte no início deste século, lançou o princípio até hoje repetido pelos internacionalistas, de que:

“But the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done ... For another jurisdiction, if it should happen to lay hold of the actor, to treat him according to its own notions rather than those of the place where he did the acts, not only would be unjust, but would be an interference with the authority of another sovereign, contrary to the comity of nations, which the other State concerned might justly resent.” (213 US at 355-356 apud Andreas E. Lowenfeld em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, publicado no Recueil des Cours, volume 163, pp. 315 a 443).

O Restatement of the Law — Foreign Re-

lations Law of the United States, a oficiosa consolidação de direito internacional público elaborada pelo “American Law Institute”, distingue entre a filial e a subsidiária localizadas no exterior. Enquanto que para as filiais, desde que respeitadas certas condições, o Estado pode exercer “jurisdiction to prescribe” (competência legislativa) para finalidades limitadas com relação às suas atividades no exterior, já no que se refere à subsidiárias, o Estado não pode normalmente regular suas atividades com o fundamento de que se trata de empresas pertencentes ou controladas por nacionais do Estado autor das normas. Mesmo assim, o *Restatement* dispõe sobre algumas exceções à regra, como as já referidas seções 402 e 403.

Ainda prevalece nos Estados Unidos uma tendência pela exterritorialidade de suas leis, sempre que se lhe pareça assim convir aos “interesses nacionais”, o que tem causado interessantes escaramuças legislativas com a França e a Inglaterra.

São múltiplos os sistemas de classificação das normas jurídicas adotados por nossos autores. Destaca-se a classificação elaborada por Serpa Lopes em seu já citado comentário à Lei de Introdução.

Diz ele que segundo seu conteúdo as normas jurídicas se distinguem em três espécies: as preceptivas, proibitivas e permissivas. As que ordenam chamam-se preceptivas; as que proíbem denominam-se proibitivas e as que permitem são as permissivas.

E as leis preceptivas se dividem por sua vez em três espécies: umas impõem de uma maneira absoluta e sob penas por elas determinadas; outras, regulam o estado das pessoas e as terceiras prescrevem certas regras a serem observadas por aqueles que pretendem fazer tal ou tal coisa. Neste caso, conclui Serpa Lopes, as leis preceptivas se limitam a impor condições mediante as quais um ato poderá ser praticado. (Serpa Lopes, op. cit., p. 21).

Parece-nos que quando a Constituição dispõe que “depende de autorização legislativa ... a criação de subsidiárias das entidades mencionadas” estamos diante de norma preceptiva da terceira categoria segundo a classificação de Serpa Lopes.

Não temos como admitir que uma norma (autorização legislativa), que não insere qualquer proibição, nem sanção, mas apenas estabelece uma condição de eficácia para o ato jurídico (criação da subsidiária) possa ser considerada como aplicável no estrangeiro.

Nem a autoridade estrangeira admitiria a autoridade do Legislativo brasileiro para fixar requisitos à criação de uma pessoa jurídica em seu território, nem nosso legislador constituinte, em sã consciência, terá tido a intenção de estender a autoridade do nosso Poder Legislativo ao exterior.

Na França, desenvolvido por J.P. Niboyet (“*Traité de Droit International Privé Français*” tomo VI, Paris, Sirey, 1949, p. 1 e ss.) e mantido por Henri Batiffol, (“*Droit International Privé*”, 7ª edição, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 296), admite-se, além do conflito das leis e das jurisdições, o conflito das autoridades — oficiais de registro civil, tabeliães etc. Mas jamais se cogitou de que algum país, alguma legislação ordinária ou constitucional, tivesse pretendido impor a autoridade de seu Congresso em território de outra soberania: seria a mais violenta intrusão de que se tem notícia no Direito Internacional em tempos de paz. Os Estados Unidos constituem a única exceção que conhecemos.

Clóvis Bevilacqua fixou o princípio de forma singela:

“14 — Os direitos que o Estado se reserva, quando entra para a comunhão internacional, são:

- a) O de manter ou alterar a sua constituição política, segundo as suas necessidades e conveniências;
- b) O de ter uma legislação própria;
- c) O de exercer a jurisdição e o império sobre o seu território.”

E comentando, prossegue Clóvis:

“Esses direitos podem reduzir-se ao de conservação, e, em última análise devem ser considerados como as manifestações da soberania, que, diretamente, interessam à sociedade dos Estados. Os autores fazem indicações que, por mais ou menos arbitrárias, não se harmonizam inteiramente; mas, geralmente, consignam os direitos que aqui se destacam, e que são essenciais à vida de cada Estado.

Sem autonomia em matéria de organização política, e de modo geral em matéria legislativa, o Estado não se pode considerar soberano, e, portanto, não possui os requisitos indispensáveis para ser uma pessoa plenamente capaz do direito público internacional. Ainda que com os melhores intuítos, num sentido liberal e progressivo, a intervenção de uma potência para modificar as leis de outra, é ilegítima e atentatória da soberania desta última.

O mesmo deve dizer-se da ação administrativa dos governos, que, num Estado soberano, há de ser inteiramente livre da ingerência de qualquer governo estrangeiro, ainda que este procure legitimar a sua intervenção com a necessidade de proteger interesses de seus nacionais." (Clovis Bevilacqua, "Direito Público Internacional — A síntese dos princípios e a contribuição do Brasil", 2ª edição, 1939, RJ, Freitas Bastos, páginas 66 e 67).

Conclui-se, assim, que enquanto determinadas normas legais de um Estado podem ser admitidas e aplicadas em outro Estado, isto acontece por espontânea decisão das regras de direito internacional privado deste segundo Estado, inseridas em sua legislação interna ou em diplomas internacionais por ele aceitos e ratificados.

Mas ao Estado não é dado legislar ou regulamentar atos e fatos que têm lugar em território de outra soberania.

II — A Nacionalidade da Pessoa Jurídica

É no direito internacional privado que se vai compreender melhor a distinção entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Tivemos oportunidade de explaná-la da seguinte forma:

"À pessoa física, aplica-se a lei de sua nacionalidade ou de seu domicílio, conforme o critério adotado pelo D.I.P. do foro.

O nascimento da pessoa física, ocorrência natural, constitui um fato jurídico, sendo automático o reconhecimento da personalidade humana, reconhecimento este de âmbito universal. A partir deste momento inicial, a pessoa física, sua capacidade, seu estatuto pes-

soal, são regidos pela lei do país de sua nacionalidade ou pela lei do país de seu domicílio.

Diversa é a situação da pessoa jurídica que não nasce através de um fato, mas por meio de um ato jurídico, seu contrato social e as demais formalidades exigidas para sua constituição; seu reconhecimento como personalidade jurídica depende do atendimento de uma série de requisitos previstos em lei, diversos de um país para outro.

O reconhecimento universal de uma pessoa jurídica dependerá do reconhecimento que lhe for outorgado por um sistema jurídico de determinado país, daquele país onde se forma, onde nasce, onde adquire personalidade jurídica. Este o país de sua nacionalidade, ao qual continuará ligado.

Uma pessoa jurídica não pode ter domicílio em lugar algum sem antes criar personalidade e esta só lhe pode ser reconhecida por um Estado, por aquele onde se constitui, ou estabeleceu sua sede, e com relação ao qual cria o vínculo da nacionalidade.

Reconhecida pela lei de sua nacionalidade, 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. É verdade que para efeitos de funcionamento, outros países, que não o de sua nacionalidade, poderão exigir requisitos suplementares, além dos que tenham sido atendidos por ocasião de sua formação. Mas esse funcionamento, possibilitado pelo atendimento dos requisitos locais, se somará a seu reconhecimento básico, originário, que é universal e imutável. Nasce a pessoa jurídica por força da lei da sua nacionalidade e morrerá por força dela.

A doutrina francesa sintetiza que as sociedades dependem de sua lei nacional, daí ser necessário determinar sua nacionalidade, para descobrir a lei que deve reger seu estatuto jurídico." (Jacob Dolinger, [Manual de] Direito Internacional Privado, RJ, Freitas Bastos, 1986, p. [428/9]).

E ainda distinguindo entre uma e outra das pessoas que compõem o panorama jurídico, dissemos que:

"Nossa Constituição não cogita de qual-

quer outra nacionalidade que não a brasileira, e nossas autoridades, judiciais ou administrativas, não atribuirão qualquer nacionalidade estrangeira a uma pessoa física.

O mesmo não ocorre com as pessoas jurídicas, eis que é perfeitamente aceitável que o Brasil atribua nacionalidade estrangeira a uma pessoa jurídica. Os juízes brasileiros, seguindo o critério do artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, determinarão a nacionalidade estrangeira de uma sociedade ou uma associação.

Depreende-se desta diversidade de competência de atribuição, a distinção entre a nacionalidade da pessoa física, que também encerra o fator político, da nacionalidade da pessoa jurídica, que se limita a uma caracterização técnico-jurídica.” (op. cit. p. 430).

Assentada a importância de se aferir a nacionalidade da pessoa jurídica, eis que pela lei desta nacionalidade terá ela regida a sua — *lex societatis* — vejamos qual o critério determinante desta nacionalidade.

Basicamente são três os critérios — da constituição da sede social e do controle.

O terceiro, que determina a nacionalidade da pessoa jurídica pela nacionalidade de seus controladores, já foi critério muito prestigiado, mas hodiernamente só tem aplicação restritiva, no sentido de impedir companhias nacionais (pelo critério da constituição ou da sede social) de exercer determinadas atividades, em vista de estarem sob controle de estrangeiros, [como ficou bem delineado na nova Constituição, artigo 171.]

Dividem-se as legislações modernas entre o critério da constituição e o da sede social (sede real e não estatutária).

Lidera a opção pelo critério da constituição o direito britânico. Dicey e Morris, em “Conflict of Laws”, a obra clássica do direito internacional britânico, adotada em todos os atuais e antigos domínios da Coroa britânica, formula a regra com simplicidade:

“The existence or dissolution of a foreign corporation duly created or dissolved under the law of a foreign country is recognised by the court.”

E explicando em seu “comentário” dizem

os clássicos autores britânicos que “o princípio é bem estabelecido de que uma companhia criada em um país estrangeiro deve ser reconhecida como tal na Inglaterra ... e se uma companhia foi dissolvida também deve ser determinado pela lei de seu local de incorporação (i.e. constituição) pois à vontade da autoridade soberana que a criou, também pode destruí-la”.

Em estudo intitulado “La Nationalité des Sociétés” (Paris, L.G.D.J., 1984) prefaciado por Berthold Goldman, Laurent Levy assim sintetiza a teoria:

“Selon la théorie de l’incorporation, les sociétés acquièrent la nationalité de l’Etat ou elles voient le jour, savoir le pays dont la loi les régit *ab initio*.”

O critério da sede social é liderado pela legislação francesa. A lei de 24 de julho de 1966 que rege as sociedades comerciais, dispõe em seu artigo 3º que “as sociedades cuja sede social se situa em território francês são submetidas à lei francesa.” Apesar de não figurar no dispositivo qualquer referência à nacionalidade, doutrina e jurisprudência francesas interpretam a norma como atributiva da nacionalidade do país da sede social da Sociedade.

O código civil francês, artigo 1837, redação introduzida por lei de 4 de janeiro de 1978 dispõe que “toda sociedade cuja sede fica situada em território francês é submetida às disposições da lei francesa.”

O direito convencional europeu adota um sistema voltado para o critério anglo-saxão (Jean Schapira, “Le Droit International des Affaires”, Presses Universitaires de France, 1972, p. 70) mas que exige, para a caracterização da nacionalidade de uma pessoa jurídica, além de sua constituição conforme a legislação de um Estado, a localização no mesmo país de sua sede estatutária (Convenção concernente ao reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades, associações e fundações estrangeiras, Haia, 1º de junho de 1956), ou que, somada à constituição em um dos países da Comunidade Européia, a sociedade tenha, dentro da Comunidade, mas não necessariamente no mesmo país, ou sua sede social ou sua administração central ou seu

principal estabelecimento (Tratado de Roma de 28 de março de 1957, artigo 28, e com nuance ligeiramente diversa a Convenção de Bruxelas de 29 de fevereiro de 1968). A Convenção de Estrasburgo de 1966, patrocinada pelo Conselho da Europa reconhece as pessoas jurídicas constituídas no território de uma das Partes contratantes de conformidade com sua legislação e que tenham a sua sede estatutária sobre o território deste país.

Nas Américas o direito convencional tem sido mais seguro, adotando um só critério — o da constituição da sociedade.

Em 1979 foi aprovado em Montevidéu pela 2ª Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP II) uma Convenção sobre o Conflito de Leis Relativas a Companhias Comerciais, cujo artigo 2º assim dispõe:

“A existência, capacidade, atividades, operação e dissolução das companhias comerciais será regida pela lei do lugar em que forem constituídas”

explicando a Convenção que:

“lei do lugar em que for constituída é a lei do Estado em que forem cumpridos os requisitos formais e materiais para o estabelecimento das companhias comerciais”, dispondo ainda em seu artigo 3º que as companhias regularmente constituídas em um Estado serão reconhecidas nos outros Estados.

Em 1984 a 3ª Conferência do mesmo órgão aprovou uma Convenção sobre Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, contendo o mesmo dispositivo do que a Convenção de 1979, com um texto mais amplo e abrangente que reza:

“A existência, a capacidade para ser titular de direitos e obrigações, o funcionamento, a dissolução e a fusão das pessoas jurídicas de direito privado se regem pela lei do lugar de sua constituição.”

A rejeição ao critério do controle pode ser considerada hoje como universalmente unânime. A Jurisprudência internacional tem se manifestado iterativamente no sentido de que a nacionalidade dos detentores do capital não determina a nacionalidade da pessoa jurídica e conseqüentemente nenhuma influência tem sobre a *lex societatis*:

No plano internacional basta invocar a decisão da Corte Internacional da Haia no caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, de que a Bélgica não tinha legitimidade para processar a Espanha pelos prejuízos que seu governo causara aos cidadãos belgas — detentores do capital da sociedade —; só o governo canadense teria legitimidade para qualquer reivindicação, pois que naquele país é que fora constituída a sociedade.

E nos Estados Unidos a decisão da Suprema Corte, confirmando decisões de instâncias inferiores, no caso Sumitomo Shoji America Inc. v. Lisa M. Avagliano e outros, no sentido de que esta sociedade não tem direito de invocar o Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre Japão e Estados Unidos, que isenta as companhias japonesas sediadas nos Estados Unidos das regras do direito trabalhista norte americano relativas a não discriminação com base em nacionalidade e sexo.

Apesar de a Sumitomo ser controlada integralmente por capitais japoneses, ela foi constituída nos Estados Unidos, tratando-se, pois, de uma subsidiária de empresa japonesa e não de sua filial. Constituída nos Estados Unidos, rege-se por suas leis e não pelas leis japonesas. (American Journal of International Law, 1981, p. 972).

No direito brasileiro a questão é pacífica, regida pelo artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro que assim dispõe:

“As organizações destinadas a fins de interesse coletivo como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”,

coincidindo com o critério britânico acima visto.

Em nosso “[Manual de] Direito Internacional Privado” explicamos que este dispositivo da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro de 1942 deve ser entendido em consonância com os artigos 19 e 21 da anterior Introdução ao Código Civil, de 1916.

No artigo 19 se lê que “são reconhecidas as pessoas jurídicas estrangeiras” e no artigo 21 que “a lei nacional das pessoas jurídicas determina-lhes a capacidade”.

Estava, pois, assentado que a *lex societatis* é a lei da nacionalidade, faltando determinar

como se deve aferir a nacionalidade. Para isto veio a Lei de Introdução de 1942 e fixou o critério da constituição (Vide “[Manual de] Direito Internacional Privado”, página [442/3]).

A aparente contradição entre o artigo 11 da Lei de Introdução que estabelece o critério isolado do país da constituição, com a norma contida no artigo 60 da Lei de Sociedades Anônimas, de 1940, em vigor até hoje por força do artigo 300 da Lei 6.404 de 1976, foi espancada pela doutrina pátria, que distinguiu entre o que diz a regra de direito internacional privado e o que está contido na disposição do direito interno.

Assim, nossa legislação contém uma norma de Direito Internacional Privado — o artigo 11 da Lei de Introdução — e uma norma de direito interno — o artigo 60 da Lei de S.A. Na primeira se define a nacionalidade da pessoa jurídica no plano internacional, visando o critério a ser adotado para determinar a nacionalidade de uma pessoa jurídica estrangeira. Esta será para nós inglesa, francesa ou de outra nacionalidade, de acordo com o país em que tiver sido constituída.

Já a sociedade comercial, para ser considerada brasileira, deverá atender aos requisitos enunciados no artigo 60 da lei de S.A.: organizada na conformidade da lei brasileira e ter no nosso país a sede de sua administração.

Defendemos que quando a lei exige que a sociedade, para ser brasileira, há de ser organizada na conformidade da lei brasileira, isto significa que ela seja efetivamente constituída em nosso território, e não no exterior, pois um dos requisitos da lei brasileira para constituição de uma sociedade comercial brasileira é o seu registro em uma Junta Comercial e a publicação de seus atos constitutivos na imprensa local, em se tratando de sociedade anônima.

A Consulente dispôs em seus Estatutos, artigo 3º, que seu objeto é o de:

“exercer, *fora do território nacional*, as atividades de pesquisa, lavra, industrialização, comércio, transporte, armazenamento, importação e exportação de bem como a prestação de serviços técnicos e administrativos relacionados com as aludidas atividades.”

e:

“exercer, a partir do território ou *no exterior*, atividades de comércio, importação, exportação, transporte e armazenamento e relacionadas com suas atividades no exterior” e para tanto:

“a Companhia poderá, *observadas as disposições legais aplicáveis, constituir sociedades, no país ou no exterior, associar-se*, sob qualquer forma jurídica, com outras pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras, no país ou *no exterior*, ou, ainda adquirir ações ou quotas de capital de outras sociedades nacionais ou estrangeiras, inclusive com o fim de torná-las controladas ou coligadas.” (grifos nossos).

A constituição de sociedades no exterior, um dos meios que a Consulente previu para alcançar seus objetivos, observará as disposições legais aplicáveis, e estas são justamente as nossas normas de direito internacional privado, principalmente o artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil que, ligado aos artigos 19 e 21 da anterior Introdução, estabelecem a caracterização da nacionalidade das pessoas jurídicas pelo território em que se constituírem, e conseqüentemente aplicáveis lhes serão as normas do direito societário e demais dispositivos legais do país onde ela constituiu ou vier a constituir suas subsidiárias.

Isto se aplica à subsidiária da Consulente, cujo “Certificate of Incorporation” emitido pelo Departamento de Registro de Companhias das Cayman Islands certifica que:

“... pursuant to the Companies Law Cap. 22 that all the requisitons of the said Law in respect of registration were complied with by ...”

As sociedades são regidas nas Cayman Islands pelo “The Companies Law” (chapter 22) que adota o critério do local da constituição para determinar a nacionalidade da sociedade (artigos 2 e 194).

Coincide perfeitamente a regra do direito internacional privado que vige nos dois territórios — a nacionalidade e a lei que rege as sociedades é a do país em que as mesmas se constituem.

A subsidiária da Consulente é uma sociedade comercial constituída nas Cayman Is-

lands e a *lex societatis* que a ela se aplica é a legislação vigente naquele território, única legislação a ser obedecida para a constituição de uma subsidiária de referida “company” naquelas ilhas.

III — A Subsidiária da Sociedade de Economia Mista

Considerando que a consulta se refere à criação de uma subsidiária da subsidiária da Consultante interessa examinar a natureza jurídica da subsidiária de uma sociedade de economia mista no direito administrativo brasileiro.

E os doutos já cuidaram da questão.

José Cretella Jr. Em “Administração Indireta Brasileira”, Forense, 2ª edição, 1987, à p. 454 assim versa a matéria:

“Problema que tem sido suscitado com frequência é o que diz respeito à natureza jurídica da subsidiária da sociedade de economia mista.”

E explicita a questão:

“‘Subsidiário’, como o nome indica, é vocábulo que designa ‘algo que vem em segundo lugar, em segundo plano, auxiliar, supletivo, secundário’, em contraposição a ‘principal’. Assim, a sociedade de economia mista ‘principal’ pode ter várias sociedades ‘subsidiárias’, que lhe complementam as atividades. A estas ‘subsidiárias’ a ‘matriz’ transmite sua natureza jurídica de ‘mista’? Ou é necessária ‘*lex specialis*’ no caso?”

O autor conclui por comparar esta situação a de qualquer outra sociedade na qual o Estado viesse a participar com a maior parte de seu capital. Isto não transformaria a sociedade em “mista” eis que para tanto requer-se *lex specialis*. Eis como desenvolve a matéria:

“O que é primordial, na sociedade de economia mista é, desse modo, o caráter derogatório do direito comum das sociedades, caráter derogatório esse ao direito comum que é substancial à economia mista. ...”

“O Estado, ao participar das chamadas sociedades de economia mista, sempre o faz criando para si, por lei ou contrato, uma situação especial, impondo diretrizes ou parti-

cipando, predominantemente de sua direção, o que confere a estas sociedades, embora formalmente sujeitas às leis de direito privado, uma natureza peculiar, resultante da circunstância de executarem fins ou serviços administrativos ou estatais ...”

“Desse modo, o fato de o Estado tornar-se acionista majoritário de sociedade anônima é insuficiente para outorgar a esta o atributo de sociedade de economia mista...”

“Enfim, acompanhando o pensamento universal, a melhor doutrina brasileira adota a colocação indiscutível, hoje pacífica, de que ‘não basta a aquisição de ações pelo Estado para a caracterização da sociedade de economia mista ... A presença do Estado como mero acionista não retira a natureza Jurídica privada da sociedade comercial, que continua comercial não estatal e, de modo algum comercial estatal ou sociedade de economia mista. É necessário que além de subscrever parte, maior ou menor, ou mesmo quase a totalidade do capital da sociedade, o Estado participe de modo ativo, na vida e nas realizações da empresa, isto é impõe-se que lei, contrato ou convenção reserve ao Estado o poder de atuação.” (op. cit. páginas 455 e 456)”

Se a participação direta do Estado em uma sociedade não tem o condão de transformá-la em *mista*, a sociedade de economia mista não terá mais força do que o próprio Estado e a criação, com a sua participação, de uma subsidiária, não é suficiente para outorgar-lhe a natureza de *mista*.

Idêntica lição se lê em Hely Lopes Mirelles em seu “Direito Administrativo Brasileiro” Rev. Tribunais, 8ª edição, 1981, à página 345:

“Não se infira, porém, que toda participação estatal converte o empreendimento particular em sociedade de economia mista. Absolutamente não. Pode o Estado subscrever parte do capital de uma empresa sem lhe atribuir o caráter paraestatal. O que define a sociedade de economia mista é a *participação ativa* do Poder Público na vida e realização da empresa. Não importa seja o Estado sócio majoritário ou minoritário; o que importa é que se lhe reserve por lei ou convenção, o *poder de atuar* nos negócios sociais. (grifos do autor).

E o autor também assinala a independência do patrimônio da sociedade de economia mista, liberada que fica de qualquer autorização governamental. É o que diz à página 347:

“O patrimônio da sociedade de economia mista é formado com bens públicos e subscrições particulares.

Quanto aos bens públicos recebidos para integralização do capital inicial e os havidos no desempenho das atividades estatutárias, na parte cabente ao Poder Público, continuam sendo *patrimônio público*, mas com destinação especial, sob administração particular da entidade a que foram incorporados, para realização dos objetivos estatutários. Assim sendo, tais bens e rendas podem ser utilizados, onerados, alienados, sempre na forma do estatuto da sociedade, independentemente de autorização especial do Executivo ou do Legislativo porque esta autorização está implícita na lei instituidora da entidade e na fixação de seus objetivos empresariais ...”

De forma que as atividades, os investimentos, e, conseqüentemente, a criação de subsidiárias com capital de sociedade de economia mista, independem de qualquer autorização governamental e se enquadram na hipótese levantada por Cretella Junior e Hely Lopes Meirelles, de um investimento estatal em uma sociedade anônima, que por si só não lhe atribui a característica de sociedade de economia mista.

A autorização legislativa para a criação de sociedade de economia mista foi estabelecida no Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, cujo artigo 5º assim dispõem:

“Para os fins desta lei, considera-se:

III — Sociedade de Economia Mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, ou a entidade da Administração Indireta.”

O Decreto-Lei nº 900 de 29 de setembro de 1969 alterou a redação: ao invés de “para o exercício de atividade de natureza mercantil”, se lê “para exploração de atividade econômica”.

Assim, o inciso XIX do artigo 37 da Constituição de 1988 dispõe que:

“somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública.”

No que tange à sociedade de economia mista representou uma promoção da regra, que passou de norma ordinária para regra constitucional.

A novidade está no inciso XX ao dispor que:

“depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.”

Já agora a subsidiária da sociedade de economia mista terá igualmente esta característica. Mas há de se indagar se o requisito introduzido pela Constituição abrangerá igualmente a hipótese da criação de subsidiária da subsidiária? Ou seja, se a subsidiária de uma sociedade de economia mista, que funcione no Brasil, e cujos estatutos tenham previsto que para alcançar seus objetivos poderá criar suas subsidiárias, isto é sub-subsidiárias da sociedade de economia mista, carecerá esta de autorização legislativa?

A *ratio legis* se esclarece com a defesa do destaque que resultou neste inciso pelo deputado Aluizio Campos em reunião da Comissão de Sistematização para votação do projeto Bernardo Cabral, realizada a 9 de novembro de 1987, e publicada a respectiva ata no Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “C”) de 27 de janeiro de 1988, páginas 2.014/5).

A manifestação do deputado foi a seguinte:

“Senhor Presidente, Srs. Constituintes, ao longo da evolução do Direito Administrativo foram instituídos os chamados órgãos da administração indireta, juridicamente caracterizados pelo Decreto-Lei nº 200, que reformou a administração pública.

Mas, ao longo da vida dessa administração indireta, inicialmente sujeita à aprovação congressual, para constituição originária das empresas públicas e das sociedades de economia mista, foram, a pretexto da personalidade jurídica de Direito Privado desses órgãos, co-

metidos abusos que conduziram a defeitos muito prejudiciais, inclusive à economia do País.

Como o Decreto-Lei nº 200 determinou que tanto as empresas públicas como as sociedades de economia mista seriam caracterizadas pela participação mínima do Governo em 51% do seu capital, depois de constituídas essas entidades apenas através de assembléia geral, passaram elas a expandir-se, sem mais consultar o Congresso, transformando-se em instrumento de arbítrio da Presidente da República. Por controlarem o capital de cada uma, mandavam que fossem fundados ou constituídas subsidiárias e até associações com empresas privadas, de cuja imoderação resultou a situação em que se encontra o País, principalmente quando à sua dívida externa. Em consequência, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, hoje, são responsáveis por mais de 75% do nosso endividamento externo.

Então, o Projeto Bernardo Cabral, em boa hora, no art. 194, § 1^a, determinou:

‘As empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios somente serão criadas, caso a caso, por lei e ficarão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas ...’

A emenda, que mantenho, visa apenas — e peço aos Srs. membros que se atenham tão-somente ao seu parágrafo único a suprir essa omissão, que tem causado imensos prejuízos a este País. O objetivo da emenda é que não só a constituição originária das matrizes, mas, também, a criação das suas subsidiárias e as associações das empresas governamentais com empresas privadas, caso a caso, somente possam acontecer mediante prévia autorização do Congresso Nacional.

As empresas não devem continuar livres de constituir subsidiárias apenas por assembléias gerais, mas deve o Presidente da República — ou o Primeiro-Ministro, caso o regime seja parlamentarista — quando o capital majoritário for da União, enviar mensagem ao Congresso Nacional, solicitando que autorize a constituição das subsidiárias que sejam convenientes à expansão da atividade dessas en-

tidades. Por isso apresentei uma emenda cujo parágrafo único tem a seguinte redação:

‘Depende de prévia autorização legislativa em cada caso, a criação de entidades da administração indireta e de suas subsidiárias, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.’

O texto do projeto já absorveu parte dessa disposição, porque faz depender da autorização legislativa a constituição das matrizes, mas não se referiu às subsidiárias nem tampouco à participação das matrizes das subsidiárias em empresas privadas. É para suprir esta lacuna que devemos admitir a emenda. Combinei agora com a relatoria que a minha emenda se restringirá exclusivamente a esse parágrafo único para facilitar a votação em Plenário, pois a proposição é no sentido de velar pela idoneidade da ação dessas sociedades e empresas públicas.”

Verifica-se, em primeiro lugar, que a grande preocupação do constituinte foi a imoderação das estatais e suas ramificações levando o país à dramática dívida externa.

Este motivo aparentemente não se aplica a uma sociedade de nacionalidade estrangeira, situada no exterior, que, em se endividando, terá que pagar seus compromissos com seus recursos sítos no exterior, não afetando isto a economia brasileira. Qualquer afetação à economia brasileira resultante de eventuais garantias que a empresa-mãe, brasileira, venha a conceder, é problema independente da criação da subsidiária no exterior.

Note-se que no parágrafo final da transcrição supra se explica que a proibição de participação em empresa privada se refere às matrizes e não às subsidiárias, ou seja, só a empresa de economia mista dependerá de autorização legislativa para esta participação, mas não as suas subsidiárias. Di-lo claramente ao lembrar que o texto do projeto não se referira à criação de subsidiárias, “nem tampouco à participação das matrizes das subsidiárias em empresas privadas.”

Se a intenção do legislador constituinte foi controlar as matrizes, as empresas mães, e não as suas subsidiárias, na sua participação em empresas particulares, *mutatis mutandis* se há de entender que somente a criação de subsidiárias pelas “mistas” dependerá de autoriza-

ção legislativa, o que não se dará para a criação de subsidiária pelas subsidiárias.

Conclui-se, diante da exposição do autor do destaque, que só as sociedades de economia mista dependerão de autorização legislativa para criar subsidiárias, o que não se aplica a estas, que poderão criar suas sub-subsidiárias independentemente de autorização legislativa. Esta interpretação talvez não seja a mais lógica, mas resulta seguramente da interpretação gramatical do texto do inciso XX que efetivamente só fala na criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, bem como da interpretação histórica, baseada na exposição do autor do destaque.

A hipótese da consulta, todavia, é totalmente diversa, eis que a Consulente, devidamente autorizada, criou uma subsidiária nas Cayman Islands, sociedades de nacionalidade estrangeira, submetida a *lex societatis* local, não sendo, pois, concebível que qualquer iniciativa sua naquele território, como a criação de uma subsidiária sua, possa ser examinada, quanto mais autorizada, pelo Congresso brasileiro.

Aliás, quando a Consulente, juntamente com outros acionistas, criou a sua subsidiária, subscreveu seus estatutos, cujo artigo 15 reza:

“To conduct and carry on any of the objects and purposes herein enumerated in any and all parts of the world, through or by means of creating or investing in subsidiaries, or in stock, securities or other evidences of interest in companies, associations, partnerships, or trust estates engaged in carrying on or conducting any one or more of the businesses or enterprises which the Company is authorized to conduct and carry on hereunder.”

De forma que no ato da criação da subsidiária da Consulente, ela foi estatutariamente autorizada a criar subsidiárias ou efetuar qualquer outro tipo de investimento em outras sociedades.

Fosse ela uma sociedade brasileira, e estaríamos igualmente inclinados a considerar válida a criação de sub-subsidiária, independentemente de autorização legislativa, por se tratar, como dito, de criar uma subsidiária de uma subsidiária — hipótese não incluída pelo constituinte — e por ter sido expressa-

mente autorizado este segundo grau de desmembramento por ocasião da criação da subsidiária. Tratando-se de empresa estrangeira, sediada e funcionamento no estrangeiro, que pretende criar uma sociedade, igualmente no estrangeiro, portanto de nacionalidade estrangeira, deverão ser respeitados única e exclusivamente os requisitos exigidos pela *lex societatis*, a lei de Cayman Islands.

CONCLUSÕES

1. O legislador brasileiro não legisla para fora do território nacional, a não ser sobre questões específicas relacionadas com a atividade dos consulados e demais representações governamentais no exterior e questões específicas atinentes ao *status* pessoal de brasileiros no exterior, ligadas à nacionalidade e à cidadania.

2. A lei brasileira poderá ser aplicada no exterior, se e quando assim for determinado pelo direito internacional privado estrangeiro.

3. A norma do inciso XIX do artigo 37 da Constituição de 1988 é lei de caráter peremptivo (não proíbe nem permite), contendo condição de eficácia de ato jurídico, que, com mais razão, só pode ter aplicação no território nacional.

4. O direito anglo-saxão, as convenções europeias e, com mais precisão do que estas, as convenções americanas sobre direito internacional privado, bem como a legislação brasileira de direito internacional privado, adotam o critério de que o país da constituição da pessoa jurídica firma a sua nacionalidade, aplicando-se-lhe a lei deste país (*lex societatis*).

5. Ao preverem os Estatutos da Consulente a criação de subsidiárias no exterior “observadas as disposições legais aplicáveis”, esta referência dirige-se justamente às normas de nosso Direito Internacional Privado que caracterizam a nacionalidade da pessoa jurídica pelo país de sua constituição, a cuja legislação ficarão submetidas referidas subsidiárias.

6. Este também é o critério adotado pela legislação das Cayman Islands onde a subsidiária da Consulente foi constituída, e a le-

gislação vigente naquelas ilhas será a única competente para reger a constituição de alguma subsidiária da subsidiária naquelas ilhas.

7. No clássico direito administrativo brasileiro a subsidiária da sociedade de economia mista não é considerada sociedade de economia mista e sua criação não depende de autorização governamental.

8. Esta situação foi alterada pela Constituição de 1988 que faz depender a criação de subsidiária de sociedade de economia mista de autorização legislativa; portanto esta subsidiária será igualmente uma sociedade de economia mista.

9. Já as subsidiárias poderão criar suas subsidiárias, independentemente de autorização legislativa, com base na interpretação gramatical do texto constitucional, na justificativa do constituinte autor do destaque que se transformou no inciso XX do artigo 37, mormente na hipótese em que a subsidiária já existente tenha inserido em seus Estatutos autorização para criar suas subsidiárias.

10. A hipótese da consulta é mais tranqüila ainda, pois a subsidiária da Consulente foi constituída no exterior, é uma sociedade de nacionalidade estrangeira, submetida à lei societária de sua nacionalidade, e, pretendendo criar uma subsidiária no exterior, esta será igualmente sociedade estrangeira, regida pela lei do local de sua constituição, e, sem qualquer vínculo ou dependência de exigências contidas na legislação brasileira.

Daí nosso PARECER no sentido de que:

A criação de subsidiárias da subsidiária da Consulente no exterior, como empresas estrangeiras que serão, apesar de dotadas de capital nacional, bem assim a participação da subsidiária da Consulente em companhias situadas fora do Brasil, estão eximidas da autorização legislativa referida no texto constitucional.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 1988.

Jacob Dolinger, Professor titular de Direito Internacional Privado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.