



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Manfred Pauls

**A nacionalidade e a lei aplicável à pessoa  
jurídica de direito privado**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

Programa de Pós-Graduação em Direito  
Econômico e Social

Curitiba, agosto de 2005

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**P**ONTIFÍCIA **U**NIVERSIDADE **C**ATÓLICA  
DO PARANÁ



**Manfred Pauls**

**A nacionalidade e a lei aplicável à pessoa jurídica de  
direito privado**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Bosco Lee

Curitiba  
Agosto de 2005



**Manfred Pauls**

**A nacionalidade e a lei aplicável à pessoa jurídica de  
direito privado**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof. Dr. João Bosco Lee**

Orientador  
Pós-Graduação em Direito– PUCPR

**Prof. Dr. Francisco Carlos Duarte**

Membro  
Pós-Graduação em Direito– PUCPR

**Prof. Dr. Welber Oliveira Barral**

Professor Convidado  
Pós-Graduação em Direito– UFSC

Curitiba, 29 de Agosto de 2005

## **Manfred Pauls**

Graduado em Direito pela PUCPR (Pontifícia Universidade Católica do Paraná). Advogado militante e professor universitário das disciplinas de Direito Internacional Público e Privado.

### Ficha Catalográfica

	Pauls, Manfred
P332n	A nacionalidade e a lei aplicável à pessoa jurídica de direito privado/2005 Manfred Pauls; orientador, João Bosco Lee. -- 2005. v, 149 f.; 30 cm
	Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005 Inclui bibliografia
	1. Direito internacional privado. 2. Pessoa jurídica. 3. Direito comercial. 4. Sociedades anônimas – Legislação. I. Lee, João Bosco. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
	Doris - 4.ed. 342.3 342.2 342.225

## **Agradecimentos**

Ao amigo e sócio Ricardo Augusto Menezes Yoshida, cuja paciência, dedicação, apoio e confiança no projeto, eternamente serão lembrados.

Ao Professor Doutor João Bosco Lee pelo apoio e orientação na consolidação do presente trabalho.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) pela concessão da bolsa de estudos, sem a qual a conclusão não seria possível.

À Direção do Curso de Mestrado pela compreensão diante das dificuldades impostas por minha enfermidade; sem esquecer das secretárias Eva de Fátima Curelo e Isabel Cristina Rosa e sua valiosa presença no pronto atender das necessidades durante essa trajetória.

Ao colega MSc. Martinho Martins Botelho, pela crítica, colaboração na pesquisa bibliográfica e disposição de sua biblioteca.

Ao jurista, historiador e imortal paranaense Valério Hoerner Júnior pela revisão do trabalho.

## Resumo

Pauls, Manfred; Lee, João Bosco (orientador). **A nacionalidade e a lei aplicável à pessoa jurídica de direito privado**. Curitiba: 2005, 149 p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A nacionalidade de pessoas jurídicas é tema que gera discussões nos meios acadêmicos, contrário *sensu*, no que diz respeito às pessoas físicas. É assunto correlato a lei aplicável, vez que no âmbito do Direito Internacional Privado é comum aplicar regras de Direito de outras nações. Nesse sentido, o presente trabalho analisa a natureza e a capacidade jurídica das pessoas jurídicas, complementado com breve histórico. Discorre acerca das teorias negativa e positiva inerentes à existência no mundo jurídico da pessoa jurídica. Apresenta as discussões doutrinárias relativas às teorias de reconhecimento da nacionalidade de pessoas jurídicas e do conceito de nacionalidade de pessoa jurídica, no âmbito internacional, bem como para a doutrina brasileira. Trata de institutos legais, brasileiros, inclusive projetos de lei, bem como tratados e convenções internacionais que disciplinam a lei aplicável às pessoas jurídicas, quando envolvidas em litígios de ordem internacional, seja sob jurisdição estatal ou submetidos à arbitragem internacional. Analisa conflitos internacionais que envolveram Estados soberanos e pessoas jurídicas cuja nacionalidade não fora atribuída por esses.

## Palavras-chave

pessoa jurídica, nacionalidade, lei aplicável, direito internacional privado, direito societário.

## **Abstract**

Pauls, Manfred; Lee, João Bosco (Advisor). **The nationality and the applicable law to the private right juridical person**. Curitiba: 2005, 149 p. Master degree Dissertation – Social and Juridical Science Center, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The nationality of legal entities is a subject that brings discussion in academic environment, as opposed to referring to natural persons. It is a subject connected to the applicable law. Thus in the International Private Law it has used to apply another Nations Law rules. In the same aspect, this present essay analyzes the nature and the juridical capability of legal entities, in which it is added historical view. It lectures about negative and positive theories that exist in the juridical world inherent the existence of the legal entities . It also shows discussions related to the legal entities nationality recognizing theories and the concept of legal entities nationality inside an international environment, as well as to Brazilian doctrine. Furthermore, it relates legal Brazilian institutes, including some law projects, as well as the International Treaty's and Conventions which discipline the applicable law to the legal entities, when those entities are involved in international order complications. These complications can be over statue jurisdiction or submitted to the international arbitration. This essay analyzes international conflicts that involved sovereign States and legal entities whose nationality were not attributed by them.

## **Keywords**

legal entities, nationality, applicable law, International Private Law, Societary Rights.

## **Zusammenfassung**

Pauls, Manfred; Lee, João Bosco (Betreuer). **Die Nationalität und das angewandte Recht an einer juristischen Person**. Curitiba: 2005, 149 Seiten. Master degree Dissertation – Sozial- und Rechtswissenschaftszentrum Pöpstlich katholische Universität von Paraná.

Die Nationalität einer juristischen Person erfordert gegenüber der einer natürlichen Personen eine besondere wissenschaftliche Betrachtung, welche in den Bereich des angewandten Rechts fällt, da im Internationalen Recht gewöhnlich andere nationale Gesetze angewandt werden. Diese Arbeit beschäftigt sich daher mit einer Analyse der juristischen Stellung und Leistungsfähigkeit einer juristischen Person und gibt einen kurzen historischen Überblick. Es werden die negativen und positiven Annahmen hinsichtlich der juristischen Stellung einer juristischen Person erörtert. Die doktrinäre Diskussion bezüglich der Erkennung und dem Begriff der Nationalität einer juristischen Person im internationalen Zusammenhang und in der brasilianischen Lehre wird aufgezeigt. Ebenso werden brasilianische Normen inklusiv einiger Rechts-Projekte sowie internationale Konventionen und Verträge, welche das angewandte Recht für juristischen Personen regeln, behandelt. In diesem Zusammenhang wird die Zuständigkeiten der Stadtgerichte und der internationalen Schiedsgerichte erklärt. Weiterhin werden in dieser Arbeit internationale Konflikte zwischen souveränen Staaten und juristischen Personen, dessen Nationalität ungeklärt ist, analysiert.

### **Schlüsselwörter**

juristische Person, Nationalität, angewandtes Recht, Internationales Privatrecht, Gesellschaftsrecht.

## **Resumen**

Pauls, Manfred; Lee, João Bosco (orientador). **La nacionalidad y la ley aplicable a la persona jurídica de derecho privado**. Curitiba: 2005, 149 p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

La nacionalidad de personas jurídicas es asunto que genera discusiones en el medio académico, contrario sensu, en lo que se refiere a las personas físicas. Es asunto correlato a la ley aplicable, vez que en el ámbito del Derecho Internacional Privado es corriente aplicar reglas de Derecho de otras naciones. Así el presente trabajo analiza la naturaleza y la capacidad jurídica de las personas jurídicas complementando con breve histórico. Discurre sobre las teorías negativa y positiva inherentes a la existencia en el mundo jurídico de la persona jurídica. Presenta discusiones doctrinarias relativas a las teorías de reconocimiento de la nacionalidad de personas jurídicas y del concepto de nacionalidad de persona jurídica, en el ámbito internacional, así como para la doctrina brasileña. Se trata de institutos legales, brasileños, incluso proyectos de ley, así como tratado y convenciones internacionales que disciplinan la ley aplicable a las personas jurídicas, cuando involucradas en litigios de orden internacional, sea bajo jurisdicción estatal o sometidos al arbitraje internacional. Analiza conflictos internacionales que involucraron Estados soberanos e personas jurídicas cuya nacionalidad no fuera atribuida por estos.

## **Palabras clave**

persona jurídica, nacionalidad, ley aplicable, derecho internacional privado, derecho societario.

# Sumário

1 Introdução	15
2 Noções fundamentais sobre a pessoa jurídica	19
2.1 Definição de pessoa jurídica	19
2.2 Evolução histórica	22
2.3 Natureza jurídica	24
2.3.1 Teoria negativista	24
2.3.2 Teoria positivista	26
2.4 Aquisição de personalidade	29
2.5 Reconhecimento da pessoa jurídica de direito privado estrangeira	31
3 A nacionalidade da pessoa jurídica	35
3.1 Conceito da nacionalidade	35
3.2 Efeitos da nacionalidade	35
3.2.1 Nas pessoas físicas	35
3.2.2 Nas pessoas jurídicas	36
3.3 Nacionalidade no direito comparado	38
3.4 Nacionalidade segundo a doutrina Irigoyen	41
3.5 Nacionalidade no Código de Bustamante	43

3.6 Função da nacionalidade: lei aplicável, controle, jurisdição competente	44
3.7 Nacionalidade segundo critério da autorização, local da constituição ou incorporação	46
3.8 Nacionalidade segundo a nacionalidade dos sócios	48
3.9 Nacionalidade segundo a propriedade do capital	48
3.10 Nacionalidade segundo o lugar de subscrição das ações	49
3.11 Nacionalidade segundo critério econômico	49
3.12 Nacionalidade segundo a sede social. Critérios para sua determinação	51
3.12.1 Sede estatutária	53
3.12.2 Direção ou administração principal	54
3.12.3 Lugar principal dos negócios	54
3.13 Idéias dominantes na determinação da nacionalidade da pessoa jurídica	56
3.13.1 Expansão e econômica	57
3.13.2 Defesa econômica	57
3.13.3 Segurança	57
3.13.3.1 O aparecimento da teoria do controle. Primeira Guerra Mundial	58
I) Inglaterra	58
II) França	59
III) Tratados de Versalhes	60
IV) Decisões arbitrais pós-Primeira Grande Guerra	60
3.13.3.2 Segunda Guerra Mundial	61
I) Estados Unidos e Alemanha	61
II) Espanha	61

III) Nas Américas	62
3.13.3.3 Em época de Paz	62
I) Jurisprudência francesa	63
II) A opinião de Niboyet	63
III) Posição de Henri Battifol	67
IV) Critério de Martin Wolff	68
3.14 A nacionalidade da pessoa jurídica no Brasil	69
3.14.1 Empresa Nacional à Luz da Constituição Federal de 1988	74
3.14.2 Nacionalidade no Código Civil brasileiro	78
4 Lei aplicável às pessoas jurídicas de direito privado	81
4.1 Critério da incorporação	83
4.2 Critério da sede social	83
4.3 Lei aplicável segundo a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942	85
4.3.1 Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de Haroldo Valladão de 1964	88
4.3.2 Projeto de Lei n.º 4.905/95	89
4.4 Lei aplicável segundo a Lei das Sociedades Anônimas	90
4.5 Lei aplicável nas fontes legislativas internacionais	92
4.5.1 Convenção de Direito Internacional Privado/Código de Bustamante de 1928	92
4.5.2 Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de sociedades comerciais	95

4.5.3	Tratados de Montevideú	96
4.5.4	Tratado de Roma de 1957	97
4.5.5	Convenção de Bruxelas de 1968	98
4.5.6	Convenção da Haia de 1956	99
4.5.7	Convenção de Estrasburgo de 1966	100
4.5.8	Convenções das Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs)	100
4.5.9	Convenção do Banco Mundial	102
4.5.10	Tratado de Direito Comercial Internacional, 1889	102
4.5.11	Tratado de Direito Comercial Terrestre Internacional, 1940	103
4.6	Os limites da aplicação da lei estrangeira nas questões concernentes às pessoas jurídicas	103
4.6.1	Limite jurídico da ordem pública e das normas imperativas	104
4.6.2	As normas imperativas ou leis de polícia	108
4.7	Julgados internacionais concernentes à matéria	109
4.7.1	Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited	109
4.7.2	Caso Champion Trading Company	113
4.7.3	Caso Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.	115
5	Considerações finais	117
6	Referências bibliográficas	121
7	Anexos	129
7.1	Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (excertos)	129

7.2 Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (excertos)	129
7.3 Projeto de Lei nº 4.905/95 (excertos)	130
7.4 Código de Bustamante de 1928 (excertos)	133
7.5 Convention on the Settlement of Investment disputes between States and Nationals of other States (excertos)	135
7.6 Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis – OEA – Montevideu – 1979	136
7.7 Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado – OEA – La Paz – 1984	136
7.8 Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de Haroldo Valladão (excertos)	137
7.9 Convencion sobre el Reconocimiento de la Personeria Juridica de las Sociedades, Asociaciones Y Fundaciones Extranjeras – 1956	138
7.10 Caso Barcelona Traction, 24 de julho 1964	141
7.11 Caso Barcelona Traction, 05 de fevereiro 1970	145

*Die Mitgliedstaaten der EG können die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit durch eine in einen anderen Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaft nicht von Beachtung ihres nationalen Gesellschafts-rechts abhängig machen. In das Kollisionsrecht übersetzt heißt dies: Gesellschaften sind im Staat ihrer Niederlassung nach dem Gründungsrecht zu behandeln.*

Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley),  
Geschäftsführender Direktor, Universität  
Hamburg.

# 1

## Introdução

A principal função do Direito é regular as relações humanas, é buscar a harmonia do convívio social. Sabemos que a sociedade está, historicamente, em constante evolução e, nos últimos 50 anos, essa é impulsionada principalmente pelo desenvolvimento tecnológico. As relações sociais são fortemente ligadas ao fator econômico, que, por sua vez, sofre alterações constantes, motivadas na sua grande maioria pelos benefícios da tecnologia que apresenta inovações em larga escala, reflexo direto do conhecer humano.

Esse crescimento rompe barreiras físicas, limites territoriais, culturais e sociais em benefício de melhor situação financeira de indivíduos, sociedades, comunidades e nações.

Atualmente, não se concebe mais a idéia de que cada grupo social produza tudo que necessita para sua subsistência. Vivemos na Era da especialidade. Cada comunidade produz, em grande escala, produtos que não pode consumir e assim, gera a necessidade de comercializá-la com o objetivo de obter outros produtos de sua necessidade e não produz.

Esse comércio nos traz uma nova realidade, denominada globalização<sup>1</sup>. Nesse processo, Estados se unem para formar blocos

---

<sup>1</sup> Sérgio Alberto de Souza, em sua crítica ao neoliberalismo, traz uma distinção entre globalização e mundialização, a entende-os como dois conceitos diversos: "Fala-se de mundialização ou da globalização como se ambos os termos tivessem o mesmo sentido. Ora, eles são tão diferentes quanto o são uma descrição e uma ideologia. Não há dúvida de que a Economia se mundializa: as grandes empresas traçam estratégias mundiais e os mesmíssimos produtos materiais e imateriais espalham-se pelos cinco continentes. Por outro lado, também não há dúvida de que os circuitos financeiros permitem, a cada dia, movimentar US\$ 1,4 trilhão no globo e de que as pessoas de todos os países comunicam-se pela internet. Mas, do mesmo modo que a criação de uma sociedade informatizada é evidente e de crucial importância para todos, assim também é arbitrário depreender daí que surge, hoje, uma sociedade global, ou mesmo,

econômicos, cada qual defendendo seus interesses. Nesse contexto, empresas unem forças no intuito de garantir sua própria sobrevivência numa nova ordem social; nações necessitam das empresas para promover o desenvolvimento sócio-econômico de seus membros. As mais visadas são as de capital estrangeiro, ou ditas internacionais, disputadas, principalmente, por países considerados emergentes que, para receber investimentos de grande monta, oferecem subsídios fiscais, condições e infra-estrutura; na maioria das vezes, não ofertadas às indústrias de capital nacional<sup>2</sup>, ou até mesmo a grupos de indivíduos que desejem explorar atividade econômica em solo nacional.

Dessa forma, sem condições ou apoio econômico, as pequenas e médias empresas ficam à mercê de empresas de maior poderio econômico que as incorporam, na maioria das situações, em escala internacional, ou seja, formam grandes grupos econômicos que detêm empresas em diversos países.<sup>3</sup>

---

como disse há tempos McLuhan, uma aldeia global.” SOUZA, Sérgio Alberto. *Direito, Globalização e Barbárie: Estudos críticos de temas de Direito do Trabalho e de Direitos Humanos sob a ótica de uma leitura não-liberal*.

<sup>2</sup> No Brasil, o art. 171 da Constituição Federal de 1988, revogado pela emenda constitucional de n.º 06/95, trazia dispositivos protecionistas para as empresas brasileiras de capital nacional: “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 controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório par gerir suas atividades. § 1º, A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I- conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindível ao desenvolvimento do País . § 2º, *Na aquisição de bens e serviços, o poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.*” (nosso grifo). Fica claro que o legislador constituinte teve a preocupação de proteger a empresa brasileira de capital nacional, oferecendo a esta, por meio de determinação direta, quando usa o verbo, *dará*, o tratamento preferencial no que diz respeito à aquisição de bens e serviços por parte do poder Público, ou seja, esse tinha a obrigação de criar condições específicas para que bens e serviços do poder Público fossem delegados à empresas brasileiras de capital nacional. Fato insustentável para as pretensões de privatizar em grande parte a concessão do serviço, pois desta forma as empresas que não se enquadrassem no quesito, as estrangeiras, não poderiam receber essas concessões. Se analisarmos o contexto atual, podemos afirmar que a grande maioria das concessões encontram-se no poder de capital estrangeiro, direta ou indiretamente.

<sup>3</sup> O Estado do Paraná, em meados dos anos noventa, na região metropolitana da capital, Curitiba, foi protagonista da instalação de algumas empresas de renome internacional, como a Renault, Volkswagen-Audi e Crysler. A primeira teve sua instalação vinculada pelos jornais da época ao fechamento de uma unidade na Bélgica. A última já encerrou suas atividades comerciais. Fatos estes que corroboram com as críticas de movimentos sindicais e sociais organizados por trabalhadores quanto à forma como o processo é conduzido.

Essa fusão econômica gera, à margem da cultura, dos costumes e da legislação de cada região, conflitos internacionais de ordem pública e de ordem privada. Ambos devem ser solucionados pelo Direito.

Muito comum, na atualidade, empresas de uma determinada nacionalidade estabelecer relações comerciais com diversas nações, até considerando blocos econômicos, cujo comércio é efetuado por empresas de diferentes nacionalidades dentro de um determinado bloco, como Comunidade Européia, MERCOSUL, ALCA e outros que certamente virão; bem como entre pessoas jurídicas que pertençam a outros acordos de livre comércio. Exemplo é o comércio entre entes coletivos do Brasil e da Itália, entre nações que ainda não participam desses blocos, caso do Chile com a África do Sul, entre nações em que pelo menos uma delas faz parte de um bloco econômico, por exemplo, Brasil e o Chile.

Essas relações podem ser de ordem puramente comercial, ou seja, a simples compra e venda de produtos, via comércio postal ou eletrônico, ou por meio de instalação de filial para o comércio de seus produtos. Neste último caso, no Brasil, faz-se necessário a autorização do governo brasileiro para seu funcionamento, como reza o artigo 11 § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, bem como o artigo 64 do Decreto-Lei n.º 2.627/40; ambos a ser analisados adiante.

A presente pesquisa aborda, no capítulo 2, o tema da pessoa jurídica, quando desenvolve a discussão atinente à sua natureza jurídica, especificamente, no que diz respeito às teorias negativa e positiva de sua existência. Ambas, objeto de criação intelectual dentre os mais diversos doutrinadores, principalmente na primeira metade do século XX. No final do capítulo, entende-se por adequado argüir acerca do reconhecimento das pessoas jurídicas, estranhas ao ordenamento jurídico que pretendam atuar.

O capítulo 3 trata da nacionalidade da pessoa jurídica e das discussões que envolvem o tema na doutrina, como conceito, efeitos, teorias determinadoras da nacionalidade na doutrina estrangeira e como sucede no Brasil.

O fortalecimento e o emprego de pessoas jurídicas, na transição do século XIX para o XX, impulsionado pelo aprimoramento das inovações tecnológicas e, dois conflitos armados, ainda na primeira metade do século XX, muito contribuíram para a criação das mais diversas teorias acerca da nacionalidade das pessoas jurídicas; mormente, aliado à indefinição doutrinária da natureza jurídica, bem como, às incertezas geradas pela I e II grandes guerras.

No contexto jurídico, a nacionalidade da pessoa jurídica representa tema de vital importância para determinar a lei aplicável a estas; destarte, no capítulo 4 trata-se do tema confrontado à legislação pertinente no Brasil: Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Lei das Sociedades Anônimas, bem como Tratados que, mesmo não ratificados pelo Brasil, representam importante fonte de estudo de legislação internacional.

A legislação aplicável é regradada pela legislação interna de cada Estado soberano que, por sua vez, dita os limites imperativos à aplicação legal concernente à pessoa jurídica e aborda-se a questão no mesmo capítulo que se encerra com a análise de casos internacionais como o da *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, litígio de ordem internacional que envolveu nacionalidade e lei aplicável atinentes à pessoa jurídica e apreciados na Corte Internacional de Justiça e no Centro Internacional para Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, do Banco Mundial.

## 2

### Noções fundamentais sobre a pessoa jurídica

A concepção da pessoa jurídica, na atualidade a ser quase unanimidade. Doutrinadores de outras épocas muito discutiram acerca da existência da pessoa jurídica, mais precisamente da sua existência no mundo jurídico.

Neste capítulo, pretende-se informar o leitor dessas discussões doutrinárias no que tange, principalmente às teorias positivistas e negativistas.

#### 2.1

##### Definição de pessoa jurídica

A expressão “pessoa jurídica”<sup>4</sup> foi usada pela primeira vez por A. Heise em 1807 e, conforme ensinamentos de Pontes de Miranda quem auferiu notoriedade a ela foi Savigny, expressão essa que substituiu outras denominações, como “pessoa mística” e “pessoa moral”<sup>5</sup>.

Do início, até meados do século passado, a doutrina ainda discutia a essência da existência da pessoa jurídica. Várias teorias foram elaboradas por diversos autores de renome internacional, por

---

<sup>4</sup> “É a expressão adotada para a indicação da individualidade jurídica constituída pelo homem. É empregada para designar as instituições, corporações, associações e sociedades, que, por força ou determinação da lei, se personalizam, tomam individualidade própria, para constituir uma entidade jurídica, distinta das pessoas que a formam ou que a compõe.” PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*.

<sup>5</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, p. 350.

Amílcar de Castro afirma que tantas outras, “não menos imperfeitas”, foram criadas como: pessoas sociais, morais, civis, místicas, abstratas, intelectuais, universais, compostas, de existência ideal. *Direito Internacional Privado*, p.325.

exemplo, da ficção<sup>6</sup>, orgânica<sup>7</sup>, homens destinatários<sup>8</sup>, homens disponentes<sup>9</sup>, todas do suporte fático, segundo Pontes de Miranda.

Não obstante, José Lamartine Corrêa de Oliveira, chama a atenção de seu leitor que o estudo do conceito da pessoa jurídica é contemporâneo, a despeito das opiniões de Binder, que entendia ser assunto resolvido no século XIX, e de Pinto Falcão, que afirmara ser a pesquisa, neste sentido, desprovida de senso prático.<sup>10</sup>

Leonardo Medeiros Régnier posiciona-se da mesma forma, quando afirma ser o tema “atualíssimo”, e justifica sua opinião: “Diante da enorme gama de modificações sociais ocorridas em especial no decorrer do último século, que, se não viu nascer a revolução industrial, ao menos a fez amadurecer e, de resto, abarcou outra revolução, até mais vultosa: a tecnológica. Tudo, é claro, a comportar questionamentos de relevada ordem para a pessoa jurídica.”<sup>11</sup>

Historicamente, os indivíduos já civilizados não mediram esforços para se associar com a maior gama de interesses, sejam eles sem fim lucrativo, como, por exemplo, as associações religiosas, beneficentes, etc.; com fim que visa o lucro e, no demais, sociedades comerciais em geral e aquelas que, atualmente, no Brasil,<sup>12</sup> podem figurar em ambas classificações: hospitais, clubes desportivos, etc.<sup>13</sup>

A diferença se encontra no tocante ao objeto social dessas instituições; a sociedade comercial tem por escopo de sua existência a exploração mercantil, ou seja, habitualidade e profissionalismo no

---

<sup>6</sup> Defendida por autores como Savigny, Puchta, Windscheid. Esta teoria considera apenas o homem, ser humano como pessoa abarcada pelo Direito. (MIRANDA, Pontes de. op. cit., p. 383.)

<sup>7</sup> Entre defensores desta, Beseler, Gierbe, Zitelmann, Regelsberger. Segundo Pontes de Miranda eles acertaram o conteúdo da vontade coletiva, que há na pessoa jurídica, mas erram em assimilá-la ao ser vivo. (MIRANDA, Pontes de. ibidem, p. 383.)

Maria Helena Diniz; afirma, “entretanto, essa concepção recai na ficção quando afirma que a pessoa jurídica tem vontade própria, porque o fenômeno volitivo é peculiar ao ser humano e não ao ente coletivo.” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 468.)

<sup>8</sup> IHERING citado por MIRANDA, Pontes de. ibidem, p. 383.

<sup>9</sup> E. HÖLDER citado por MIRANDA, Pontes de. ibidem, p. 383

<sup>10</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *Conceito de Pessoa Jurídica*, p. 7.

<sup>11</sup> RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *Nacionalidade das Sociedades Comerciais*, p. 53.

<sup>12</sup> Em decorrência do regime fiscal optado pela sociedade.

<sup>13</sup> CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, p. 325.

exercício dos atos de comércio e, justamente nisso, se distinguem das demais sociedades.<sup>14</sup>

Pode-se entender a pessoa jurídica como se fosse uma pessoa não natural que, após seu reconhecimento por ordenamento jurídico, é revestida de capacidade jurídica e, assim, poderá exercer direitos e deveres como sujeito de direito.<sup>15</sup>

Haroldo Valladão entende que o termo pessoas jurídicas não é adequado, pois as pessoas naturais também são criações do direito, portanto jurídicas; destarte, prefere o termo pessoas singular e coletiva, ou até mesmo, para a última, pessoa universal.<sup>16</sup>

Pontes de Miranda assevera que a pessoa jurídica possui órgãos, num paralelo às pessoas naturais, e esses fazem que ela funcione com perfeição ou imperfeição, ou seja, o órgão poderá estar doente, no caso da pessoa jurídica má administrada pelo seu representante. Para o autor, quando a pessoa física, na direção da pessoa jurídica, direciona suas ações aquém de suas funções ou do que lhes é permitido, essas já não podem mais ser consideradas de pessoa jurídica, e sim, ações restritas e imputáveis à pessoa natural.<sup>17</sup>

A personalidade jurídica da pessoa moral não se confunde com a de seus sócios ou dirigentes. Estes a representam e respondem pelos atos praticados no exercício desta função. A pessoa jurídica sofre algumas restrições, ou melhor, exceções, quanto a seus direitos e deveres, como, por exemplo, uma empresa que não pode ser condenada à pena de prisão, mas pode ser apenada com multa, impedida de participar de licitações públicas, sofrer restrições administrativas de seu exercício social, etc.

Ensina-nos Carlos Alberto da Motta Pinto, autor português, que a capacidade das pessoas coletivas é limitada se comparadas com as pessoas naturais<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial*, p. 203.

<sup>15</sup> JO, Hee Moon. *Moderno Direito Internacional Privado*, p. 414.

<sup>16</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, p. 430.

<sup>17</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, p. 352.

<sup>18</sup> PINTO, Carlos Alberto da Motta. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 192. O autor designa as pessoas singulares como sinônimo de pessoas físicas ou naturais.

De maneira que, podemos concluir, qualquer ação tomada por pessoa singular no comando de um desses órgãos, é ela passível de sanções administrativas e penais, se for o caso; a empresa poderá ser punida, por atos impróprios, lícitos ou não, a ensejar, em casos extremos, a decretação de falência e conseqüente encerramento de suas atividades. Neste caso a punição é administrativa para a empresa, sendo que seus representantes poderão responder, inclusive, na esfera penal, por eventuais crimes cometidos na gestão da pessoa jurídica sob sua responsabilidade.

Concorda-se com a posição de Haroldo Valladão, quando afirma não ser o termo pessoa jurídica o mais adequado para definir os entes coletivos, pois estes, como o indivíduo, tornam-se jurídicos em virtude de disposição de Direito, observados os requisitos atinentes. De toda sorte, opta-se pelo emprego corrente da expressão pessoa jurídica, por respeito à didática.

## 2.2

### **Evolução histórica**

Ensina Miguel Maria de Serpa Lopes, que a criação moderna da pessoa jurídica advém da composição histórica da ideologia do Direito romano, do Direito germânico e do Direito canônico, compreendidos na disputa entre dois princípios, o da unidade e o da universalidade.<sup>19</sup>

No Direito romano, após a transição, segundo o autor, da *universalidade*, cuja individualidade das pessoas humanas apresentava valor no grupo por eles formado; para a *unidade*, que por sua vez representava a coletividade que agrega ao indivíduo, autonomia e independência, à custa do valor individual da *universalidade*. Esse Direito no princípio, por valorar o Estado e entidades corporativas não estendia a estas característica de sujeito de direito.

Surgem, posteriormente, duas espécies de pessoa jurídica: *universitates personarum*, grupos individuais e, *universitates bonorum*,

---

<sup>19</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, p. 8 e ss.

estabelecimentos, fundações, hospitais entre outras. A *societas* não fazia parte dessa classificação, pois se entendia que elas representavam apenas um contrato, que vinculava os sócios, esses sim sujeitos de Direito.

O conceito, após longo tempo, foi incrementado pelo Direito germânico, que segundo o autor, dava preferência ao termo *societate*, a preterir a pessoa jurídica. Afinal, esse povo valorava o senso de juízo coletivo, no sentido moral da expressão e no sentido jurídico. Definido pelo autor com a seguinte frase: “um por todos e todos por um”.

O Direito canônico, sob influência da ideologia religiosa, que considera a igreja um corpo místico, tratava suas instituições como entes autônomos e independentes. Assim, coaduna-se com o Direito romano, por tratar de “revestimento unitário da pluralidade, uma entidade autônoma em relação aos seus membros componentes, divergindo a concepção canônica apenas quanto à idéia de instituição...”, em contrário senso ao conceito germânico.<sup>20</sup>

Pontes de Miranda ensina que a concepção de pessoa jurídica tem seu início no Império Romano quando o Estado se vê frente à necessidade de entrar no comércio. Assim, o *municipium* passa a ser pessoa de direito privado e ao longo dos anos se aprimora o conceito de pessoa jurídica, bem como, também, aprimorou-se o comércio.<sup>21</sup>

Atualmente a idéia de comércio já não é mais concebida sem a figura da pessoa jurídica, pois não mais se comercializa individualmente o que se encontra na natureza, mas sim o que se produz com ajuda dela; e a produção da maioria dos produtos depende não mais de um só indivíduo, mas de uma coletividade cada vez maior e bem organizada, ou seja, depende da organização de indivíduos, representados por associações e sociedades, por isso a expressão “pessoas coletivas”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. op. cit, p. 10.

<sup>21</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, p. 349.

<sup>22</sup> A expressão “pessoas colectivas” é usada, entre outros, por Carlos Alberto da Motta Pinto. *Teoria Geral do Direito Civil*.

## 2.3

### Natureza jurídica

#### 2.3.1

#### Teoria negativista

As correntes teóricas que se formaram a respeito da pessoa jurídica podem ser divididas em duas: a negativista, dos que negam a sua existência, a dos que consideram uma ficção do Direito e a positivista, formada por diversos autores, doutrina dominante e atual, que reconhecem a pessoa coletiva como sujeito de direitos e deveres, criada pelos mais diversos ordenamentos jurídicos. Cada qual a seu modo.

A nacionalidade da pessoa jurídica, tema adiante abordado, é constantemente empregada para a discussão do assunto em questão; existência ficta ou real da pessoa jurídica.

Nesse sentido a teoria da criação fictícia levada a extremos, apresenta argumentos relacionados com a nacionalidade, cuja capacidade de atribuição somente seria possível às pessoas singulares, pois características como o amor à pátria estão presentes apenas na capacidade intelectual, logicamente ausente na pessoa coletiva.<sup>23</sup>

A nacionalidade foi argumento utilizado em duas decisões, em 30 de setembro de 1920 e em 30 de novembro de 1923, pelo Tribunal Arbitral misto franco-alemão, para negar nacionalidade à sociedade anônima e outra em comandita, pois ela necessariamente conduziria a direitos inaplicáveis às pessoas jurídicas, como direito a voto para cargo eletivo, exercício de funções públicas, serviço militar, entre outros.<sup>24</sup>

Theophilo de Azeredo Santos assevera que o equívoco daquele que se baseia na teoria negativista é inserto na crença de que “o laço de nacionalidade ocasiona, sempre, as mesmas conseqüências” e, ao

---

<sup>23</sup> SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Regime Jurídico das Sociedades Comerciais*, p. 27.

se tratar da nacionalidade da pessoa jurídica, não há intenção de se atribuir a ela qualquer dos atributos atinentes à pessoa física. A pretensão é apenas de inseri-las num contexto jurídico.<sup>25</sup>

Haroldo Valladão afirma que “o delicadíssimo problema das pessoas jurídicas de direito privado no DIP não comporta soluções simplistas, nem radicais, decorrentes de extremismos doutrinários, superadas teorias e doutrinas da ficção, organicista, etc...”<sup>26</sup>

Segundo o mesmo autor, assumir a posição ficcionista é algo inconcebível, pois “proclamar que as sociedades, associações e as fundações não têm capacidade, quando *estão em vigor*, em todos os países, dezenas de *textos* internacionais, constitucionais, legais e regulamentares, que as consagram de maneira clara e positiva... A assemelhação (e não identificação) às pessoas naturais é normal, razoável, e foi a finalidade da criação das pessoas jurídicas.”<sup>27</sup>

Amílcar de Castro, a interpretar Planiol e Ripert, afirma que estes “negam a existência de pessoa, ou sujeito de direito, além do homem. Começam por distinguir a propriedade coletiva da individual indivisa, para chegar à conclusão de que a pessoa jurídica é uma concepção tão falsa quanto inútil, arquitetada para se pôr em lugar dos sujeitos reais da propriedade coletiva, como se esta fosse individual”.<sup>28</sup>

Complementa o referido autor: “Para os grandes civilistas, uma fortaleza, um couraçado, o Louvre, o British Museum, não pertencem ao Estado, mas aos indivíduos que formam a nação; não à França, não à Inglaterra, mas aos franceses, ou aos ingleses, os quais não podem dispor desses bens, porque estão presos a um fim”.<sup>29</sup> Nesse universo, Planiol e Ripert somente reconhecem o ser humano como sujeito titular de direitos.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> SANTOS, Theophilo de Azeredo. op. cit., p. 27.

<sup>25</sup> SANTOS, Theophilo de Azeredo. *ibidem*, p. 31 e 32.

<sup>26</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, p. 430.

<sup>27</sup> VALLADÃO, Haroldo. op. cit., p. 431.

<sup>28</sup> CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, p. 328.

<sup>29</sup> CASTRO, Amílcar de. op. cit., p. 328.

<sup>30</sup> CASTRO, Amílcar de, a citar Planiol e Ripert. *Traité élémentaire de droit civil*. V. I, n. 3.005, p. 984-990, in fine. op. cit., p. 328.

Essas teorias perdem sua eficácia na doutrina contemporânea, pois a existência da pessoa jurídica é inegável e completamente necessária para a economia capitalista da atualidade; numa empresa a personalidade não se confunde com a de seus sócios, bem como essa é reconhecida pela maioria dos Estados da atualidade. Ela deve ser capaz, tal qual a pessoa natural, conforme a lei que estabeleça estes direitos e deveres.

Nesse sentido, a teoria da realidade das instituições jurídicas, de Hauriou e Rènard<sup>31</sup>; a afirmarem ser o Direito que estabelece a personalidade jurídica das pessoas naturais não vêem diferença quanto a esta ser estabelecida para as sociedades, vez que são formadas pela vontade de um grupo de pessoas naturais capazes de associação.

No início do século XX, a doutrina deixava transparecer as dúvidas que pairavam acerca da existência da pessoa jurídica. Alguns afirmavam que ela não existia e outros defendiam ser esta tão real quanto qualquer outro instituto jurídico. Nas palavras de Amílcar de Castro é “com estes que está a razão”.<sup>32</sup>

### 2.3.2

#### **Teoria positivista**

Ao longo do tempo, foram criadas várias teorias que consideram a pessoa jurídica uma realidade. Estas podem ser classificadas didaticamente na Teoria da Realidade Objetiva<sup>33</sup> ao considerar a pessoa jurídica como necessidade real imposta pelas relações sociais. Destarte, afirma João Grandino Rodas inexistir ficção da personalidade jurídica, seja para ocultar patrimônio ou mesmo indivíduos.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Citados por Maria Helena Diniz. (*Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 468.)

<sup>32</sup> CASTRO, Amílcar de. op.cit., p. 325.

<sup>33</sup> Gierke (Teoria Organicista), Zitelmann (Teoria da Vontade) e, Bernatzik e Michoud (Teoria do Direito Subjetivo).

<sup>34</sup> RODAS, João Grandino. *Sociedade Comercial e Estado*, p. 23.

Nas palavras do autor:

As teorias ditas clássicas, embora variegadas, coincidiam em um ponto: buscavam substrato sociológico, a essência ontológica do que em direito se denomina pessoa jurídica. Já as doutrinas contemporâneas, cansadas de dogmatismos das teorias clássicas, vêem a questão sob novo prisma, mormente porque os instrumentos jurídicos tradicionais não são aptos a enfrentar a conformação atual da pessoa jurídica. São características das doutrinas contemporâneas: o abandono da ultrapassada concepção unitária e absoluta da personalidade, a não-aceitação de construções apriorísticas e gerais, e a consideração da personalidade jurídica com meio técnico-jurídico de se alcançar certos objetivos.<sup>35</sup>

Amílcar de Castro, numa visão moderna do instituto e da teoria da pessoa jurídica, considera possível, doutrinariamente, eliminar a instituição pessoa jurídica, pelo simples fato de ela ser uma criação do Direito, portanto “inexistentes no mundo objetivo”. Para o autor, a doutrina jurídica pode ser tanto favorável ao instituto da pessoa jurídica, como desfavorável; já o questionamento acerca do tema “é insolúvel por ser destituída de sentido”; mas deve ser inserto a seu tempo histórico.<sup>36</sup>

A crítica do referido autor faz-se aos que comparam ou relacionam o ser humano com a pessoa, pois aquele existe no mundo objetivo, mas esta é uma criação da ordem jurídica e ambos jamais podem ser confundidos ou identificados como se fosse um só elemento. Em sua concepção não existe sentido em eliminar a pessoa jurídica pelas mesmas razões que não pretendemos eliminar outros institutos criados pela ordem jurídica como, por exemplo, divórcio, enfiteuse e compra e venda, pois se a pessoa jurídica é ficção, esses também o são e nem por isso, fundado neste argumento, pretende-se sua eliminação.<sup>37</sup>

Leonardo Medeiros Régnier aborda o tema ao justificar evolução da pessoa jurídica quando a esta foi atribuída personalidade jurídica e, se o Direito “entende ser necessário o enquadramento das pessoas

---

<sup>35</sup> RODAS, João Grandino. op. cit, p. 26.

<sup>36</sup> CASTRO, Amílcar de. op.cit., p. 329.

<sup>37</sup> CASTRO, Amílcar de. ibidem, p. 329.

jurídicas como sujeito, somos levados a concordar – por alguns aspectos – em que a pessoa jurídica é, por conseguinte, uma *criação do Direito*.<sup>38</sup>

Segue o autor: “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 como os coletivos.”<sup>39</sup>

José Lamartine Corrêa Oliveira, sustenta a necessidade da previsibilidade legal do reconhecimento da pessoa jurídica, quando argumenta que, “para que a lei reconheça, é preciso que reconheça algo que, anteriormente ao reconhecimento, já possua as características ontológicas necessárias ao reconhecimento.”<sup>40</sup> O autor ainda conclui, “a lei não reconhece qualquer coisa”.

Sustenta José Lamartine Corrêa Oliveira, em sua obra:

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 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>41</sup>

Concorda-se, assim, com a doutrina contemporânea e dominante. A pessoa jurídica, não obstante ser uma criação do Direito, é real e representa papel relevante no contexto sócio-econômico moderno a ponto de, nos casos de corporações internacionais, não ser possível identificar o laço de sua criação, mas apenas os atuais representantes

---

<sup>38</sup> RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *Nacionalidade das Sociedades Comerciais*, p. 54.

<sup>39</sup> RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *ibidem*, p. 54.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, p. 17.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *Conceito de Pessoa Jurídica*, p. 164 e 165.

da organização. Estes, por sua vez, em grande número de casos, ocorre na figura de outro ente coletivo.

## 2.4

### Aquisição de personalidade

A legislação brasileira estabelece o momento de aquisição da personalidade jurídica com o registro civil da pessoa jurídica de direito privado, disciplinada pelos artigos 45 e 46, por determinação do art. 985, do Código Civil Brasileiro<sup>42</sup>, bem como os artigos 114 e 121, da Lei n.º 6015/73.<sup>43</sup> Cumpridos os requisitos legais, a sociedade passa a fruir de direitos e obrigações com vida própria e sua personalidade não se confunde com a de seus sócios, no caso de sociedade de responsabilidade limitada<sup>44</sup>. Dessa forma, pode exercer seus direitos e

<sup>42</sup> “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.”

“Art. 46. O registro declarará: I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver; II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores; III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo; V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.”

“Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.”

“Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.”

<sup>43</sup> Lei de Registros Públicos: “Art. 114. No Registro Civil de Pessoas Jurídicas serão inscritos: I - os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública; II - as sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, salvo as anônimas; III - os atos constitutivos e os estatutos dos partidos políticos.”

“Art. 121. Para o registro serão apresentadas duas vias do estatuto, compromisso ou contrato, pelas quais far-se-á o registro mediante petição do representante legal da sociedade, lançando o oficial, nas duas vias, a competente certidão do registro, com o respectivo número de ordem, livro e folha. Uma das vias será entregue ao representante e a outra arquivada em cartório, rubricando o oficial as folhas em que estiver impresso o contrato, compromisso ou estatuto.”

<sup>44</sup> Pode ocorrer a despersonalização da pessoa jurídica; tema disciplinado pelo Código Civil Brasileiro:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

“Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua

adquire a nacionalidade brasileira,<sup>45</sup> salvo registro efetuado por sociedade constituída no estrangeiro. Essa, além do registro, necessita de autorização do governo brasileiro para atuar dentro do território<sup>46</sup>, do mesmo modo que algumas empresas de setores considerados estratégicos, a exemplo de seguradoras<sup>47</sup> ou suas sucursais<sup>48</sup>, montepios, caixa econômicas e bolsas de valores<sup>49</sup>, salvo cooperativas e sindicatos profissionais e agrícolas<sup>50</sup>.

---

dissolução. § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.”

“Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

45 Desde que a sede efetiva da empresa também seja no Brasil, tema adiante abordado.

<sup>46</sup> Art. 11, § 1º da LICCb.

<sup>47</sup> Dec. Lei N.º 2.063/40; Dec. Lei n.º 73/66, “art. 74. A autorização para funcionamento será concedida através de Portaria do Ministro da Indústria e do Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da SUSEP.”

<sup>48</sup> Agências auxiliares da matriz, não se confundem com filiais, que tem vida própria, a essa devem direta subordinação, funcionam como um braço da matriz em local diverso da sede. Pode representar, inclusive, sucursal de empresa estrangeira que deseje atuar em território diverso do de sua constituição e sede principal, portanto, no caso, esta ainda teria que obter uma autorização específica por este motivo do governo brasileiro.

<sup>49</sup> Lei n.º 4.728/65:

“Art. 7º Compete ao Conselho Monetário Nacional fixar as normas gerais a serem observadas na constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores, e relativas a: I - condições de constituição e extinção; forma jurídica; órgãos de administração e seu preenchimento; exercício de poder disciplinar sobre os membros da Bolsa, imposição de penas e condições de exclusão; II - número de sociedades corretoras membros da Bolsa, requisitos ou condições de admissão quanto à idoneidade, capacidade financeira, habilitação técnica dos seus administradores e forma de representação nas Bolsas; III - espécies de operações admitidas nas Bolsas; normas, métodos e práticas a serem observados nessas operações; responsabilidade das sociedades corretoras nas operações; IV - administração financeira das Bolsas; emolumentos, comissões e quaisquer outros custos cobrados pelas Bolsas ou seus membros; V - normas destinadas a evitar ou reprimir manipulações de preços e operações fraudulentas; condições a serem observadas nas operações autorizadas de sustentação de preços; VI - registro das operações a ser mantido pelas Bolsas e seus membros; dados estatísticos a serem apurados pelas Bolsas e fornecidos ao Banco Central; VII - fiscalização do cumprimento de obrigações legais pelas sociedades cujos títulos sejam negociados na Bolsa; VIII - percentagem mínima do preço dos títulos negociados a termo, que deverá ser obrigatoriamente liquidada à vista; IX - crédito para aquisição de títulos e valores mobiliários no mercado de capitais. § 1º Exceto na matéria prevista no inciso VIII, as normas a que se refere este artigo somente poderão ser aprovadas pelo Conselho Monetário Nacional depois de publicadas para receber sugestões durante 30 (trinta) dias. § 2º As sugestões referidas no parágrafo anterior serão feitas por escrito, por intermédio do Banco Central.”

“Art. 8º A intermediação dos negócios nas Bolsas de Valores será exercida por sociedades corretoras membros da Bolsa, cujo capital mínimo será fixado pelo Conselho Monetário Nacional. § 1º *Revogado*. § 2º As sociedades referidas neste artigo somente poderão funcionar depois de autorizadas pelo Banco Central, e a investidura dos seus dirigentes estará sujeita às condições legais vigentes para os administradores de instituições financeiras. § 3º Nas condições fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, a sociedade corretora poderá ser membro de mais de uma Bolsa de Valores. § 4º Os administradores das sociedades corretoras não poderão exercer qualquer cargo administrativo, consultivo, fiscal ou deliberativo em outras empresas cujos títulos ou valores mobiliários sejam negociados em Bolsa. § 5º As sociedades referidas neste artigo, ainda que não revistam a forma anônima, são obrigadas a observar as normas

## 2.5

### Reconhecimento da pessoa jurídica de direito privado estrangeira

O reconhecimento da pessoa jurídica de direito privado estrangeira é um problema a ser resolvido pelo Direito Internacional Privado, pois ela ainda não goza dos direitos que as pessoas naturais gozam.

Miguel Maria de Serpa Lopes afirma, em sua obra:

Todos quantos consideram as pessoas jurídicas como realidades, sejam quais forem os fundamentos de onde partam, atribuem os mais largos efeitos internacionais a essas entidades, e se algumas restrições fazem, concernem exclusivamente aos efeitos desse reconhecimento, à condição do exercício dos direitos, que, em princípio, lhe são reconhecidos.<sup>51</sup>

A importância do reconhecimento pode ser extraída das palavras de Hee Moon Jo: “Qualquer pessoa jurídica tem o local de incorporação no qual adquire personalidade jurídica. Para que essa pessoa jurídica possa vir a atuar em outro país, deverá adquirir a personalidade jurídica daquele país, ou então, ter sua personalidade jurídica reconhecida naquele país”<sup>52</sup>.

Para Maria Helena Diniz: “Pessoas jurídicas constituídas de conformidade com a lei do lugar onde nasceram serão tidas como válidas em outros Estados que as reconheçam”<sup>53</sup>.

A autora chama a atenção para a diferença entre reconhecer a personalidade jurídica e a autorização para funcionar em país diverso de sua nacionalidade. No primeiro caso, esse reconhecimento é feito

de que trata o art. 20, § 1º, "a", "b". § 6º O Conselho Monetário Nacional assegurará aos atuais corretores de fundos públicos a faculdade de se registrarem no Banco Central, para intermediar a negociação nas Bolsas de Valores, sob a forma da firma individual, observados os mesmos requisitos estabelecidos para as sociedades corretoras previstas neste artigo, e sob a condição de extinção da firma, por morte do respectivo titular, ou pela participação deste em sociedade corretora.”

Resolução n.º 39/66; Lei n.º 6.385/76 e Lei n.º 6.404/76, Lei das Sociedades Anônimas.

<sup>50</sup> CLT artigos 511 e seguintes; CF, art. 8º, I e II.

<sup>51</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, p. 19.

<sup>52</sup> JO, Hee Moon. *Moderno Direito Internacional Privado*, p. 416.

<sup>53</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, p.297.

pelo Estado de sua constituição e no segundo, depende do Estado cuja empresa pretenda se instalar para exercer suas funções. Quando da autorização deferida, a pessoa coletiva adquire o que a autora chama de, “capacidade funcional”.

Eduardo Espinola argumenta que a personalidade jurídica das pessoas físicas é aceita por todos os países do mundo civilizado, e afirma que se trata de uma regra de Direito Internacional, embora pondere que o mesmo não ocorre com as pessoas morais. Para o autor, houve um grande movimento no final do século XIX no que diz respeito às relações internacionais. Esse movimento atingiu o ápice no século passado, que “devia necessariamente conduzir as sociedades de toda a natureza constituídas num Estado a entrar em relações com os indivíduos e as sociedades e empresas de outros Estados, em cujo território teriam de fazer valer os seus direitos para praticar e exercer os seus direitos privados em território estrangeiro, como a aquisição de bens móveis e imóveis, a constituição de direitos creditórios resultantes dos contratos de compra e venda internacionais, que todos os dias se ajustam em número avultadíssimo, ou o recebimento de bens por sucessão causa mortis.”<sup>54</sup>

Para o referido autor, o “fenômeno” do reconhecimento propicia possibilidade das pessoas coletivas terem seus direitos reconhecidos em “qualquer parte onde surjam dúvidas e controvérsias em torno das relações jurídicas estabelecidas.”<sup>55</sup>

Eduardo Espinola complementa seu raciocínio ao afirmar não existir regra de direito internacional que reconheça a personalidade jurídica das pessoas coletivas, mas de toda sorte não se encontra em país algum a recusa absoluta da qualidade de sujeito de direitos a essas.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, p. 139.

<sup>55</sup> ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *ibidem*, p. 139.

<sup>56</sup> ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *ibidem*, p. 139.

O reconhecimento de que não só a pessoa natural possui personalidade jurídica é notório em quase todos os autores, dentre os quais a doutrina francesa. Juntamente com aquele, o direito positivo de países modernos reconhece a outros entes a qualidade de sujeito de direito.<sup>57</sup>

Jean-Pierre Niboyet, em análise do mundo contemporâneo, escreve:

Desde um século, e, particularmente, depois de 1914, o mundo se transformou. Por toda a parte, desapareceram as empresas individuais diante das sociedades de capitais. Hoje, no mundo, os indivíduos agem sob a forma coletiva. Trate-se de interesses profissionais, ou de outros, a associação se substitui à ação individual. De nada serve negar essa constatação. Não é singular que dois estrangeiros, se agem individualmente, possam fazer reconhecer os seus direitos, ao passo que, constituindo, no seu país, uma pessoa jurídica, se arriscam a vê-la sem personalidade fora da pátria?<sup>58</sup>

Ainda, segundo Eduardo Espinola, os países obedecem a “dois sistemas fundamentalmente distintos”. Há os que seguem a teoria da ficção, que só admite o reconhecimento com autorização do Estado, e os que seguem o princípio da realidade da pessoa jurídica. Nestes, não há necessidade de qualquer tipo de reconhecimento, no tocante à personalidade jurídica de pessoa jurídica de direito privado estrangeira. O primeiro sistema está cada vez mais em desuso, pois os países que ainda adotam a teoria da ficção tendem ao reconhecimento automático. “Também quanto às sociedades civis estrangeiras, o reconhecimento da sua personalidade jurídica está relacionado com o caráter, que lhes atribui a lei do Estado, onde se constituíram. A tendência, de modo geral, é para o reconhecimento de pleno direito, independentemente de qualquer autorização”<sup>59</sup>.

Para Pontes de Miranda, “o reconhecimento das pessoas jurídicas criadas noutra direito depende do direito interno de cada

---

<sup>57</sup> ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. op. cit., p. 122.

<sup>58</sup> NIBOYET, Jean-Pierre. *Traité de Droit International Privé*, vol. 2º, 1938, p. 319, apud, ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. op. cit., p. 141.

<sup>59</sup> ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. op. cit., p. 142

Estado, onde se cria de novo”,<sup>60</sup> sendo assim no Brasil, segundo Amílcar de Castro, a pessoa jurídica de direito privado estrangeira é reconhecida pela lei brasileira, com base no princípio da continuidade das leis, pois assim era vislumbrado no art. 19 da antiga lei de introdução ao Código Civil Brasileiro,<sup>61</sup> a despeito deste não fazer parte do texto da Lei de Introdução vigente, “consagrado pelo art. 2º da mesma Lei de Introdução, uma vez que se harmoniza tanto com a disposição do art. 11, como com a do art. 17, interpretado a *contrario sensu*.”<sup>62</sup>

Theophilo de Azeredo Santos segue o mesmo raciocínio. Para este autor, a vigência do artigo 19 da antiga Lei de Introdução é implícita pelo mesmo princípio *supra* citado, pois não houve a revogação tácita ou expressa, na conformidade com o disposto no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando estipula a validade de lei, não temporária, até o momento que outra a revogue ou modifique.

A legislação brasileira não é clara quanto à distinção entre nacionalidade e lei aplicável à pessoa jurídica, e apesar de serem duas situações distintas, optou-se por subdividir o tema nesta, nos próximos dois capítulos, sendo que o primeiro trata da nacionalidade da pessoa jurídica e o segundo trata da lei aplicável, mas com forte influência do tema da nacionalidade, pois se entende estar a nacionalidade intimamente ligado à lei aplicável.

---

<sup>60</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Internacional Privado*, p. 478.

<sup>61</sup> Dispunha o artigo 19 da antiga lei de introdução ao código civil brasileiro: “São reconhecidas as pessoas jurídicas estrangeiras.”

<sup>62</sup> CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, p. 347.

## 3

### A nacionalidade da pessoa jurídica

#### 3.1

##### Conceito da nacionalidade

A nacionalidade é um vínculo jurídico de direito público segundo o qual uma pessoa é membro da comunidade política que um Estado constitui, conforme o direito vigente no mesmo.<sup>63</sup>

#### 3.2

##### Efeitos da nacionalidade

O conceito da nacionalidade, se bem que referido à qualidade da pessoa, faz alusão mais caracteristicamente à pessoa física. Isso se observa nos seguintes efeitos, que relacionados aos indivíduos, operam o vínculo da nacionalidade no direito interno e no direito internacional.<sup>64</sup>

##### 3.2.1

##### Nas pessoas físicas

Analisa-se aqui, brevemente, os efeitos da nacionalidade nas pessoas naturais, cujo cunho é possibilitar ao leitor a simples comparação com os efeitos nas pessoas coletivas, adiante analisado.

---

<sup>63</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, p. 153. MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*, p. 100 e ss.

<sup>64</sup> Obra completa sobre o tema: LOUSSOUARN, Yvon. *Les Conflits de Lois em Matière de Sociétés*. A doutrina argentina também dá tratamento à questão, vide ROMERO Del Prado, Víctor Nicolás. *Manual de Derecho Internacional Privado*.

a) Outorga a determinadas pessoas os direitos e os deveres políticos e determina suas obrigações militares;

b) Faculta para o desempenho de determinadas funções públicas;

c) Autoriza a obtenção do passaporte, retorno e/ou repatriação.

d) Habilita para obter a proteção diplomática do Estado caso interesses de seus nacionais sejam lesionados no estrangeiro. Por outra parte, em matéria de direito privado, a nacionalidade serve de ponto de conexão para regular o estatuto pessoal (estado e capacidade das pessoas), certas relações de família e o regime sucessório em países do grupo continental europeu e alguns americanos (Costa Rica, Cuba e Venezuela).

Todos esses efeitos vinculam-se à qualidade individual, pessoa física, do sujeito de direitos como consequência de sua condição de nacional.

### 3.2.2

#### **Nas pessoas jurídicas**

O que ocorre em matéria de pessoas jurídicas?

No caso de atribuir-se nacionalidade, os efeitos mencionados nas letras *a*, *b* e *c*, *supra*, direitos e deveres políticos, exercício de funções públicas, direito ao passaporte, retorno e repatriação são atributivos das pessoas físicas e não teriam relevância alguma em se tratando de pessoas jurídicas.<sup>65</sup>

Mais delicada é a solução relacionada à proteção diplomática (letra *d*) no caso de interesses da pessoa jurídica serem aviltados no estrangeiro. Isso provocaria um caso de responsabilidade internacional do Estado, quando, e somente quando, tiver incorrido em injustiça, decorrente de ato ilícito por parte do Estado estrangeiro, esgotado no

---

<sup>65</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, p. 143 e ss. LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre. *Droit International Privé*, p. 653 e ss.

mesmo os recursos locais de administrar a Justiça. Nesses casos, poderá intervir o Estado dos nacionais afetados.<sup>66</sup>

Para Luiz Viana, se necessário diferenciar nacionais de estrangeiros, por parte do Estado, a fim de excluir certos direitos da égide dos forasteiros, torna-se incompreensível a idéia de não se estender esse raciocínio a indivíduos no exercício de atividades sob a forma coletiva, pois, por sua vez, essa sob ponto de vista econômico é consideravelmente mais forte, o que importa em maior perigo para o Estado. “Por esta razão, julgamos absolutamente indispensável aplicar-se às sociedades a noção de nacionalidade, embora nessa não possamos encontrar todas as características técnicas da nacionalidade, em relação às pessoa físicas.”<sup>67</sup>

Na classificação de pessoas jurídicas, as sociedades comerciais desempenham um papel relevante. A importância dos capitais que representam e a índole variada de sua atividade, fazem-nas um elemento cuja atuação seja objeto da mais cuidadosa atenção por parte do Estado. Este legisla, de forma prolixa, todos os requisitos de vida, atuação, direitos, deveres e extinção das sociedades, vez que

---

<sup>66</sup> Consultar CAICEDO Castilla, José Joaquín. *Derecho Internacional Privado*, p. 54 e ss. O alcance de dita intervenção do Estado fora precisado por dois argentinos: Carlos Calvo e Luis Maria Drago. O primeiro dizia, em seu tratado de Direito Internacional (Paris, 1968), ao comentar as intervenções armadas francesas no México e franco-inglesa no Rio da Prata: “Segundo o direito internacional estrito, a cobrança de créditos e a gestão de reclamações privadas não justificam de plano a intervenção dos governos e, como os Estados europeus seguem invariavelmente essa regra em suas relações recíprocas, não tem razão para que não se lhe imponham também em suas relações com os Estados do Novo Mundo.” Tal doutrina originou a chamada “Cláusula Calvo”; incluída em certos contratos entre um Estado e uma pessoa de nacionalidade estrangeira. A tese do Ministro das Relações Exteriores, Luis Maria Drago, fora formulada em 1902 no plano do direito público internacional, ante as medidas de força tomadas pela Alemanha, Grã-Bretanha e Itália contra a Venezuela. Dizia o *Canciller* na nota dirigida ao representante argentino em Washington, em 29 de dezembro de 1902: “...O único que a República Argentina sustenta e o que viria com a grande satisfação consagrado com motivos dos sucessos da Venezuela... é o princípio já aceito de que não pode haver expansão territorial na América, nem opressão dos povos desse continente, porque uma desgraçada situação financeira pudesse levar a alguns deles a diferir o cumprimento de seus compromissos; em uma palavra, o princípio que quisera ver reconhecido é o de que a dívida pública não pode dar lugar à intervenção armada nem à ocupação material do solo das nações americanas por uma potência européia”. Na Declaração de princípio sobre solidariedade e cooperação americanas, formulada em 21 de dezembro de 1936, na Conferência Extraordinária de Buenos Aires, todos os Estados americanos expressaram, sem limitações, que “o princípio de que é ilícito a cobrança compulsiva das obrigações pecuniárias” é aceito pela comunidade internacional americana. RODAS, João Grandino. *Sociedade Comercial e Estado*, p. 359 e ss, mais especificamente quando trata do caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*.

<sup>67</sup> VIANA, Luiz. *Da Nacionalidade das Sociedades*, p. 19.

exerce sobre elas, por intermédio de seus órgãos administrativos competentes, uma determinada supervisão. Isso, na ordem interna.

Quando a sociedade comercial se internacionaliza, vale dizer, vincula seu campo de ação e atuação ao de duas ou mais soberanias de igual hierarquia, mas diversas, sua importância e a índole de sua atividade cobram uma transcendência maior.

Essa atividade será primordial quando afete interesses locais vinculados ao desenvolvimento e ao crescimento econômico dos países em que sociedades estrangeiras concorrem com seus capitais para o exercício de atividades estreitamente vinculadas com aqueles interesses e objetivos.

Entra-se, assim, no campo da extraterritorialidade das pessoas jurídicas e, dentro delas, especialmente, das sociedades comerciais. Em dito campo, que pertencem ao Direito Internacional Privado, configura-se o meio mais adequado discutir a questão de sua nacionalidade. Aqui haverá se elucidar os seguintes aspectos:

Em primeiro lugar, têm nacionalidade as sociedades comerciais?

Em caso afirmativo, que funções cumprem?

### 3.3

#### **Nacionalidade no direito comparado**

Relacionado ao primeiro aspecto, cabe distinguir dentro do direito comparado os países do grupo continental europeu, que admitem, na maioria de sua doutrina e jurisprudência, a nacionalidade das sociedades. Alguns autores a objetam, pois se a nacionalidade é a pertença legal à provação jurídica de um Estado, deve-se reconhecer que a provação de um Estado se compõe de pessoas físicas e não de pessoas morais. Estas seriam apenas um modo de atividade das pessoas físicas.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> BATTIFOL, Henri. *Droit international privé*, p. 221.

Para Jean-Pierre Niboyet, a verdadeira nacionalidade cria uma relação de ordem política entre um indivíduo e um Estado. “O Direito Internacional não tem conhecido outra, e somente o indivíduo, a pessoa física, é suscetível de possuir uma nacionalidade”. Se se trata da conexão de uma sociedade com um Estado e por fim com suas leis, juridicamente a palavra “estatuto” seria muito mais acertada que a de nacionalidade. A sociedade não seria mais que um contrato, mais ou menos regulamentado, e não poderia, como tal, engendrar um ente dotado de nacionalidade, atributo eminentemente político.<sup>69</sup>

Henri Battifol, ao contrário, indica que não é inexato falar de nacionalidade de sociedades, a condição de que essa noção, pela analogia que apresenta com a nacionalidade das pessoas físicas, deve ser claramente distinguida. A atividade coletiva é controlada pelo Estado como atividade individual e é, à vez, mais estreitamente regulamentada em razão dos perigos com que intimida a autoridade do Estado e a liberdade dos particulares. Agrega o citado autor que, se a atividade individual dos estrangeiros na França está sujeita a uma regulamentação própria, seria paradoxal que sua atividade coletiva não estivesse submetida a um controle do mesmo gênero, mas mais estreito, em razão do poderio desse modo de ação.<sup>70</sup>

Em sentido inverso – diz Henri Battifol – o Estado exerce, no estrangeiro, a proteção diplomática de seus nacionais; conclui Tratados em seu proveito; pode então desinteressar-se da atividade coletiva desses nacionais? É preciso, pois, discriminar os grupos constitutivos de uma atividade estrangeira por oposição aqueles cuja atividade se reputa francesa: é a noção da nacionalidade das sociedades.<sup>71</sup>

Segundo, ainda, Henri Battifol, a nacionalidade das pessoas morais é, pois, uma noção bastante próxima à nacionalidade de

---

<sup>69</sup> NIBOYET, Jean-Pierre. *Traité de Droit international Privé Français*, p. 34. NIBOYET, Jean-Pierre. *Princípios de Derecho Internacional Privado*, p. 76.

<sup>70</sup> BATTIFOL, Henri. *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*, p. 55 e ss.

<sup>71</sup> BATTIFOL, Henri. *op. cit.*, p. 57.

navios, barcos e aeronaves, que expressam também as atividades nacionais ou estrangeiras.<sup>72</sup>

Existe, entretanto, entre ambas as categorias, a diferença de que as pessoas morais constituem os sujeitos de direitos, enquanto que os navios, barcos e aeronaves são os objetos de direitos. E se a idéia da nacionalidade convém ao homem como sujeito de direitos, ela se volta a encontrar na sociedade, que o Direito considera também como uma pessoa. O navio, sem ser mais do que uma coisa, somente é a ocasião de uma atividade humana que sua “nacionalidade” vincula a um país determinado.

O princípio da nacionalidade das sociedades prevalece, tem-se dito, no grupo continental europeu. Nos países anglo-saxões, Inglaterra e Estados Unidos da América, como também no Brasil, Peru, Cuba, Guatemala e Rússia não se estabelece o problema da nacionalidade das corporações.

O direito anglo-saxão regula as sociedades pelo direito do país de onde têm sido incorporadas (teoria da incorporação). O fato de ter sido incorporada uma sociedade ao direito de um Estado determinado (por uma lei especial do Parlamento, pela lei de um corpo administrativo ou por cumprimento de todos os requisitos estabelecidos por uma lei geral), determinará, para dita sociedade, o direito à proteção diplomática do Estado de onde foi incorporada.

Essa posição não é somente abonada por razões políticas, mas que também coincide historicamente com o surgimento de concepções antropomórficas para explicar a existência de entes privados. Entre 1868 e 1881, Gierke publica seus trabalhos em apoio da tese organicista<sup>73</sup>, explicando às entidades coletivas como organismos dotados de vontade e capacidade, com vida própria, independente de toda intervenção estatal. Essa identificação com o homem não poderia deixar de prolongar-se ao campo de sua atuação internacional; se o nascimento em um território determinado é o mais comum dos meios de aquisição de nacionalidade para as pessoas físicas, esse fato da

---

<sup>72</sup> BATTIFOL, Henri. *ibidem*.

<sup>73</sup> Intitulada *Das deutsche genossenschaftrecht*, em três volumes. Para mais detalhes, consultar BALESTRA, Ricardo R. *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*.

natureza devia ter sua correlação na incorporação das sociedades a um ordenamento específico. E seguindo tais idéias, ter-lhes-ia outorgado às pessoas jurídicas um nome, domicílio, patrimônio, falado de sua morte e, é evidente, imputar-lhes uma determinada nacionalidade.

Não se deve perder de vista, entretanto, que o conceito é controvertido ainda para sua atribuição a seres humanos, desde o momento em que os critérios variam de país para país (*jus solis, jus sanguinis*). Quanto mais de sê-lo para entidades que possuem uma estrutura diversa e mais completa, cuja atração pode efetivar-se simultaneamente em *territorium legis* diferenciados, ao tempo que seu controle o exercem nacionais de um deles, de um terceiro Estado ou de membros de vários, ao mesmo tempo.

É importante, portanto, recordar qual tem de ser a particular importância da atribuição de nacionalidade às pessoas jurídicas; isto é, imputar certas conseqüências e se são verificados determinados antecedentes.

### 3.4

#### **Nacionalidade segundo a doutrina Irigoyen**

Na América Latina, merece destaque, em matéria de nacionalidade das sociedades, a doutrina Irigoyen, formulada em 1876 pelo então ministro argentino de Relações Exteriores, Dr. Bernardo de Irigoyen.<sup>74</sup>

Nesse ano, havia-se implantado um grave conflito, entre a província de Santa Fé, o Banco de Londres e o Rio da Prata. A província havia ditado uma lei ordenando a conversão em ouro as emissões de papel moeda autorizadas pelo governo local. Como o Banco de Londres não realizara dita conversão e dispusera do ouro em outras operações, o governo local tomou medidas sancionatórias contra a sucursal e seus representantes. Isso deu origem a uma

---

<sup>74</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 71 e ss. Vide também SANTOS, Antonio Marques dos. *Algumas reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público*, p. 12 e ss.

reclamação diplomática do governo inglês a que respondeu o ministro Irigoyen, nestes termos: “As pessoas jurídicas devem exclusivamente sua existência à lei do país que as autoriza e por conseguinte elas não são nacionais nem estrangeiras.”<sup>75</sup>

“A sociedade anônima é uma pessoa distinta dos indivíduos que a formam e embora ela seja exclusivamente formada por cidadãos estrangeiros, não tem direito à proteção diplomática.”<sup>76</sup>

A doutrina Irigoyen sustentada por numerosos países latino-americanos, funda-se no interesse nacional dos países de imigração, receptores de capital que, frente a sociedades de capital, poderosas no amparo do anonimato de suas ações, poderiam ver-se outra vez sujeitos a reclamações diplomáticas dos Estados exportadores de capital, nos casos de atribuir-lhes aquelas sociedades tal ou qual nacionalidade.<sup>77</sup>

Na realidade, o então chanceler não generalizou seus conceitos, limitando-os às sociedades anônimas. Em sua segunda e última nota, indica que “se as ações se transferem, o que hoje é inglês pode passar com facilidade a outros países”. O Banco de Londres, segundo o direito inglês, possuía um vínculo que ressaltava os aspectos pessoais dos sócios com mais firmeza que os estritos anônimos. A reclamação britânica não deixou, então, de se fazer sentir. O fato é que Irigoyen considerava as sociedades desse tipo como “união de capitais” sem nacionalidade alguma, e em um mundo em que era direito indiscutível dos Estados o oferecimento de proteção diplomática aos seus súditos, negar essa vinculação era a única solução possível diante do avanço da força britânica, solução que levou a uma extrema generalização a outros tipos societários que não estiveram na intenção do ministro incluí-los.<sup>78</sup>

Essa posição seria revisada, repetidamente, na América Latina ao receber numerosos capitais estrangeiros e tornar-se necessário diferenciar entre sociedades nacionais e estrangeiras.

---

<sup>75</sup> BALESTRA, Ricardo R. *ibidem*.

<sup>76</sup> BALESTRA, Ricardo R. *ibidem*.

<sup>77</sup> SANTOS, Antonio Marques dos. *op. cit.*, p. 14.

<sup>78</sup> SANTOS, Antonio Marques dos. *ibidem*.

### 3.5

#### Nacionalidade no Código de Bustamante

Um grupo de 15 países latino-americanos (Bolívia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Equador, Chile, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Peru, Panamá, República Dominicana e Venezuela), assinaram e ratificaram, entre 1928 e 1933, o Código de Direito Internacional Privado, preparado pelos doutores Matos, Octavio e Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, com redação do último mencionado.<sup>79</sup>

O mesmo se refere ao problema da nacionalidade no Capítulo I do Título Primeiro (Das pessoas), do Livro Primeiro, dedicado ao Direito Civil Internacional. No artigo 9º, dispõe-se:

Cada Estado contratante aplicará seu próprio direito à determinação da nacionalidade de origem de toda pessoa individual ou jurídica e de sua aquisição, perda ou reintegração posterior, que se tenham realizado dentro ou fora de seu território, quando uma das nacionalidades sujeitas a controvérsias seja a de dito Estado. Nos demais casos, regerão as disposições que estabelecem os artigos restantes desse capítulo.

Para as sociedades civis, mercantis ou industriais que não sejam anônimas, rege o artigo 18: terão a nacionalidade que estabeleça o contrato social e, em seu caso, a do lugar onde radica habitualmente sua gerência ou direção principal.

Relacionado às sociedades anônimas, preceitua o artigo 19 que “determinar-se-á a nacionalidade pelo contrato social e, em seu caso, pela lei do lugar em que se reúne normalmente a Junta Geral de Acionistas e, em sua falta, pela do lugar em que radique sua principal Junta ou Conselho diretivo ou administrativo”.

Esses critérios não conformavam, entretanto, a unanimidade de critérios dos membros da Sexta Conferência Internacional Americana de 1928, em Havana. Por isso, agregou-se o art. 21 que estabeleceu: “As disposições do art. 9, no que se refere a pessoas jurídicas e as

---

<sup>79</sup> BALESTRA, Ricardo R. *Las sociedades en el derecho internacional privado*, p. 34.

dos artigos 16 a 20, não serão aplicadas nos Estados contratantes que não atribuam nacionalidade a ditas pessoas jurídicas”.

Entretanto, o grupo de Estados minoritário (Argentina, Paraguai, Colômbia, Costa Rica e a República Dominicana) manteve-se fiel à doutrina Irigoyen e formularam a seguinte reserva: “Que não entenderiam para nada, aprovar direta ou indiretamente as disposições que são contrárias à regra de que as pessoas jurídicas devem exclusivamente sua existência à lei do Estado que as autoriza e que em conseqüência não são nem nacionais nem estrangeiras”.<sup>80</sup>

Esse é o panorama geral do direito comparado quanto à atribuição de nacionalidade às sociedades comerciais.

### **3.6**

#### **Função da nacionalidade: lei aplicável, controle e jurisdição competente**

Tem-se visto, ao tratar dos efeitos da nacionalidade em geral, o direito dos nacionais e as pessoas jurídicas (sociedades inclusas) à proteção diplomática do Estado de sua nacionalidade, caso seus interesses sejam danificados no estrangeiro. Esse é um efeito próprio do Direito Internacional Público. No campo do Direito Internacional Privado, a atuação extraterritorial das sociedades estabelece três ordens de problemas:

a) Determinar a lei aplicável à 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 entender assuntos internos das sociedades e entre elas e terceiros.

O primeiro constitui um problema estático: tem por base elementos legais harmônicos ou conflituais.

O segundo e terceiro são de índole mais dinâmica e de criação pelos poderes dos Estados soberanos. Eles estabelecem uma normativa destinada, principalmente, à defesa dos interesses da Nação.

Para os da atribuição de nacionalidade às sociedades, o domínio do direito que deverá regular sua constituição e funcionamento será o de sua lei nacional.

Os critérios, entretanto, para determinar a nacionalidade das sociedades não são coincidentes.

#### a) Critérios atributivos de nacionalidade

Em primeiro lugar, alguns autores de Direito Internacional Privado, como Trías Bes, na Espanha, sustenta que a nacionalidade das sociedades depende exclusivamente da vontade de seus sócios.<sup>80</sup> Eles estabeleceriam, livremente, no contrato social, a nacionalidade da sociedade. Observe-se que tal critério da autonomia tem sido seguido pelo Código Bustamante, nos seus artigos 18 e 19, em matéria de sociedades em geral e de sociedades anônimas.

#### b) Código Bustamante

É coerente com a posição adotada por seu autor na matéria legislativa, ao dizer: “A liberdade alcança ao direito privado como ao público e a sociedade política não impõe suas legislações às pessoas quando não o requer seu próprio bem como entidade jurídica, nem sequer ao bem coletivo”. Assim, como em matéria contratual faculta às partes eleger a lei aplicável à relação, não oferece reparos a uma ação similar em direito societário.

Essa teoria teve aceitação na Alemanha até meados da década de trinta, quando fora acusada de favorecer a fraude. Não parece essa crítica demasiada, pois prevalece desde o momento em que a tal “fraude” não constitua senão o exercício de um direito acordado legalmente.

---

<sup>80</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 43.

<sup>81</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 50.

Critica-se também essa concepção, vez que a natureza da nacionalidade, vínculo de direito público, intimamente dependente da soberania dos Estados, não seria suscetível de ser criada contratualmente pelos particulares em função de sua conveniência, ou com intenção fraudulenta.

### 3.7

#### **Nacionalidade segundo critério da autorização, local da constituição ou incorporação**

Em segundo lugar, deve-se mencionar a teoria da autorização, também referida na doutrina, como da constituição ou incorporação. A mesma faz depender o estatuto regulador da sociedade do direito daquele país ao que está vinculada. A ela tem-se referido ao tratar o primeiro aspecto da questão da nacionalidade.

Para essa teoria, a nacionalidade deriva da lei que deu vida a aquela. É a teoria adotada pelos países anglo-americanos, da *Common Law*, Rússia, países da América Latina<sup>82</sup> e também pela Alemanha.<sup>83</sup> Segundo Eduardo Espinola a teoria ainda encontra defensores entre os italianos e alguns escritores franceses. É considerado o Sistema de Pillet,<sup>84</sup> e adotado pelo Direito brasileiro<sup>85</sup>. A teoria é uma consequência da doutrina da ficção: a pessoa jurídica não é senão uma ficção que deve à autorização do Estado o começo de sua existência.

---

<sup>82</sup> Ver Código de Bustamante.

<sup>83</sup> Exige-se também que a sede social seja no país da incorporação. O autor cita, “uma decisão do *Reichsgericht*, de 9 de março de 1904, que, em relação a uma sociedade fundada e organizada nos Estados Unidos, onde tinha a sua sede nominal, ao passo que na Alemanha estava sua gestão definitiva, aí se reunindo as suas assembléias e conselhos de administração, compostos de indivíduos domiciliados nesse país, declarou serem determinados pela lei alemã os direitos de uma sociedade, fundada e organizada no estrangeiro, quando a sua sede social é na Alemanha.” ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. op. cit., p. 129.

<sup>84</sup> ROCHA, Osires. *Curso de Direito Internacional Privado*, p. 106.

Já Hee Moon Jo, diz ter sido esta teoria “desenvolvida na Inglaterra, no século XVIII.” *Moderno Direito Internacional Privado*, p. 420.

<sup>85</sup> Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. “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.”

Esse critério possui seus críticos,<sup>86</sup> pois, segundo estes, é extremamente fácil de fraudar a lei quando da aplicação daquele. Poderia a empresa ser constituída num país cujas leis prevejam obrigações menos onerosas e assim, após sua constituição passar a exercer suas atividades no país que preexistia seu interesse comercial.

Um prestigioso autor alemão, professor em Oxford logo depois da última guerra, Martin Wolff, indica e reconhece os inconvenientes dessa posição. Efetivamente, indica Martin Wolff que “as razões pelas quais os promotores que fazem negócio em seu próprio Estado preferem submeter sua corporação a um direito diferente não são sempre muito honradas.”<sup>87</sup> O direito de seu Estado pode ser mais rígido com respeito à sua responsabilidade para os acionistas ou credores do que convém aos seus propósitos, ou pode conceder-lhes uns poucos mais poderes, ou requerer estrito ajuste de contas anuais ou assegurar a publicidade inconveniente de suas atividades, ou fazer o ato de incorporação mais custoso que o Direito de outro Estado. Em todos esses casos, a lei pessoal da corporação não é a lei da sede real, mas a lei do Estado da incorporação. Como isso seria o ponto débil da doutrina da incorporação tem-se buscado superar o problema da fraude à lei (eleição de outra lei mais favorável sem conexão alguma com o centro de atividades sociais)<sup>88</sup> por disposições da lei da incorporação, concedendo personalidade somente àquelas sociedades que estabelecem seu centro real de administração no território do Estado.

Dar-se-ia, assim, uma real conexão entre o centro de administração social e o país do que receberia nacionalidade a sociedade.

---

<sup>86</sup> Jacob Dolinger; cita Jean Derrupé como crítico a esse critério, “demasiadamente formalista, dependente da vontade dos fundadores, permitindo, assim, escolhas arbitrárias e abusivas.” (*Direito Internacional Privado*, p. 436.)

<sup>87</sup> WOLFF, Martin. *Derecho Internacional Privado*, p. 45.

<sup>88</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, p. 33.

### 3.8

#### **Nacionalidade segundo a nacionalidade dos sócios**

Um terceiro critério seria a nacionalidade dos sócios para determinar, por sua vez, a da sociedade. Mas, esta, tropeça no inconveniente comum de sociedades de capital cujos membros têm uma nacionalidade diferente, especialmente, as sociedades anônimas.<sup>89</sup>

### 3.9

#### **Nacionalidade segundo a propriedade do capital**

Em quarto lugar, Thaller sustenta, como critério atributivo de nacionalidade, a propriedade do capital e a nacionalidade dos sócios. Em um esboço de reforma da legislação de estrangeiros, nas relações franco-alemãs sustentava, particularmente, que<sup>90</sup>:

a) nas sociedades francesas, mais da metade do capital deve pertencer aos franceses;

b) cada sociedade deve indicar sua nacionalidade na denominação de tal sociedade;

c) as ações ao portador devem ser absolutamente proibidas por lei;

d) deve se fazer conhecer a nacionalidade da sociedade com o ato formal de sua constituição e o depósito anual do elenco de sócios, com indicação de sua nacionalidade.

O domicílio da sociedade, segundo havia sido sustentado em um trabalho anterior por Thaller, determina a nacionalidade daquela. Esse domicílio encontra-se no lugar de subscrição dos capitais. Frente a isso, poderia aduzir-se que o de subscrição é um lugar contingente que pode ou não coincidir com o de origem do capital.

---

<sup>89</sup> Vide VICO, Carlos M. *Curso de Derecho Internacional Privado Dictado en las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata*. t. III, p. 194 e 97, e Solá CAÑIZARES, *Aspectos de las Sociedades Anónimas en el Derecho Comparado*, p. 395, em favor da nacionalidade da sociedade segundo a nacionalidade dos sócios.

<sup>90</sup> BALESTRA, Ricardo R. *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*, p. 55.

Enquanto ao sistema do Esboço de Thaller, propiciado com variantes por Lyon-Caen, em 1918 na *Société de Legislation Comparée*, tem sido seguido pelas legislações suecas de 14 de setembro de 1944 sobre sociedades anônimas (“Todos os fundadores de uma sociedade anônima devem ser cidadãos suecos que residam na Suécia ou sociedades suecas”); o Código suíço (com respeito à administração da sociedade na Suíça por suíços); a lei egípcia de 1954 e as disposições para sociedades de seguros da Iugoslávia, Romênia, Portugal e Letônia.<sup>91</sup>

### **3.10**

#### **Nacionalidade segundo o lugar de subscrição das ações**

Em quinto lugar, há como ser citada a teoria formulada por Pineau, em 1839: determina-se a nacionalidade da sociedade pelo lugar de subscrição das ações. Caso sejam subscritas em diferentes países, a nacionalidade ficaria fixada pelas primeiras subscrições que coincidiriam com o domicílio social.

A recusa ao domicílio social mostra a insuficiência do lugar de subscrição de ações como critério atributivo de nacionalidade. Por outra parte, as primeiras subscrições podem não coincidir com o domicílio social e, nesse caso, a concepção resulta insuficiente.

### **3.11.**

#### **Nacionalidade segundo critério econômico**

Em sexto, a teoria econômica, segundo Eduardo Espinola, “para os que se orientam pelo critério econômico, a determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas de direito privado pode fazer-se, tomando-se em consideração o centro de exploração, o país da subscrição, ou do controle financeiro resultante dos sócios e dirigentes.”<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 57.

<sup>92</sup> ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. op. cit., p. 130.

Nesse critério, encontra-se lacunas e o centro de exploração pode mudar de acordo com as necessidades da atividade desenvolvida pela sociedade, a exemplo da produção de um produto qualquer que por algum motivo (fornecimento de matéria-prima) não seja mais interessante àquela permanecer em determinado local, sendo assim, transfere-se para outro Estado.

O país da subscrição é outro problema: se a subscrição é feita em países diversos, como saber qual nacionalidade atribuir? Aquela que recebeu o maior montante, ou se teria uma sociedade com várias nacionalidades? O controle financeiro resultante da nacionalidade dos sócios ou dirigentes é conflitante. A maioria da doutrina expõe que a personalidade jurídica das sociedades não se confunde com a de seus sócios, ora porque então deveríamos aplicar critério diverso para determinar a nacionalidade da sociedade? Sem mencionar que o controle acionário, na maioria das situações, pode e muda várias vezes por dia, em negociações no mercado financeiro. Ter-se-ia, então, de determinar o exato instante em que algum tipo de conflito foi gerado para saber qual a nacionalidade da sociedade! Isto chegaria às raias do absurdo.

É certo que o critério tem seguidores, principalmente em tempos de guerra, usado na primeira grande guerra<sup>93</sup> e com mais intensidade

---

<sup>93</sup> Foi citado o relato de Eduardo Espinola; “na Inglaterra, foi a notável questão da ‘Continental Tyre Rubber C.º’, que provocou o exame do problema da nacionalidade das sociedades comerciais, em face das necessidades de guerra. Era o caso de uma sociedade de responsabilidade ilimitada, incorporada em virtude de lei inglesa, com fim de vender, na Inglaterra, pneumáticos fabricados na Alemanha pela sociedade matriz. Esta, que era uma sociedade alemã, possuía 20.000 ações da sociedade inglesa. As outras ações pertenciam a alemães, salvo uma única que era do secretário da sociedade, o qual nascera na Alemanha, mas se naturalizara inglês em 1910 e residia na Inglaterra. A Corte de Londres considerou inglesa a sociedade em questão, porque não podia o seu caráter de sociedade, registrada de acordo com a lei inglesa, ser modificado pelo fato de serem súditos inimigos os acionistas e os diretores. Essa decisão determinou veementes protestos e produziu, nos círculos ingleses, uma emoção considerável (em 1915). Contra a decisão da Corte de Londres pronunciou-se a Câmara dos Lordes, em 30 de junho de 1916, declarando que uma sociedade pode tomar o caráter inimigo, se os seus representantes, os diretores de suas operações residem no estado inimigo, estão em contato com os súditos inimigos, a cujas instruções obedecem. É verdade que o caráter acionista, em si e por si, não pode modificar o caráter da sociedade. Mas se os acionistas inimigos são em tal número, e tão valioso o capital que representam, que eliminados eles, o número dos acionistas, que ficam, é insuficiente para permitir a reunião da assembléia geral, já o caráter de acionistas assume grande importância e influi sobre o da sociedade. Foi para atender a essas considerações que sofreu modificação o ‘Trading with the Enemy Act’, o qual investiu o ‘Board of Trade’ do poder de proibir o comércio e ordenar a liquidação dos negócios geridos, por uma pessoa, firma ou sociedade, quando esses negócios, atendendo à nacionalidade inimiga da pessoa, firma ou sociedade, são realizados, total ou

na segunda.<sup>94</sup> O argumento favorável à teoria é a lealdade hipotética dos nacionais,<sup>95</sup> ou o único meio de assegurá-la contra a troca de mãos dos papéis das empresas. O uso desse critério traria à baila uma verdadeira *Sodoma e Gomorra* jurídica! Ninguém saberia a quem e o que alegar num eventual recurso.

Egberto Lacerda Teixeira sintetiza o uso dos critérios

nos sistemas em que predomina o liberalismo da vontade individual dos contratantes, a determinação da nacionalidade está vinculada à lei local da constituição ou incorporação. Nos sistemas onde a personalidade jurídica das sociedades comerciais como entidade independente de seus membros prevalece, a preferência é no sentido de dar à sede social caráter predominante. Nos regimes em que o respeito à autonomia e realidade da pessoa jurídica é menos forte, esta se torna mais transparente, e o critério do controle acionário ou gerencial é mais invocado<sup>96</sup>

Ao tecer comentários acerca dos critérios de reconhecimento da nacionalidade da pessoa jurídica, Haroldo Valladão, expõe: “A preferência deste ou daquele se liga aos objetivos das diversas pessoas jurídicas, em face das necessidades de defesa da ordem política, econômica e social de cada Estado.”<sup>97</sup>

### 3.12

#### **Nacionalidade segundo a sede social. Critérios para sua determinação**

Em último lugar, merece destaque a concepção da sede social como critério que prevalece na doutrina; para a atribuição de nacionalidade (nos países que seguem o sistema do domicílio considera-se a sede social como determinante do mesmo para regular o estatuto social nos aspectos de organização, qualidade comercial e reconhecimento extraterritorial da sociedade).

---

principalmente, em proveito, ou sob a direção de súditos inimigos.” op. cit., p. 131 e 132.

<sup>94</sup> Entre nós as empresas nesta situação tiveram seu controle entregue a brasileiros.

<sup>95</sup> Notório o fato que atualmente os valores econômicos, quase sempre, se sobressaem aos ideológicos.

<sup>96</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais no Brasil e no Estrangeiro*, p. 20-37.

<sup>97</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, p. 432.

Nesta teoria a nacionalidade da pessoa jurídica é determinada pelo local onde se encontra a sede social da empresa, normalmente se agregado a isso a necessidade das decisões serem tomadas neste local; denominada também como sede efetiva. A teoria não admite uma sede fictícia, ou seja, não pode ser a sede estatutária, pode esta até coincidir, mas não subsiste por si só. Objetiva-se com esse procedimento evitar fraude à lei.

Pode facilmente uma sociedade estipular sua sede num país cuja legislação seja mais conveniente a seus propósitos e efetivamente explorar seus negócios em outro? O sistema é adotado pela legislação,<sup>98</sup> doutrina e jurisprudência<sup>99</sup> francesa, doutrina italiana, mas encontra também adeptos na doutrina alemã. Na Bélgica, a Lei das Sociedades considera a sede social que se sobrepuja, mesmo se constituída a sociedade noutro país.

Jacob Dolinger relata a interpretação de Jean Schapira que, segundo este, existe uma explicação do porque a França ter adotado este sistema. Apresenta três requisitos, “realismo, sinceridade e previsibilidade”.

1º) Elo efetivo entre a sociedade e o país cuja lei vai-se aplicar. (realismo)

2º) Visa evitar que ocorram manipulações que objetivem fraudar a lei, principalmente as normas fiscais. (sinceridade)

3º) Significa que o elo seja simples e estável.<sup>100</sup> (previsibilidade)

Ademais, pode a sociedade mudar sua sede. Acontecendo assim, também mudará sua nacionalidade, o que parece trazer certa incerteza jurídica quando à velocidade com que as mudanças são capazes de ocorrer. Quando se trata de relações econômicas,<sup>101</sup> pode-se ter uma

---

<sup>98</sup> Segundo Jacob Dolinger; o Código Civil Francês, art. 1837, com redação determinada pela Lei 78-9 de 04/01/78, determina que toda a empresa com sede social em França submete-se a lei francesa. Direito Internacional Privado. p. 436.

<sup>99</sup> Tanto a francesa quanto a belga consideram a sede social e o centro administrativo.

<sup>100</sup> DOLINGER, Jacob. op. cit., p. 436.

<sup>101</sup> O Direito sempre está pelo menos um passo atrás do ritmo das relações sociais, principalmente no que tange a atividade comercial. Isto é extremamente salutar e necessário, o Direito deve reger as relações sociais e não impô-las à sociedade, ou seja, o papel do Direito é ser flexível para poder se adaptar a novas situações criadas

sociedade em juízo cuja lei aplicável seja de nacionalidades diversas para cada caso concreto.

Ter-se-ia uma sociedade com sede no país A, exercendo suas atividades normalmente neste Estado, mas por força de circunstâncias, irrelevante para o momento, muda sua sede social para o país B; pode esta estar em juízo com relação a conflitos gerados da época em que sua sede se situava no país A, mas ao mesmo tempo poderá se apresentar em juízo por conflitos gerados já no país B. Caso esses conflitos envolvam necessariamente a nacionalidade da sociedade e com base nesta seja determinado à legislação aplicável para cada caso, a confusão estará formada.

Desta feita, seria possível burlar inclusive legislações nacionais protetivas. Se um grupo tiver interesse em explorar atividade exclusiva de empresa nacional, basta que mude sua sede social para o Estado em questão para que, em tese, possa pleitear a concessão de tal atividade.

### 3.12.1

#### **Sede estatutária**

O critério da sede social pode referir-se tanto à da sede estatutária, quanto ao lugar da principal administração, ou direção, ou centro real de exploração.

O critério da sede estatutária seguido pela doutrina da incorporação do direito anglo-saxão presta-se a *fraudem legis*. Esse critério é adotado pelos Países Baixos e o Código Italiano de 1942. Em oposição a este, as leis alemãs, belga, luxemburguesa e francesa seguem o sistema da sede real, que outorga a uma sociedade a nacionalidade do país onde existem os órgãos de administração, embora a sociedade não se tenha constituído de acordo com as leis desse país. Nesses últimos países, não se pode reconhecer

---

pelo convívio em sociedade; não pode ficar aquém dessas mudanças, sob o risco de quando se ajustar já estar novamente defasado. Talvez seja justamente nas relações comerciais, que o Direito seja ao mesmo tempo o mais flexível, ou seja, ele se adapta facilmente a uma nova ordem econômica, e ao mesmo passo, frente à velocidade imposta pelas mudanças, quase que diárias, ele também carece de mais dinamismo.

personalidade jurídica às sociedades que a tenham adquirido em um país favorável ao sistema da incorporação.

### **3.12.2**

#### **Direção ou administração principal**

Esse problema não se estabelece na América Latina. Têm-se analisado a posição dos quinze países que ratificaram o Código Bustamante de 1928 ao tratar, em geral, da nacionalidade das sociedades comerciais (lugar estabelecido no contrato social e em seu caso lugar de onde se reúna a Junta Geral de Acionistas para as sociedades anônimas e direção ou administração principal para as demais sociedades e, subsidiariamente, para as anônimas, artigos 18 e 19 do Código Bustamante).

### **3.12.3**

#### **Lugar principal dos negócios**

Nos países que ratificaram o Tratado de Montevideu de 1940 sobre direito comercial terrestre internacional (Argentina, Paraguai, Uruguai, Colômbia), rege o princípio do domicílio comercial que, segundo o art. 3; é o lugar onde o comerciante, ou a sociedade comercial tem o lugar principal de seus negócios. Ao constituírem-se, entretanto, em outro ou outros Estados, estabelecimentos, sucursais ou agências, consideram-se domiciliados no lugar onde funcionem e sujeitos à jurisdição das autoridades locais, no concernente às operações que ali se pratiquem.

Rege-se pelo direito do Estado de onde se encontre esse domicílio: “A qualidade do documento que requer o contrato de sociedade” (art. 6º); “o conteúdo do contrato social; e entre a mesma e terceiros” (art. 7º); o art. 8º também faz reger as sociedades mercantis pelas leis do Estado de seu domicílio comercial, como princípio geral; superando por antecipação o problema do não reconhecimento de personalidade jurídica às sociedades, suscitado entre os países do Mercado Comum europeu, estabelece logo o art. 8º do tratado de 40 que: “as sociedades mercantis... serão reconhecidas de pleno direito

nos outros Estados contratantes e se reputarão hábeis para exercer atos de comércio e comparecer em juízo”.

E, depois, limita sua capacidade de atuação extraterritorial, repetindo a fórmula do art. 5º do Tratado de Direito Comercial de 1889, semelhante também ao contido nos Tratados de Direito Civil Internacional de 1889, no art. 4º, sobre pessoas jurídicas. Reza, o art. 8º... “Mas para o exercício habitual dos atos compreendidos no objeto de sua instituição, sujeitaram-se às prescrições estabelecidas pelas leis do Estado no qual pretendem realizá-los”. Tem-se entendido que no exercício habitual de seu objeto comercial devem ter uma sorte tal de vinculação jurídica com as leis locais que possibilite o controle de sua atuação pelas autoridades locais.

Carlos J. Zavala Rodríguez, no seu trabalho sobre a “Nacionalidade das sociedades”, cita a crítica de Pillet, na sessão da *Société de législation comparée*, ao critério da sede social.<sup>102</sup> Disse o mestre francês que esse critério adoece de superficialidade, pois aquele que tem capital social é e será sempre o verdadeiro *dominus* da sociedade, quaisquer que sejam os aparentes administradores. Em conseqüência, parece mais lógico não fazer entrar a concepção de nacionalidade no âmbito das sociedades.

Na enumeração dos diversos critérios atributivos de nacionalidade, observamos os respectivos inconvenientes disso, possibilidade de fraude legal, sócios de diversas nacionalidades, lugares contingentes como o de subscrição de ações e não necessariamente decisivos como a sede social. Daí o acerto dos países que assinaram o Tratado de Montevideú, ao regular o funcionamento da Sociedade pelo direito de seu domicílio (nas palavras de Savigny, “domínio do direito mais conforme com a sua própria e essencial natureza”), sem recorrer à nacionalidade como os países europeus. O erro, talvez, que se incorreu em Montevideú, fora o critério atributivo de domicílio que se seguiu: lugar da principal sede dos negócios.

---

<sup>102</sup> BALESTRA, Ricardo R. *Las sociedades en el derecho internacional privado*, p. 55.

O que ocorre com as companhias internacionais que possuem várias sedes ou sucursais, como as companhias que exploram poços petrolíferos em diversas partes do mundo? Parece mais lógico nesses casos seguir o critério da direção ou administração principal, considerando a condição de que a mesma seja séria e não fictícia, para evitar fraude à lei. Nesse sentido, a doutrina de Thaller, atributiva da nacionalidade segundo a propriedade do capital e a nacionalidade dos sócios parece ser mais lógica. Mas, mais que um critério atributivo da nacionalidade, ao estabelecer a obrigatoriedade da nomeação das ações, sua posse por determinado número ou proporção de nacionais e a publicidade conseguinte, a doutrina de Thaller constitui uma atitude defensiva de controle da sociedade por parte do Estado em que aquela atua.

É o alcance da regulamentação legal, administrativa e jurisprudencial de que dispõe um Estado para ordenar a atuação de sociedades estrangeiras em seu território.

### **3.13**

#### **Idéias dominantes na determinação da nacionalidade da pessoa jurídica**

Esse segundo aspecto da função da nacionalidade em matéria de sociedades tem cobrado singular importância em nossa época. Dizia Maurice Travers, no curso que ditara em 1930 na Academia de Direito da Haia (*Recueil de Cours*, t. 33) que a questão da nacionalidade das sociedades comerciais está dominada por três idéias: a da expansão econômica, da defesa econômica e a da segurança.<sup>103</sup>

#### **3.13.1**

##### **Expansão econômica**

Desde o ponto de vista da expansão econômica, contariam as sociedades nacionais de um país determinado com a proteção diplomática antes aludida do Estado de sua nacionalidade, no exercício extraterritorial de seu objeto social. Essa primeira idéia

parecia então favorecer, em especial, às sociedades nacionais de Estados economicamente fortes, quando desenvolvam sua atividade no exterior, onde levariam o elemento dinâmico de seus capitais para o progresso econômico de países menos evoluídos.

### 3.13.2

#### Defesa econômica

As outras idéias, ao contrário, parecem vincular-se mais aos interesses locais do Estado onde a sociedade estrangeira cumpre suas funções. Com o critério da defesa econômica, nenhuma sociedade comercial poderia prevalecer-se, no país em que atua, de uma proteção estrangeira e o governo local contaria com plena latitude para resistir a toda “invasão” estrangeira.

De maneira que se poderia mencionar o discurso do ministro venezuelano Seijas na sessão de 1891 do Instituto de Direito Internacional de Hamburgo. Expressava-se o efeito pernicioso que tinha significado, para os países da América, a outorga de nacionalidade às sociedades comerciais dos Estados poderosos.<sup>104</sup>

### 3.13.3

#### Segurança

Finalmente, fundado na idéia de segurança, não poderia permitir-se que uma indústria essencial para a defesa nacional caia, sob aparência de uma sociedade, “nas mãos” de estrangeiros, que poderiam, eventualmente, se tornar inimigos.<sup>105</sup> Como exemplo, cite-se Martin Wolff, quando ensina que a lei sueca de 30 de maio de 1916 e a de 18 de junho de 1925 se posiciona contra a aquisição de terras e minas por companhias que, constituídas na Suécia, são de fato controladas por estrangeiros.<sup>106</sup> Os magnatas industriais alemães, encobertos por companhias suecas e falsos nomes suecos, haviam

---

<sup>103</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 58.

<sup>104</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 59.

<sup>105</sup> Entre nós, vide obra completa acerca dos temas que seguem. RODAS, João Grandino. *Sociedade Comercial e Estado*.

<sup>106</sup> WOLFF, Martin. *Derecho Internacional Privado*, p. 294.

comprado bosques e minas em uma extensão prejudicial à economia nacional daquele país.<sup>107</sup>

### 3.13.3.1

#### **O aparecimento da teoria do controle. Primeira Guerra Mundial**

A partir da guerra de 1914, as idéias de defesa econômica e segurança dos Estados, assumiram um sentido prático de importância: as leis ditadas com respeito aos súditos de Estados inimigos, por exemplo, de seqüestro ou confisco de seus bens, interrupção de todo tráfego ou interdição de ocorrer aos tribunais, fizeram-se extensivas às sociedades.

Aparece assim um sentido novo na determinação da nacionalidade das sociedades: a defesa dos interesses dos Estados beligerantes aos que pertenciam as sociedades e cuja atuação, dirigida pelos inimigos, poderia danificar aqueles interesses. Assim responde ao denominado sistema de controle.

#### I) Inglaterra

Na Inglaterra, a fim de ampliar ou fazer extensiva ao campo econômico a contenda militar, proibiu-se, durante a Primeira Guerra Mundial, o comércio com os súditos estrangeiros e inimigos. A fim de conhecer quem revestia o caráter de tais, elaborou-se a *Statutory black list*, a investigar, nos diversos países, quais comerciantes eram inimigos, a despeito de serem membros de Estados isolados ou neutros.<sup>108</sup>

Como os súditos inimigos escapavam, às vezes, à proibição de comerciar, foi preciso estender a proibição às corporações, fazia-se necessário, como indica Martin Wolff, alçar “o pano de fundo da personalidade jurídica”. De modo que cabe mencionar o caso suscitado em 1915: “*Daimler Co vs. Continental Tyre and Rubber*

---

<sup>107</sup> WOLFF, Martin. op. cit., p. 295.

<sup>108</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 60.

Co”.<sup>109</sup> Tratava de resolver se uma companhia incorporada na Inglaterra – e, portanto, britânica segundo o sistema jurídico inglês da *incorporation* – e com uma secretaria na Grã-Bretanha, com todas as suas ações em mãos de estrangeiros inimigos, poder-se-ia considerá-la como inimiga, ao efeito de fazer efetiva sobre ela a proibição de comerciar negativamente. A *Câmara dos Lords* revogou a decisão. Sustentava Lord Parker que a consideração da sociedade como britânica, tendo como causa seu lugar de incorporação, não bastava para resolver sobre seu caráter inimigo. A corporação, em si, era incapaz de lealdade ou inimizade, pois tais qualidades de lealdade ou inimizade são atribuíveis somente aos seres humanos; não poderia então derivar-se seu caráter de leal ou inimigo senão do caráter, à sua vez, predominante dos acionistas. E, estando esses em contato com o inimigo, recebendo suas ordens senão do caráter à sua vez, predominante dos acionistas. Estando esses em contato com o inimigo, recebendo suas ordens e trabalhando sob sua direção, outorgam à sociedade que integram o caráter de inimiga. Em concordância com esses princípios e base na sentença mencionada pela *Câmara dos Lords*, ditou-se, em 08 de agosto de 1918, a *Trading with the Enemy Amendment Act*.

## II) França.

Na França, ficou assente por uma circular do Ministério de Justiça de 29 de fevereiro de 1916, o critério que devia se seguir para atribuir a uma sociedade o caráter de inimiga; quando a direção ou o capital de uma sociedade em sua totalidade, ou maioria, encontra-se notoriamente em mãos de súditos inimigos, a mesma se revestiria do caráter de inimiga. Poderiam, desse modo, os tribunais franceses tomar medidas relacionadas aos bens de uma “sociedade inimiga”, não obstante sua sede social (Centro de Administração) estivesse na França. Esse sistema, disse Henri Battifol, foi seguido pelos tribunais e provado ao parecer pela Corte de Cassação, na sentença de 27 de maio de 1921.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> WOLFF, Martin. op. cit., p. 298.

<sup>110</sup> BATTIFOL, Henri. *Droit international privé*, p. 30.

### III) Tratado de Versalhes.

O sistema ou teoria do controle teve sua consagração nos Tratados de Paz de Versalhes, art. 297 b, e §3º, do apêndice III ao título 244; Saint Germain, art. 249; Trianon, art. 232 e Neuilly, art. 186. Nestes, reservam-se as potências aliadas e associadas o direito de reter, aos súditos alemães, as sociedades controladas por eles, à data de entrar em vigor o Tratado. A Alemanha, por sua vez, ficava obrigada a indenizar as companhias, aparentemente alemãs, mas controladas pelos nacionais dos países vitoriosos (art. 276 c, 297 a 298 do Tratado de Versalhes). As decisões judiciais não foram de todo concordantes. O Tribunal da Cidade e o Tribunal Supremo de Nova Iorque no caso de *Fritz Schultz & Co. vs. Raymes & Co.* de 1917, resolveram a questão em sentido oposto ao do controle.

### IV) Decisões arbitrais pós-Primeira Grande Guerra.

Os Tribunais Arbitrais mistos, estabelecidos pelos Tratados de Paz, discreparam em suas decisões. Aplicaram a teoria do controle no Tribunal Arbitral misto franco-alemão nas sentenças de 31 de agosto de 1920, de 30 de setembro de 1921, de 27 de novembro de 1923 e de 25 de fevereiro de 1924.<sup>111</sup>

A Espanha não aplicou a teoria do controle durante a Primeira Guerra Mundial. A jurisprudência posterior à Guerra abandonou esse sistema e voltou a determinar a nacionalidade pelo lugar de onde funcionava a sede social.

Assim, os Tratados comerciais franco-alemão de 1927, franco-belga do mesmo ano e franco-polonês de 1922, entenderam que por sociedades comerciais nacionais, seriam as que tinham sua sede social em cada um dos países signatários.

---

<sup>111</sup> Vide BATTIFOL, Henri. op. cit., p. 228.

### 3.13.3.2

#### Segunda Guerra Mundial

##### I) Estados Unidos e Alemanha.

Durante a Segunda Guerra Mundial, o princípio do controle foi aplicado em quase todos os países, ainda naqueles que na Primeira tinham-se mostrado resistentes a segui-lo. Os Estados Unidos, por exemplo, haviam-se mantido fiel à determinação da nacionalidade das sociedades pelo lugar de sua fundação (sistema da incorporação).

Na Segunda Guerra Mundial, ao contrário, foram promulgadas nos Estados Unidos, as *Freezing Orders* (ordens de congelamento), dispondo o bloqueio de bens que poderiam passar finalmente ao poder dos países do Eixo.

Teve-se em conta para aplicar esses bloqueios a situação dos acionistas e diretores da sociedade, entre outros motivos. Ao seu turno, os Tribunais distinguiram, dentro de uma mesma empresa, acionistas americanos não inimigos e acionistas inimigos. Alemanha, ao contrário, não aplicou o princípio do controle e seguiu a doutrina da nacionalidade, segundo o domicílio ou sede principal da sociedade.<sup>112</sup>

##### II) Espanha.

Espanha, que durante a Primeira Guerra Mundial, havia seguido o critério da nacionalidade, segundo o domicílio da sociedade, aplicou, pelo decreto-lei de 05 de março de 1945, os princípios da teoria do controle recomendados na Resolução VI, adotada na Conferência Financeira e Monetária das Nações Unidas em *Bretton Woods, New Hampshire*. Dispunha, assim (art. 1º) o bloqueio de bens pertencentes a estrangeiros súditos do Eixo, ou de países por este dominados. E, entendia, no art. 2º, o citado decreto-lei por “bens de estrangeiros”, todos aqueles bens e direitos patrimoniais em quaisquer de suas manifestações que pertençam total ou parcialmente aos estrangeiros

---

<sup>112</sup> BALESTRA, Ricardo R. *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*, p. 77.

aludidos no artigo primeiro; vale dizer, diretamente ou por meio de pessoas físicas ou jurídicas interpostas com qualquer nacionalidade.<sup>113</sup>

### III) Nas Américas

Na América, a Terceira Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores das Repúblicas Americanas, de 1942, no Rio de Janeiro, sancionou a Resolução V, e recomendou a ruptura de relações diplomáticas com as potências do Eixo e a adoção de medidas para interromper todo intercâmbio comercial ou financeiro entre o hemisfério ocidental e aqueles três países. A Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz produziu, as mais variadas recomendações, dois acordos adotados no México em 06 de março de 1945: a Ata de *Chapultepec* ou Resolução VIII, sobre assistência recíproca e solidariedade americana e a Resolução IX sobre reorganização, consolidação e fortalecimento do sistema interamericano.

#### 3.13.3.3

#### **Em época de Paz**

O direito comparado posterior a ambas as guerras mundiais tende a abandonar, em certa medida, a teoria do controle. Os países europeus retornam – os do grupo continental – pois, à regulação da nacionalidade das sociedades por sua sede social. Assim, por exemplo, na ordem internacional, os Tratados franco-polonês, de 06 de fevereiro de 1922, franco-alemão de 17 de agosto de 1927, franco-belga, de 29 de outubro, e franco-canadense, de 12 de março de 1933, entendiam por sociedades comerciais nacionais aquelas que tiveram sua sede social em cada um dos países contratantes.

---

<sup>113</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 78.

### I) Jurisprudência francesa.

Do mesmo modo, manifestava-se a jurisprudência francesa. A sentença da *Chambre des requêtes*, de 24 de dezembro de 1928, declarou francesa, para o benefício da lei sobre *Les Baux Commerciaux*, a sociedade *La Soie Artificielle*, cuja sede estava na França, embora seu capital se encontrasse, em sua maior parte, em poder de ingleses.<sup>114</sup> No *affaire Graf*, resolvido pela sentença de 17 de julho de 1930, declarou-se francesa uma sociedade coletiva por dois suíços, mas esse caso foi resolvido pela *Chambre des requêtes*, como nos que resolvera a Câmara Civil em reiteradas oportunidades, pois estabeleceu-se que a sede social na França não autorizava, de pleno direito, a uma sociedade cujos membros eram estrangeiros, a reclamar as indenizações de danos de guerra reservadas aos franceses.<sup>115</sup>

É interessante a distinção estabelecida, especialmente no caso da Câmara Civil francesa que é contrária à aplicação do sistema do controle. Não obstante, numa de suas falhas reiteradas, pronunciada no dia 25 de julho de 1933, estabeleceu aquele critério distintivo entre regulação social pelo lugar da sede social e os direitos atribuídos aos franceses. Na espécie, tratava-se da sociedade *Rozendaele*, integrada em forma coletiva por quatro holandeses.

É desejável a conservação do sistema do controle em tempos de Paz para regular o funcionamento das sociedades estrangeiras?

### II) A opinião de Jean-Pierre Niboyet.

Alguns autores, como Jean-Pierre Niboyet, sustentam a bondade do sistema do controle no Direito positivo da pós-guerra. Indica esse autor que é lamentável a tendência de contentar-se com a aparência enganosa da nacionalidade, em vez de inclinar-se até a experiência tão fecunda do sistema do controle, único sincero e justo nessa matéria. Distingue logo entre sociedades de pessoas e de capital. No caso das primeiras, a aplicação do sistema do controle não teria maior

---

<sup>114</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 78.

<sup>115</sup> BALESTRA, Ricardo R. op. cit., p. 80.

inconveniente em exigir determinada nacionalidade aos associados, ou à maioria deles.

A questão voltar-se-ia dificultosa em matéria de sociedades de capital. Dentro das mesmas, divide Jean-Pierre Niboyet a administração, do controle do capital e da influência sobre a administração, indica que é muito fácil exigir que uma sociedade francesa de capitais, por exemplo, esteja em mãos de franceses. Esse é o caso da lei de 30 de março de 1924, que exige de empresa de navegação aérea que pretendam a nacionalidade francesa, que o presidente de seu Conselho de Administração, o administrador delegado e duas terças partes dos administradores tenham tal nacionalidade.

Sobre o controle do capital, estabelece-se o problema das ações ao portador. Como controlá-las?

Sobre isso, menciona Jean-Pierre Niboyet a possibilidade de suprimir os títulos ao portador ou exigir determinada nacionalidade à metade dos associados, tomando como base os títulos nominativos.<sup>116</sup> Em todo caso, disse, haveria que assegurar o controle do capital, pois seus possuidores são quem elegem os administradores, diretores da empresa. E recorda um argumento de muita vigência para nosso continente latino-americano: a intromissão financeira internacional nas sociedades de certos países, especialmente em épocas de inflação monetária, sendo que a depressão da moeda constitui um alicerce para os capitalistas dos países de moeda reparada.

Quanto à influência exercitável dentro da sociedade por indivíduos que não são seus administradores, nem representam a maioria do capital, dá-se, por exemplo, mediante ações de voto plural, ou no caso de uma minoria ativa que dirige a sociedade frente a uma maioria dispersa.

Acredita Jean-Pierre Niboyet, definitivamente, que corresponde aos juízes tomar em consideração esses três elementos de

---

<sup>116</sup> NIBOYET, Jean-Pierre. *Princípios de Derecho Internacional Privado*, p. 45.

administração, capital e influência para determinar o controle da sociedade.<sup>117</sup>

Assim, parece-lhe visível a manutenção do critério estabelecido nos Tratados de Paz da primeira pós-guerra sobre as sociedades controladas pelo inimigo: aquelas sobre as que exerce um poder efetivo e preponderante, a levar em consideração todos os fatos suscetíveis de revelar essa influência. Em tempos de Paz, poder-se-ia fazer extensivo esse critério às sociedades estrangeiras, na medida em que sua atuação resultar prejudicial aos interesses nacionais.

Essa extensão seria, realizada por via judicial, correspondendo aos juízes determinar o controle exercido sobre as sociedades.

Nas sociedades por ações, surge o inconveniente da possibilidade de transferência das ações. A adoção do sistema do controle, que adota o critério da nacionalidade de quem dirige a sociedade, importaria a regulação do funcionamento social pelas legislações nacionais cambiantes, segundo seja a nova nacionalidade dos possuidores das ações? Jean-Pierre Niboyet sustenta que não. Segundo ele, distingue-se entre as noções de regime jurídico da sociedade e sua nacionalidade.<sup>118</sup>

O contrato da sociedade segue-se pela lei do domicílio social. Em conseqüência, a nacionalidade mutante dos possuidores das ações não pode determinar a validade ou nulidade da sociedade pelo distinto critério que possam seguir as legislações de seus respectivos países.

A idéia de nacionalidade tem de atuar sobre a sociedade para determinar se essa gozará ou não, em determinada circunstância, dos direitos civis, esteja ela, ou não, controlada por nacionais: Jean-Pierre Niboyet vincula o tema do gozo dos direitos civis ao Direito Público do país: reconhecimento da personalidade das sociedades, liberdade de penetrar e circular no país, e assim por diante.<sup>119</sup> Sobre a liberdade da circulação, disse, não pode haver problema para as sociedades, destaca que uma sociedade não teria existência jurídica. Não poderia,

---

<sup>117</sup> NIBOYET, Jean-Pierre. *ibidem*.

<sup>118</sup> NIBOYET, Jean-Pierre. *op. cit.*, p. 46 e 47

<sup>119</sup> NIBOYET, Jean-Pierre. *op. cit.*, p. 48.

portanto, comparecer em juízo como determinante, nem possuir bens, nem contratar.

Vê-se mais além, no texto, a vigência do problema do não reconhecimento das sociedades com motivo da aplicação, nos países da Comunidade Económica Europeia, do critério da alternativa entre a sede estatutária e a sede real (contido no art. 58 do Tratado de Roma) para conceder o direito de estabelecimento às sociedades constituídas conforme a legislação de um Estado-membro. Quanto à relação entre a nacionalidade e o domicílio social, segundo Jean-Pierre Niboyet, as sociedades têm um domicílio cujo Direito as rege desde o ponto de vista de seu funcionamento; esse domicílio não influenciaria sobre a nacionalidade, mas determinaria, tão-somente, o estatuto jurídico que regula a vida social.<sup>120</sup>

Como consequência, a mudança de domicílio social não importa a mudança de nacionalidade da sociedade. A nacionalidade somente mudaria, para Jean-Pierre Niboyet, quando mudarem, os elementos constitutivos do controle.<sup>121</sup> E, inversamente, pode se dar mudança de nacionalidade ainda quando se mantenha inalterado o domicílio social.

É o caso, por exemplo, das sociedades domiciliadas em Alsácia e Lorena, que passaram a ser sociedades francesas em 1948 (até então eram alemãs), pelo art. 54, §3º, do Tratado de Versalhes. Nesse caso, não havia mudado o domicílio da sociedade, nem sua regulamentação.

Esse exemplo demonstraria definitivamente, segundo Jean-Pierre Niboyet, a diversidade de idéias e alcances que têm os conceitos de nacionalidade e estatuto da sociedade, vinculado esse último ao direito do domicílio.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> NIBOYET, Jean-Pierre. op. cit., p. 49.

<sup>121</sup> NIBOYET, Jean-Pierre. op. cit., p. 50.

<sup>122</sup> NIBOYET, Jean-Pierre. op. cit., p. 51.

### III) Posição de Henri Battifol.

Para Henri Battifol ao contrário, a distinção entre nacionalidade da sociedade e regime jurídico, tem o inconveniente de dividir, sem razão suficiente, o estatuto da sociedade.<sup>123</sup>

Segundo esse autor, os direitos combinados às sociedades como tais são econômicos e uma sociedade pode legitimamente ser tratada como francesa se ela concerne à economia francesa, o que admitem os tribunais quando a sede social está na França. Pareceria suficiente descartar esse critério, no caso, excepcional, em que a lei tem em mira mais diretamente as pessoas através da sociedade. Em todo caso, seria desejável, segundo Henri Battifol, que os casos excepcionais sejam enunciados legislativamente.<sup>124</sup> E agrega que “do mesmo modo que o legislador está melhor qualificado que os tribunais para decidir se os interesses da coletividade querem recusar um direito a um estrangeiro, pessoa física, igualmente sua intervenção deverá requerer-se para recusar o mesmo direito a uma sociedade com sede francesa mas sob controle estrangeiro”.

Expõe o mesmo autor a grave incerteza que macula a noção de controle, a dificuldade na prova da origem dos capitais e da influência efetivamente determinante na direção.

De outro modo, crê Henri Battifol que frente a outro critério elegido no Direto Comparado para regular a sociedade, o sistema da incorporação nos países anglo-saxões, a teoria do controle priva a França, caso a adotasse, de uma possível aproximação com o sistema anglo-saxão.<sup>125</sup>

Caberia então se ater, em geral, ao sistema da sede social como determinante de nacionalidade, que somente cederia em virtude de uma exceção escrita. Por exemplo, na França as leis sobre prêmios à marinha mercante (07 de abril de 1902) e sobre concessões de energia hidráulica (16 de outubro de 1919), dispõem que os prêmios e concessões se resolvem às sociedades cujo pessoal diretivo é francês.

---

<sup>123</sup> BATTIFOL, Henri. *Droit International Privé*, p. 180.

<sup>124</sup> BATTIFOL, Henri. *op. cit.*, p. 135.

<sup>125</sup> BATTIFOL, Henri. *op. cit.*, p. 139.

Não obstante, indica, o mesmo Henri Battifol, que os Tratados recentes celebrados pela França, definem a nacionalidade das sociedades – enquanto se trata de direitos que lhes são reconhecidos e não do regime de seu funcionamento – pela lei segundo haja se constituído.<sup>126</sup> Assim reza o Tratado de Paz com a Itália, art. 78, §9º, e o acordo franco-iugoslavo de 14 de abril de 1951.

#### IV) Critério de Martin Wolff.

Sem lugar a dúvidas, a solução do problema da regulação jurídica do estatuto social em matéria de sociedades estrangeiras penetra em delicadas considerações políticas. Martin Wolff indica que as companhias internacionais que atuam por lucro são criadas sempre como corpos nacionais, segundo o direito de um só Estado.<sup>127</sup>

Os ramos estrangeiros não seriam mais que lugares de negócios independentes, ou no caso de ser juridicamente independentes, as ações da companhia subsidiária são possuídas por quem dirige a companhia principal ou bem por uma companhia possuidora, terceira protagonista no sistema, que operaria a unidade econômica por reunir praticamente todas as ações das companhias locais.

Quanto aos cartéis internacionais,<sup>128</sup> indica Martin Wolff que raramente tem personalidade jurídica.<sup>129</sup> A maioria deles são simplesmente contratos que produzem uma série de obrigações entre as partes contratantes, referidas à abstenção da competência entre elas.

Esses contratos deveriam estar sujeitos ao seu próprio Direito, derivado geralmente da intenção das partes. Mas a uniformidade de tratamento jurídico de tais contratos encontra-se obstada pela aplicação das regras nacionais sobre ordem pública que variavam em sua amplitude nos diferentes países, sobretudo quanto a sua aplicação à validade de restrições do comércio, ou às causas que autorizam a uma parte rescindir o contrato.

---

<sup>126</sup> BATTIFOL, Henri. op. cit., p. 140.

<sup>127</sup> WOLFF, Martin. *Derecho Internacional Privado*, p. 300.

<sup>128</sup> Uniões com tendências monopólicas para a restrição da competência entre empresas que conservam sua entidade separada.

<sup>129</sup> WOLFF, Martin. op. cit., p. 302b.

Essas considerações políticas têm assumido um papel de importância nos países europeus, como surge do interesse doutrinário dos destacados autores precedentemente comentados.

Igual ou maior importância teria aqueles argumentos nos países de um desenvolvimento econômico menor e nos que a atuação de sociedades estrangeiras, ou internacionais possa funcionar como fator primordial no progresso material de ditos países.

Surge, então, a questão de ser estabelecido qual será o alcance jurídico das regulamentações da sociedade estrangeira que pode dar certeza à sua atuação no território de determinado Estado, permitindo o último ceder a essa sociedade estrangeira; o arbítrio de tomar certas decisões de política econômica que fazem fundamentalmente ao interesse público do Estado local.

No Direito Argentino, existem, em matéria comercial, de seguros e bancos, disposições legais que vêm a efetivar o regime do controle sobre a atuação de determinadas sociedades ou companhias.

### 3.14

#### A nacionalidade da pessoa jurídica no Brasil

A nacionalidade de pessoa jurídica é determinada de forma diversa da pessoa física, embora se entenda que ambas são recepcionadas pelo direito, ou seja, a pessoa física ou natural é recepcionada<sup>130</sup> quando e tão-somente se nascer com vida.<sup>131</sup> Sem esse fato concreto a pessoa natural jamais existiu, salvo parte final do art. 2º do Código Civil Brasileiro, que se resolve com o natimorto.

Do mesmo modo, a pessoa jurídica de direito privado deriva de um fato jurídico,<sup>132</sup> a vontade de pessoas naturais na constituição de

---

<sup>130</sup> Entende-se esta expressão como aquisição da personalidade civil da pessoa natural.

<sup>131</sup> Art. 2º do Código Civil Brasileiro. "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

<sup>132</sup> Segundo Humberto Theodoro Júnior, "para configurar **fato jurídico** é necessário que o acontecimento seja relevante juridicamente. O fato em si lícito, mas que não acarrete nenhum **efeito jurídico**, não pode ser tratado como fato jurídico; é **fato simples**, como a preferência por um clube de futebol, a cortesia de remeter cartão de pêsames ou de felicitações ao amigo, o ato de passear pela cidade, ou de repousar após almoço. Ditos

uma empresa, seja ela para fins econômicos ou não, essa vontade é anterior ao ato de registro, que determina o início de sua existência legal,<sup>133</sup> sendo que esta poderá existir no mundo dos fatos sem o registro, mas não será reconhecido como empresa legalmente constituída pela legislação vigente.

Considera-se o momento do ato de registro, como para as pessoas naturais que nascem com vida, o nascimento jurídico da pessoa jurídica. Se esta nasce sob uma ordem jurídica, é automaticamente reconhecida por esta, que será, considerada subordinada à lei que a recepcionou.

Theophilo de Azeredo Santos, após análise da doutrina francesa, assevera que “racionalmente, a nacionalidade impõe-se ainda mais para as pessoas morais do que para as pessoas físicas, pois a sociedade deve sua existência legal à lei, mais ainda do que o indivíduo: sua criação é mais completa e, obra da lei, quase que poderíamos dizer que ela deve dela obter caráter nacional”.<sup>134</sup>

Têm-se mencionado vários critérios para determinar a nacionalidade de pessoas coletivas e cada Estado adota um ou mais, concomitantemente, para determinar a nacionalidade de empresas em seu território.

Se compararmos o critério utilizado para determinar nacionalidade de pessoa natural, este fato pode parecer um tanto confuso, já que para estas existe quase uma unanimidade, aplica-se o *jus solis* em alguns casos o *jus sanguinis*.<sup>135</sup> Apesar do fato de alguém nascer em um lugar não impor nacionalidade, esta depende da lei

---

eventos, não criando nem alterando relações jurídicas, são fatos **neutros** ou **ajurídicos**.”(grifos do autor). GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 238.

<sup>133</sup> Art. 45 do Código Civil Brasileiro. “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.”

<sup>134</sup> Santos, Theophilo de Azeredo. *Regime Jurídico das Sociedades Comerciais*, p. 33.

<sup>135</sup> No primeiro caso vale a lei do solo em que o indivíduo nasceu, ou pelo menos é neste que os pais podem registrar o recém nascido, e no segundo caso a nacionalidade é determina, também por meio de registro civil, mas admite -se que seja feito com base na descendência sangüínea dos pais.

constitucional local, o mesmo vale para a pessoa jurídica. Mas esta confusão tem razão de ser.

Assevera, Theophilo de Azeredo Santos,

De tudo que foi dito, fica em evidência, que o conceito de nacionalidade das sociedades mercantis é conveniente, necessário, indispensável, representando poderoso instrumento de defesa dos interesses do país, determinando seus direitos e obrigações, não só porque elas se colocam, em lugar de destaque, entre fatores do desenvolvimento econômico, financeiro, político e social de um país, mas ainda, pela transcendência que sua atuação, no campo internacional, pode alcançar.<sup>136</sup>

Como já exposto, a pessoa jurídica é formada por pessoas naturais e estas podem ter nacionalidades diversas e ainda assim representar uma empresa de nacionalidade diversa à sua. O que cada Estado pretende, de forma legítima, é proteger os interesses de seus membros e é perfeitamente compreensível que os interesses das pessoas naturais sobrepujem as das pessoas jurídicas, mesmo que se reconheçam que sem estas, no atual contexto econômico, Estado algum subsista.

Hee Moon Jo representa opinião contrária e conclui que a nacionalidade da pessoa jurídica é irrelevante para o Direito Internacional Privado: “Não possui qualquer utilidade, mas apenas cria certa confusão nas relações internacionais”. Expõe, assim, que “o termo *nacionalidade* da pessoa jurídica tem sua utilidade na sociedade internacional para a aplicação das normas de direito Internacional Público”.<sup>137</sup> Para ele, a única finalidade é determinar qual a proteção diplomática devida à pessoa jurídica e cita o caso *Barcelona Traction*, de 1970.<sup>138</sup>

Argumenta Amílcar de Castro: “Nacionalidade da pessoa jurídica não deixa de ser notada até certo ponto a proveniência, mas não é nesta apenas que consiste sua qualidade de estrangeira, sim principalmente na relação de subordinação em que se encontra com o

---

<sup>136</sup> Santos, Theophilo de Azeredo. op. cit, p. 34.

<sup>137</sup> JO, Hee Moon. *Moderno Direito Internacional Privado*, p. 418.

<sup>138</sup> Análise do caso é feita no item 4.7.1.

Estado que lhe deu origem, e a considera existente, como realidade jurídica, na extensão de sua competência, com a qualidade de súdito próprio, nacional, permanente”.<sup>139</sup>

Maria Helena Diniz diz que, “não se pode negar a existência de pessoa jurídicas nacionais e estrangeiras, uma vez que não podem ser *heimathlos*,<sup>140</sup> por estarem ligadas a um país, cuja lei rege sua constituição, suas funções, seus direitos e deveres, dando-lhes personalidade jurídica”.<sup>141</sup>

Jacob Dolinger assevera: “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”.<sup>142</sup> No entender deste autor, a pessoa jurídica precisa que sua personalidade seja reconhecida por um direito para que possa ter um domicílio e classifica este reconhecimento como “básico, originário, universal e imutável” e, aos requisitos, para o reconhecimento, podem ser adicionados outros conforme Estado que deseje atuar.

A pessoa jurídica como sujeito de direito e deveres num ordenamento jurídico necessita, para funcionar adequadamente e sob a égide de legislação válida e vigente, saber qual é a lei que ela deve seguir, bem como saber a que Estado possa recorrer caso necessite de proteção diplomática.<sup>143</sup>

Miguel Maria de Serpa Lopes sustenta com propriedade sua posição favorável à nacionalidade de pessoas jurídicas, quando chama os contrários de “reacionários”.

---

<sup>139</sup> CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, p. 334.

<sup>140</sup> Termo alemão que se refere a pessoas sem nacionalidade.

<sup>141</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, p. 297.

<sup>142</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, p. 434.

<sup>143</sup> Ver caso da *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*.

Segue a posição do autor:

Pra nós afigura-se-nos indeneável a presença de uma nacionalidade na pessoa jurídica. As demais formas de pessoas jurídicas existem em todos os países. Assim, torna-se indiscutível que há entidades *nacionais* e *estrangeiras*, e como estrangeiras pertencem a uma dada nação. Muito embora possa suceder que o critério da lei nacional, pròpriamente, não seja erigido em estatuto pessoal, implicando a nacionalidade num valor jurídico estatutário, contudo não é possível apagar-se a sua nacionalidade, pelo menos como traço distintivo entre a pessoa jurídica nacional e estrangeira, e para o efeito de ser definida sua condição extraterritorial.<sup>144</sup>

Como mencionado anteriormente, a pessoa jurídica é reconhecida como ente de um Estado. Logo se pode deduzir que ela é nacional de um determinado Estado. A dificuldade para determinar-se a nacionalidade de uma pessoa jurídica reside numa série de fatores, especificamente no tocante aos critérios adotados internacionalmente, que indicam quais os quesitos necessários para que uma pessoa jurídica seja declarada nacional de um Estado, bem como, seja essa reconhecida alienígena perante os outros Estados de Direito.

Na doutrina pátria, encontra-se uma série de critérios para determinar a nacionalidade da pessoa jurídica privada estrangeira e Irineu Strenger<sup>145</sup> demonstra a lista mais extensa dessas teorias:

- 1º) Nacionalidade do país que cria e autoriza a sociedade.
- 2º) Nacionalidade dos sócios.
- 3º) Nacionalidade dos diretores e gerentes.
- 4º) Nacionalidade do lugar onde foi subscrito o capital social.
- 5º) Nacionalidade do lugar de constituição.
- 6º) Nacionalidade do lugar de exploração.
- 7º) Nacionalidade determinada pelo domicílio social.

---

<sup>144</sup> LOPES, Miguel de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, p. 36.

<sup>145</sup> STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, p. 537.

8º) Nacionalidade de onde se situa a direção efetiva dos negócios sociais, isto é, do país ao qual pertencem os dirigentes e seus capitais.

O mesmo autor acredita que “o critério mais razoável é considerar que a pessoa jurídica tem a nacionalidade do Estado em cujo território estabelece sua sede social e seu centro diretor ou de comando”.<sup>146</sup>

Miguel Maria de Serpa Lopes demonstra que no Brasil existe divergência legislativa, pois as sociedades por ações têm sua nacionalidade definida segundo art. 60 da Lei das Sociedades Anônimas: “A regra do art. 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>147</sup> Hodiernamente, para as demais sociedades comerciais, o Código Civil disciplina a matéria nos artigos 1126 e seguintes.

### **3.14.1**

#### **Empresa Nacional à Luz da Constituição Federal de 1988**

Entende-se por bem utilizar o critério de determinar quem são as consideradas empresas nacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, para só então, por exclusão, se analisar quais são as empresas estrangeiras para nosso Direito.

O revogado, por meio de emenda constitucional n.º 06/95, art. 171, da Constituição Federal vigente, estabelecia qual empresa poderia ser considerada nacional;

Art. 171. São consideradas:

I –empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;

---

<sup>146</sup> STRENGER, Irineu. op. cit., p. 537.

<sup>147</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. op. cit., p. 39.

II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle esteja em caráter permanente sob a titularidade direta e indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou 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.

Com este enunciado, fica claro que o legislador constituinte se preocupou em definir os requisitos para determinar a nacionalidade das empresas. Pode-se afirmar que ele se valeu de critérios já previstos em nossa legislação, pois a Lei n.º 6.404/76, Das Sociedades Anônimas, nos traz o critério da constituição cumulado com a da sede social efetiva, tal qual verificamos no inciso I do revogado artigo, em que aparecem dois critérios combinados, o da constituição ou da incorporação e o da sede social, cumulado com a administração, bem como da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, no art. 11, que estabelece o critério da constituição ou da incorporação, se analisado em sentido indireto.

O inciso II apresenta outro critério, somando-se três para determinar qual empresa pode ser considerada de capital nacional. Este critério é o do controle administrativo, não aplicado quanto a nacionalidade das pessoas físicas que a dirigem, mas sim quanto aos interesses de permanência em solo brasileiro dessas. Pode-se concluir que a pessoa singular que estabelece domicílio e residência no Brasil tem *animus* de efetivamente explorar atividades econômicas sob a égide da legislação brasileira, inclusive estabelecer seus laços familiares e seu convívio social no Brasil, ou seja, esse sujeito tem boa intenção, não é um explorador, farsante ou eventual inimigo para a nação. A idéia, então, é expor à lei brasileira os acionistas ou controladores destas sociedades, e não à lei de sua nacionalidade.

A disposição deste inciso já era previsto na Lei n.º 7.232/84, a antiga lei de informática, que dispunha benefícios a empresas de capital nacional. O legislador constituinte, quase que, apenas compilou as disposições legais já existentes à época. Mas como já mencionado, o artigo fora revogado, portanto não cabe mais qualquer aplicação, salvo como auxílio na interpretação dos dispositivos legais vigentes.

A composição deste artigo conduz à linha de raciocínio do legislador constituinte. Ao que tudo indica se pode interpretar como uma tendência futura de nossa Constituição, por ser jovem, e acima de tudo moderna, traduzindo o momento histórico atual de nossa sociedade.

Os valores sociais dessa forma de definir empresa, como nacional, uma vez que o legislador procurou ofertar vantagens às empresas nacionais, que já não subsistem no momento atual, ainda podem ser encontrados, mesmo que parcialmente, no art. 170 inciso IX da Constituição Federal.<sup>148</sup>

Determinado pela mesma emenda constitucional que revogou o art. 171, prevê tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Ora, a Carta Magna continua a determinar o que vem a ser uma empresa nacional, se não explicitamente, ao menos de forma indireta; aliada à vontade implícita do texto original, propicia uma boa margem de interpretação neste sentido, ou seja, pode-se concluir que para ser considerada brasileira a pessoa coletiva que atua em nosso país deve estar organizada juridicamente sob império da lei brasileira e ter sua sede social efetiva instalada em solo pátrio; mesmo que tal conclusão não se encontre literalmente esta disposição no texto constitucional.

Outra menção à empresa nacional que se encontra em nossa Carta Magna, está disposta no art. 176, § 1º,<sup>149</sup> que trata da pesquisa e

---

<sup>148</sup> “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:

I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

<sup>149</sup> “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 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

lavra de recursos minerais, só será autorizado a brasileiros e à empresa constituída sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no Brasil.

Como o constituinte determinou, especificamente, “brasileiros”, conclui-se que as empresas que preenchem os requisitos estabelecidos no referido artigo serão consideradas nacionais, logo para que a pessoa coletiva no Brasil seja nacional, é imperioso que ela seja constituída em conformidade com a legislação brasileira e mantenha no País a sua sede social efetiva, concomitantemente.

A seguir esse raciocínio, pode-se afirmar que o Brasil adota dois critérios para determinar a nacionalidade de suas pessoas jurídicas, que devem ser aplicados simultaneamente, acrescenta ao qual já se defendeu, o da sede efetiva.

É quando Eduardo Espinola menciona “como em tantas outras legislações, não se encontra na brasileira uma regra geral, que se destine, de modo preciso, a estabelecer o critério, segundo o qual se possa determinar se uma pessoa jurídica de direito privado é nacional, ou estrangeira”.<sup>150</sup>

De qualquer forma verificar-se que o Brasil dá grande importância ao lugar da constituição, como em análise já feita a equiparar-se a incorporação de pessoa jurídica ao nascimento de pessoa física. Recebe assim o direito à nacionalidade a empresa que “nasce” sob a égide da norma brasileira, desde que mantenha em território nacional sua sede administrativa.

---

as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa da fronteira ou terras indígenas.

§ 2º. É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º. A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º. Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.”

<sup>150</sup> ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, p. 134.

### 3.14.2

#### Nacionalidade no Código Civil brasileiro

Com a promulgação da lei civil brasileira de 2002, as sociedades comerciais passam a possuir nacionalidade, vez que o legislador pátrio inclui tal disposição no artigo 1.126 da Lei n.º 10.406/02, com a seguinte redação:

Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.

Parágrafo único. Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios.

Note-se que as disposições da lei ordinária e as do revogado artigo 171 e seus incisos da Constituição Federal, dispõe de redação quase idêntica. Ao analisar o Projeto de Lei n.º 634/75, Ante projeto do Código Civil, mais especificamente a Emenda n.º 119, de 17 de Setembro de 1984<sup>151</sup>, pretendeu-se a inclusão de mais um critério, um terceiro inciso, “ter capital votante sob o controle de brasileiro ou de sociedade nacional”<sup>152</sup>, mas a lei civil foi promulgada sem a modificação, por ironia na mesma pessoa de quem houvera proposto a Emenda, neste ato na condição de Presidente da República.

O legislador pátrio demonstra a clara intenção de atribuir nacionalidade às sociedades, o artigo 1.127 da referida lei alude a possibilidade da troca de nacionalidade, sob a condição do consentimento unânime dos sócios ou acionistas. Desta forma, no Brasil se admite o instituto da nacionalidade aos entes coletivos, bem como, se possibilita a mudança desta, pelo mesmo critério que admite a existência das pessoas jurídicas, o elemento volitivo, quer seja ele para constituir uma pessoa coletiva e atribuir-lhe a nacionalidade brasileira, ou para mudá-la, desde que observados os requisitos

---

<sup>151</sup> Apresentada por Fernando Henrique Cardoso, na condição de Congressista.

<sup>152</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n.º 634/75.

legais. O artigo 1.141 da mesma lei possibilita à sociedade estrangeira nacionalizar-se, mediante requerimento e autorização do Poder Executivo e a conseqüente transferência de sua sede administrativa para o território nacional.

Decorre de lógica que a nacionalidade atribuída pela lei, a empregar o critério da incorporação e sede administrativa cumulativamente, não se estende as demais pessoas jurídicas, associações e fundações. O legislador pátrio optou pela inserção dessas disposições quando trata do Direito de Empresa, logo, parece lógico concluir que as pretendia apenas para sociedades que se revestem da forma comercial. Para essas prevalece a Lei de Introdução ao Código Civil, que não contempla a nacionalidade diretamente, alude apenas a lei que lhes será aplicável, neste caso a de sua constituição.

Por todo já exposto, mesmo que de forma implícita, entende-se sem sentido a discussão que pretende classificar pessoas jurídicas. Na acepção da palavra todas são entes coletivos, sejam sociedades, associações ou fundações, formadas por pessoas naturais sob a égide legal de um determinado Estado. Fundadores, dirigentes, etc. possuem personalidade distinta da pessoa jurídica, logo estas não se fundem ou confundem.

Leonardo Medeiros Régnier, explica que a sociedade se forma pela vontade de pessoas naturais de se associarem, só então surge pessoa jurídica, com o devido registro no órgão competente, e após o início de suas atividades, em conformidade com seu fim, no caso das sociedades comerciais, o lucro, adquire a forma de empresa.<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *Nacionalidade das Sociedades Comerciais*, p. 43 e ss.

O artigo 1.134 lei civil brasileira inicia a Seção III, Da Sociedade Estrangeira, e condiciona a autorização do Poder Executivo às atividades de sociedades comerciais estrangeiras no Brasil. Essa disposição, não difere da Lei de Introdução, analisada no próximo capítulo, que trata da lei aplicável. Nos artigos seguintes a legislação disciplina a matéria atinente à autorização.

No capítulo seguinte trata-se da lei aplicável, intimamente ligado ao conceito da nacionalidade, aborda-se os institutos legais vigentes no Brasil, bem como os de interesse, decorrente de possíveis relações internacionais que envolvam pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras.

## 4

### Lei aplicável às pessoas jurídicas de direito privado

A aplicação do estatuto pessoal da pessoa jurídica no direito internacional privado dá-se através de regras jurídicas específicas.<sup>154</sup>

Ao estatuto pessoal da pessoa jurídica cabe a determinação do direito aplicável nas relações jurídicas internacionais realizadas por aquela pessoa.

Doutrinariamente, esse procedimento chama-se *lex societatis* e regula a natureza jurídica da pessoa jurídica, a sua constituição, a sua dissolução e liquidação, bem como a sua capacidade de gozo ou de direito (*Rechtsfähigkeit*), aquela de exercício ou de fato (*Handlungsfähigkeit*), o seu nome comercial, a sua organização interna, particularmente da sociedade com os seus sócios, o regime jurídico da responsabilidade civil pela violação de normas do direito societário, a responsabilidade jurídica pelas dívidas da pessoa jurídica, a sua administração, gestão e funcionamento, a sua representação perante terceiros, a emissão de títulos e seu regime jurídico.<sup>155</sup>

Conforme Hee Moon Jo: “A lei aplicável à *personalidade* da pessoa jurídica (tanto nacional quanto estrangeira) decide todas as questões jurídicas a ela pertinentes, desde a sua constituição até a dissolução”.<sup>156</sup> O mesmo autor salienta que para revestir as transações comerciais com segurança, existem limites legais para que se aplique a *lex societatis*, expondo os seguintes:

---

<sup>154</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*, p. 143.

<sup>155</sup> RECHSTINER, Beat Walter. op. cit., p. 144.

<sup>156</sup> JO, Hee Moon. *Moderno Direito Internacional Privado*, p. 426.

Constituição – Todas as questões relacionadas à constituição da pessoa jurídica, como as condições substanciais e formais para a constituição, as causas de nulidade da constituição, os seus efeitos, etc., são determinadas pela *lex societatis*.

Estrutura interna – A *lex societatis* determina todas as questões relacionadas à formação e ao funcionamento dos diversos órgãos da pessoa jurídica, como seus tipos, as suas características, o número dos membros de cada órgão, as eleições, as demissões, as relações com os seus funcionários, direitos e deveres dos funcionários, a alteração de carta constitutiva, etc.

Emissões de ações – A *lex societatis* determina todas as questões jurídicas relacionadas à parte acionária da pessoa jurídica, tais como a possibilidade de emissão de ações, a modalidade desta, as espécies de ações, suas características, a transferência, etc.

Dissolução e liquidação – A *lex societatis* também determina as questões jurídicas sobre a dissolução da pessoa jurídica, como as razões para a sua dissolução, o procedimento a ser seguido, os efeitos desta, etc.

Capacidade processual – A *lex societatis* dispõe sobre a capacidade processual da pessoa jurídica, ou seja, a capacidade desta de ser parte em processo judiciário.

Limitação à Aplicação da “Lex Societatis”: Este é um tema muito delicado, sendo necessária sempre a análise individual do caso. Referentemente às questões de capacidade individual da pessoa jurídica, aplica-se a lei aplicável a cada ato jurídico específico. As questões referentes a atos ilícitos atribuíveis à pessoa jurídica são sempre determinadas pela lei do local do ato. Com relação à capacidade processual do órgão representativo da pessoa jurídica, esta é decidida pela *lex fori*, como uma questão processual do fórum.<sup>157</sup>

Condizente às tendências legislativas para a determinação do estatuto das pessoas jurídicas de direito privado, basicamente, são levados em consideração dois critérios: o da incorporação e o da sede social.

---

<sup>157</sup> JO, Hee Moon. op. cit., p. 427 e 428.

## 4.1

### **Critério da incorporação**

De acordo com esse critério, a lei do lugar da constituição da pessoa jurídica é a que determina a lei aplicável à mesma.

No âmbito interno de cada país, é determinado o conteúdo da lei, ou seja, cada legislação nacional apresenta os seus requisitos próprios relacionados à publicidade e ao registro da sociedade.

Uma vez cumpridos os requisitos exigidos, passa a capacidade jurídica da pessoa jurídica de direito privado a ser reconhecida como existente, assim como o direito aplicável que vai ser do próprio lugar de constituição.

Assim, conforme a teoria da incorporação,

os sócios fundadores possuem a faculdade de constituir a pessoa jurídica conforme o direito de sua escolha, ainda que esta não desenvolva as suas principais atividades no país da sua constituição. É sempre decisiva a sede estatutária ou aquela designada no contrato social da pessoa jurídica. A sede social ou efetiva, ou seja, aquela da sua administração real, não é relevante.<sup>158</sup>

Contrária à teoria da constituição, existe a teoria da sede social.

## 4.2

### **Critério da sede social**

O critério da sede social estabelece como direito aplicável o do lugar da sede da pessoa jurídica. Vale dizer, o local da sua administração real.

Destarte, a sede levada em consideração por esse critério não é a determinada no contrato social, mas a chamada sede efetiva da pessoa jurídica.

---

<sup>158</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. op. cit., p. 145.

Ao analisar as duas teorias, conforme os mais adeptos da teoria da incorporação, esta favorece a certeza do direito (*securité de droit*). Assim, a teoria da incorporação traz uma melhor estabilidade na questão da pessoa jurídica no direito internacional, principalmente para a segurança dos credores.

A opção pela teoria da sede social, por outro lado, induz a uma estabilidade na existência das sociedades irregulares,

posto que, em muitos casos, a sede estatutária ou a sede designada no contrato social da pessoa jurídica não coincide de fato com a sua sede social ou efetiva, inclusive, quando uma sociedade resolve transferir a sua administração por determinadas razões, provisoriamente, para o estrangeiro.<sup>159</sup>

Neste capítulo, há se tratar de legislação pertinente à lei aplicável no âmbito brasileiro,<sup>160</sup> sendo, para tanto, deve-se tratar aqui também algumas questões referentes à nacionalidade da pessoa jurídica,<sup>161</sup> pois os dois temas são distintos, é bem verdade, mas estão certamente intimamente ligados. O Brasil adota como critério para lei aplicável, o da incorporação, e para o da nacionalidade, o da incorporação cumulado com o da sede efetiva e, em alguns casos, ainda, o do controle. Como a legislação não trata do tema de forma específica, direta, e sim sempre indiretamente, achamos por conveniente utilizar a nacionalidade como matéria de apoio para discutir o assunto da lei aplicável em território brasileiro.

No âmbito da legislação nacional, o tratamento dado às pessoas jurídicas de direito internacional privado é disciplinado na Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 e em outras normas esparsas de *lege ferenda*.

---

<sup>159</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. op. cit., p. 145.

<sup>160</sup> Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Lei das Sociedades Anônimas, Código de Bustamante e Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Sociedades Comerciais.

<sup>161</sup> Como parâmetro internacional, tratamos do caso *Barcelona Traction*, julgado pela Corte Internacional de Justiça.

### 4.3

#### **Lei aplicável segundo a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942**

Segundo disposição do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, que editou a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, está assim no seu artigo 11:

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.

§ 2º. Os Governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação.

§ 3º. Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.

Ao interpretar o *caput* do artigo, conclui-se que o legislador brasileiro optou pela teoria da incorporação para definir qual a lei que deve ser aplicada à organização estrangeira. A doutrina tem discutido acerca da falta de clareza do legislador, pois falta ao artigo a palavra pessoa jurídica, aludindo à teoria da ficção. Encontra-se, portanto, na doutrina, comparação ao texto da antiga lei de introdução que era mais específica e trazia a referência direta à pessoa jurídica, ou, mais precisamente, o reconhecimento da nacionalidade da pessoa jurídica.

Entende-se que não há qualquer necessidade do rigor literário e é evidente que se trata de uma regra de Direito Internacional, pois visa contemplar, não só as organizações, sociedades e fundações, mas, de forma genérica, as entidades que são conhecidas como pessoas jurídicas, ou coletivas. Como exemplo, tem-se a sociedade por quotas de responsabilidade limitada que, após seu registro na Junta Comercial, passará a ser uma pessoa jurídica de pleno direito, isto se

for registrada em território brasileiro e tiver sua sede efetiva aqui instalada.

Segundo análise do capítulo anterior, será essa de nacionalidade brasileira, mesmo que atual Lei de Introdução, não seja explícita. Basta que, para tanto, se faça uma análise mais abrangente, ou mais flexível, afim de melhor aplicar o direito vigente, ou seja, poder admitir que a lei de introdução abarca a nacionalidade, ou a admite, quando faz referência à aplicação da lei do Estado de constituição das entidades estrangeiras, quando assim se fizer necessário em território nacional.

No caso de se indicar lei de outro Estado a ser aplicada, e sendo a lei do Estado de sua constituição, tem-se que o aplicador, mesmo sendo omissivo à questão de nacionalidade, usará de forma indireta o conceito da teoria de incorporação para definir a nacionalidade de pessoa estrangeira.

Para Maria Helena Diniz, vale no Brasil o disposto no artigo 11 da lei de introdução que é a lei do local de sua constituição para definir a lei aplicável à pessoa jurídica. Sinaliza como sendo esse critério o mais adequado.<sup>162</sup> Ainda, segundo a autora, a lei de introdução, “apesar de desprezar o critério da nacionalidade, do domicílio dos sócios ou dos fundadores, do país da subscrição, do capital social, da sede empresarial, da autonomia da vontade, não veio, contudo, a quebrar o princípio da lei domiciliar”.<sup>163</sup>

Diante desse raciocínio, pode-se perfeitamente adequar a interpretação do dispositivo legal à Constituição Federal, uma vez que aplica os dois princípios, o do local de constituição e o do domicílio, ou seja, da sede efetiva. Para tal conclusão, há de se interpretar a Carta Magna com certa flexibilidade<sup>164</sup>, não sistemática.

---

<sup>162</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. passim.

<sup>163</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 296.

<sup>164</sup> Se o legislador constituinte admite favorecer as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, conforme o art. 170 inciso IX e art. 176 § 1º, que faz a mesma alusão, com exceção da referência as de pequeno porte; interpreta-se que o contrário vale no mesmo sentido, ou seja, as empresas que não se enquadrarem nestes quesitos, serão consideradas estrangeiras, pois está clara a intenção do legislador em dar privilégios à pessoas jurídicas de nacionalidade brasileira.

O parágrafo primeiro, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, estabelece a regra da autorização governamental para que uma empresa, cuja organização acontecera em outro Estado, possa, no Brasil, estabelecer-se e exercer suas atividades conforme seu estatuto.

O legislador visa garantir que empresa alguma venha a atuar no Brasil com fins ilícitos, ou com o propósito de apenas explorar suas atividades sem recolher os impostos devidos.

Fica a critério do governo brasileiro aprovar o estatuto registrado em Estado diverso de maneira discricionária, cabendo aos órgãos administrativos autorizarem a empresa estrangeira a exercer suas atividades no Brasil. Caso seja autorizada, fica ela sujeita às leis brasileiras.

No entender de Maria Helena Diniz, se a pessoa jurídica conservar sede no exterior e aqui não se estabelecer pode fazer negócios no Brasil sem autorização do governo brasileiro, até recorrer aos Tribunais brasileiros, pois a pessoa jurídica, não pretendendo aqui se instalar, deseja apenas continuar sob a égide da lei do Estado de sua constituição. Mas se a empresa se instalar no Brasil, para não fraudar a lei, deverá obter autorização do governo brasileiro e assim se sujeita à lei nacional.<sup>165</sup>

Dessa forma, não se nacionaliza a pessoa jurídica, “apenas se determina o exercício de seus direitos, com as restrições estabelecidas pela ordem pública e bons costumes”.<sup>166</sup> A autora, Maria Helena Diniz, posiciona-se e afirma serem coisas distintas o reconhecimento da personalidade jurídica de uma empresa e a autorização, ou capacidade para aqui funcionar, a personalidade reconhecida pelo Estado de sua constituição. A isto, chama ela de “capacidade funcional”.

---

<sup>165</sup> DINIZ, Maria Helena. op. cit., passim.

<sup>166</sup> DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 300.

#### 4.3.1

### Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de Haroldo Valladão de 1964

O Projeto – ou Anteprojeto como preferem alguns doutrinadores – de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas do professor Haroldo Valladão<sup>167</sup> teve a intenção de abandonar o critério de conexão pelo domicílio, aplicando regras distintas para categorias mais específicas.

Dispõe a Exposição de Motivos do Anteprojeto, a respeito:

Em matéria de critério internacional privado, o Anteprojeto deixou de lado os critérios simplistas e superados de lei nacional ou de lei de domicílio, sistematicamente para grandes grupos de relações jurídicas; disciplinou-as em categorias mais restritas, buscando outros critérios menos lógicos porém mais justos, eqüitativos, práticos e efetivos, da lei da residência habitual, da lei da situação, principalmente dos imóveis, regendo pela lei brasileira a sucessão quanto aos aqui situados, da lei do lugar da execução, da lei mais favorável aos atos, ao filho, ao incapaz, ao alimentando, etc., da lei brasileira em defesa dos interesses do país e dos brasileiros, etc.<sup>168</sup>

Quanto à existência e à capacidade das pessoas jurídicas estrangeiras, o anteprojeto opta pela lei do lugar da constituição, com o limite que essa capacidade no quesito do conteúdo não poderia exceder a *lex fori* brasileira.<sup>169</sup>

Ademais, outra condição imposta pelo Anteprojeto foi a autorização anterior do governo brasileiro para o funcionamento das empresas estrangeiras no Brasil, seja diretamente ou por meio de filiais, agências ou estabelecimentos de quaisquer natureza.

O art. 28 do referido Anteprojeto estabelece, diretamente, que a lei aplicável para reger a existência e a capacidade das pessoas jurídicas brasileiras é, sempre, a *lex fori*.

---

<sup>167</sup> Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas – Anteprojeto oficial de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, apresentando pelo professor Haroldo Valladão ao Senhor Ministro da Justiça e Negócios Interiores.

<sup>168</sup> Exposição de motivos, p. 5.

<sup>169</sup> art. 27 *caput* do Anteprojeto.

#### 4.3.2

#### **Projeto de Lei n.º 4.905/95**

No final do ano de 1994, a presidência da República Brasileira enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 4.905, de 1995, que dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas, com objetivo de substituir a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942.

Nesse Projeto, na questão das pessoas jurídicas, propõe-se, no art. 20 a seguinte redação: “As pessoas jurídicas serão regidas pela lei do país em que se estiverem constituído”, sempre com a devida autorização do governo brasileiro, conforme seu parágrafo único.

Esse Projeto recebeu parecer favorável do relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Não obstante, antes de ser votado, o governo desconsiderou o projeto “tendo em vista a necessidade de reexame da matéria”.

O Projeto tinha como objetivo substituir a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, estabelecendo regras para a aplicação das normas jurídicas. Vale dizer, regras de direito internacional privado e de direito intertemporal.

Conforme Jacob Dolinger,

a doutrina advoga que se projete duas leis autônomas, uma de direito internacional privado, e outra para aplicação das normas jurídicas, que cuidaria dos aspectos gerais e intertemporais, reclamando que não se admite a promulgação de um novo Código Civil brasileiro, sem que se tenha sequer iniciado o procedimento para a substituição de sua lei introdutória.<sup>170</sup>

Mesmo assim, o referido Projeto representaria uma evolução para o sistema de direito internacional privado brasileiro, a integrar disposições mais adequadas aos negócios jurídicos internacionais da nossa época.

---

<sup>170</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*, p. 331. Consultar, NUSSBAUM, Arthur. *Princípios de derecho internacional privado*, p. 10 e ss. Sobre a parte geral do direito internacional privado, consultar MACHADO, João Baptista. *Lições de direito*

#### 4.4

### Lei aplicável segundo a Lei das Sociedades Anônimas

Em conformidade com o Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de Setembro de 1940, ou mais precisamente do que restou dele, pois a maior parte de seu texto legal foi revogado pela Lei n.º 6.404, de 15 de Dezembro de 1976,<sup>171</sup> conhecida como Lei das Sociedades Anônimas, temos a seguinte disposição legal:

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 os 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.

Art. 68. As sociedades anônimas estrangeiras autorizadas a funcionar ficarão sujeitas às leis e aos tribunais brasileiros quanto aos atos ou operações que praticarem no Brasil.

O artigo 60 deixa claro que no Brasil existe a diferença entre empresa nacional e estrangeira. A própria norma reconhece a nacionalidade de pessoas jurídicas e para tanto usa cumulativamente dois critérios, o da incorporação e o da sede efetiva. Se as nacionais são organizadas em conformidade às leis brasileiras, temos por lógico que as estrangeiras só podem ter sido organizadas sob lei de outro Estado.

A doutrina sistêmica reza que pelo fato de ser lei específica, ou seja, lei que se aplica às sociedades por ações, ou sociedades anônimas, somente para estas pode haver interpretação da lei como admitindo empresas estrangeiras. Volta-se à questão já discutida, a considerar que nesse caso a lei específica se aplica para as outras entidades coletivas, ou seja, de forma genérica a todas as pessoas

---

*internacional privado*. Além de: SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*.

<sup>171</sup> Esta não revogou os artigos 59 a 70 daquela.

jurídicas. Não faz sentido distinguir as empresas pelo tipo de sociedade que ela escolheu, ao menos no caso específico de nacionalidade, que incide diretamente em como definir a lei que a ela compete.

O Decreto-Lei n.º 2627/40 disciplina a autorização de empresa estrangeira para funcionar no Brasil e no art. 66<sup>172</sup> traz a possibilidade desta acrescentar, em território brasileiro a denominação “do Brasil” ou “para o Brasil”, em seu nome original. Mais uma vez a autorização seria discricionária, face ao governo brasileiro, pois a sociedade só poderá funcionar se atender a requisitos econômicos e sociais, estes a critério do governo e do momento sócio-político-econômico vivido pela sociedade brasileira quando do pedido de funcionamento.

O artigo 71<sup>173</sup> traz a possibilidade de a sociedade autorizada a funcionar em território nacional, de nacionalizar-se. Isto quer dizer que este artigo acaba em definitivo com qualquer dúvida quanto ao sistema legal brasileiro que distingue e reconhece nacionalidade a pessoas jurídicas.

O artigo 68<sup>174</sup> pode ser interpretado da mesma forma que o § 1º do art. 11, do Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diz-se que se a empresa estrangeira for autorizada a funcionar no Brasil ficará automaticamente sujeita à lei brasileira, no que tange os atos ou operações aqui praticados. Não resta dúvida que nos demais casos, como um eventual litígio que verse acerca do estatuto dessa pessoa jurídica, quanto à sua constituição ou forma de funcionar, administrar

---

<sup>172</sup> “Art. 66. As sociedades anônimas estrangeiras funcionarão no território nacional com a mesma denominação que tiverem no seu país de origem, podendo, entretanto, acrescentar as palavras - “do Brasil” ou “para o Brasil”.”

<sup>173</sup> “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 artigo 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.

§ 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 parágrafos 3º e 4º do artigo 61.”

ou gerir seus órgãos, será submetido à lei do local de sua constituição, como é explícito o art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

## 4.5

### **Lei aplicável nas fontes legislativas internacionais**

Curioso é estudar o critério adotado pelo direito convencional no que tange aos instrumentos legais dos Tratados e das Convenções. Essa análise, naturalmente, dar-se-á no intuito de conhecer a lei que se deve aplicar às pessoas jurídicas de direito privado.

Não obstante, os Tratados e Convenções mencionados a seguir não se referem, categoricamente, à nacionalidade da pessoa jurídica de direito privado de maneira direta. Apesar disso, o enquadramento de determinada sociedade à lei de certo país (a *lex societatis*) corresponde, exatamente, à nacionalidade da sociedade.<sup>175</sup>

#### 4.5.1

### **Convenção de Direito Internacional Privado/Código de Bustamante de 1928**

O sistema jurídico brasileiro é integrado por um Tratado promulgado no Brasil em 13 de Agosto de 1929, pelo Decreto n.º 18.871, que é o Código de Direito Internacional Privado, mais conhecido como o Código de Bustamante. O tratado foi ratificado por outros quatorze países americanos, Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Panamá, Peru, República Dominicana, El Salvador, e Venezuela. Mais cinco nações foram signatárias, mas não ratificaram o acordo, Argentina, Colômbia, México, Paraguai e Uruguai. Os Estados Unidos da América também presenciaram a Convenção que aprovou o Código, mas se abstiveram da subscrição.

---

<sup>174</sup> “ Art. 68. As sociedades anônimas estrangeiras autorizadas a funcionar ficarão sujeitas às leis e aos tribunais brasileiros quanto aos atos ou operações que praticarem no Brasil.”

<sup>175</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*, p. 492.

Entre o Brasil e os países que ratificaram o tratado, vale o que dispõe justamente o Código de Bustamante para redimir litígios que a ele dizem respeito, entre os países que o ratificaram. Entre o Brasil e outros países que não os citados, este código vale apenas como fonte subsidiária. Suas disposições podem eventualmente ser consideradas, mas para tal deverá ser eleito pelas partes como norma reguladora.

Entre os países que ratificaram o acordo, ou mais precisamente, entre estes e o Brasil, não se vislumbra grande diferença do disposto na legislação que se considera genérica valendo para empresas de nacionalidade diversa da brasileira, de maneira geral.

O Código de Bustamante traz a idéia nítida de nacionalidade aplicada à pessoa jurídica. Com base nisto, tem-se a legislação que deverá ser aplicada a cada caso concreto, inclusive admitindo a naturalização e regulando esses casos. Em seu artigo 19, determina a forma com que a sociedade anônima pode obter sua nacionalidade. Pela eleição, conforme estatuto, isso abre a possibilidade de a empresa registrar seu estatuto no Brasil, mas eleger a nacionalidade boliviana. Entende-se que mesmo entre o Brasil e os países que ratificaram o Código de Bustamante, as disposições do ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e a Lei das Sociedades Anônimas, serão aplicadas nos litígios originados, frente empresas alienígenas. O referido código é minucioso e bem detalhado. As leis posteriores ao código simplificaram o texto daquele.

O Código de Bustamante faz menção expressa à nacionalidade das pessoas jurídicas, mas refere-se a critérios diferentes para os diversos tipos de classificação das pessoas jurídicas.<sup>176</sup>

---

<sup>176</sup> ARAUJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, p. 69. Segundo a autora, o Código Bustamante sempre foi uma legislação pouco conhecida e pouco usada pelos tribunais brasileiros. Também consultar GUZMÁN Latorre, Diego; MILLÁN Simpfendörfer, Marta. *Curso de Derecho Internacional Privado*, p. 340 e ss.

Segundo essa Convenção, para as corporações, fundações e associações, valerá a regra da nacionalidade de origem determinada pela lei do país que autorize, ou aprove, o seu funcionamento, conforme os artigos 16 e 17. É o chamado critério da incorporação, conforme vimos *ut retro*.

Já o art. 18 estabelece que as sociedades civis, mercantis ou industriais terão as suas nacionalidades determinadas na escritura social. É o chamado critério da autonomia da vontade. Subsidiariamente, na mesma situação, valerá a lei do lugar onde tenha gerência ou direção principal habituais, conhecido, pelo critério da sede social.

Para as Sociedades Anônimas, segundo o art. 19, o Código dispõe que sua nacionalidade será determinada pelo contrato social (critério da autonomia da vontade) e, sendo o caso, pela lei do lugar em que, geralmente, ocorra a reunião geral de acionistas ou, na sua falta, pelo do lugar onde funcione o seu principal Conselho Administrativo ou Junta Diretiva (critério da sede social).

Antonio Sanches de Bustamante y Sirven, que foi autor do Código, homenageado pela inclusão do seu nome no mesmo – Código de Bustamante – esclarece que as associações de direito público em que seus associados exercem o direito público de associação para fins lícitos, de acordo com as garantias individuais não podem ser estranhas ao país em que tiverem sido registradas ou inscritas.<sup>177</sup>

No condizente às pessoas jurídicas constituídas para objetivos civis, mercantis ou industriais, de caráter privado, segundo Antonio Sanches de Bustamante y Sirven, apresentam, com mais freqüência, atividades de natureza internacional.<sup>178</sup>

É por essa razão que o Código de Bustamante separou por distinção as corporações, fundações e associações de uma maneira

---

<sup>177</sup> BUSTAMANTE y SIRVEN, Antonio Sanches de. *Derecho Internacional Privado*, p. 247.

<sup>178</sup> BUSTAMANTE y SIRVEN, Antonio Sanches de. op. cit., p. 248.

artigos 16 e 17, e as sociedades civis, mercantis, industriais (anônimas e demais categorias) de outra maneira artigos 18 e 19.<sup>179</sup>

#### 4.5.2

### **Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de sociedades comerciais**

A Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Sociedades Comerciais entrou em vigor no âmbito internacional no dia 14 de junho de 1980. No Brasil sua vigência data de 21 de novembro de 1997, quando de sua publicação no Diário Oficial da União. Atualmente são oito Estados vinculados à Convenção; Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. O Uruguai e a Guatemala, apresentaram reservas, sendo que o Uruguai se refere ao artigo 7, ressalva que a “ordem pública”, no seu entender, é no âmbito internacional e não necessariamente quanto à ordem pública interna de cada Estado. Já a Guatemala fez duas reservas, uma ao artigo 4 e outra ao artigo 5.

A presente Convenção, ora em vigor no Brasil, obriga o sistema a ela; quanto aos outros sete países, está de acordo com legislação vigente, especificamente com o artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, privilegia a teoria da constituição para determinar a lei aplicável à pessoa jurídica. Desta feita não houve no País qualquer impedimento legal para sua ratificação, conforme comentário no projeto de mensagem enviado ao Presidente da República, pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores, ao Congresso Nacional, João Grandino Rodas;

Nesse documento encontra-se ressaltado que: 1. a lei reguladora da existência, de capacidade, do funcionamento e da dissolução adotada pela Convenção estava em harmonia com o disposto ‘explicitamente’ no artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942; 2. o problema do reconhecimento extraterritorial da personalidade jurídica das sociedades comerciais corresponde aos ‘princípios similares adotados em outros Tratados e

---

<sup>179</sup> BUSTAMANTE y SIRVEN, Antonio Sanches de. op. cit., p. 300 e 301. Ademais, vide artigos 32 a 34 e 247 a 252 do Código de Bustamante. Segundo o professor Jacob Dolinger, tais regras têm caráter repetitivo e, muitas vezes, contraditórias. op. cit., p. 493, nota de rodapé 23.

Convenções internacionais'; e 3. a solução dada pela Convenção à questão do funcionamento extraterritorial da sociedade comercial, está em consonância com o art. 301 do Código Comercial e com o artigo 11, § 1 da referida Lei de Introdução.<sup>180</sup>

A Convenção no seu artigo 7º aborda o que se pode chamar de Lei de Polícia,<sup>181</sup> quando abre a possibilidade ao Estado-Parte, deixar de aplicar a lei aplicável pertinente, quando esse entender que é “manifestamente contrária à sua ordem pública”. O que mostra o necessário respeito à soberania e autonomia de cada Estado, mesmo em momentos como o atual, ao que parece, no contexto econômico mundial, serem esses conceitos desprezados em nome do fortalecimento econômico dos países ditos de “primeiro mundo”, em detrimento dos países “emergentes”.

#### 4.5.3

#### Tratados de Montevideú

O Tratado de Direito Comercial de Montevideú, de 1889, estabeleceu, no seu art. 4º, que o “contrato social se rege tanto em sua forma, como quanto às relações jurídicas entre os sócios e entre a sociedade e terceiros, pela lei do país em que ela tem seu domicílio comercial”, somando o art. 5º que “as sociedades ou associações que tenham caráter de pessoa jurídica serão regidas pela lei do país de seu domicílio; serão reconhecidas de pleno direito como tais nos Estados e consideradas habilitadas para exercer neles os direitos civis e reivindicar seu reconhecimento perante os tribunais”.<sup>182</sup>

O Tratado de Direito Comercial Terrestre internacional de Montevideú de 1940 estabelece, no seu art. 8º, que “as sociedades mercantis serão regidas pelas leis do Estado de seu domicílio comercial; serão reconhecidas de pleno direito nos outros Estados

<sup>180</sup> RODAS, João Grandino. *Convenção Internacional sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Comerciais*.

<sup>181</sup> Assim denominado por BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado*. A obra possui tópico específico acerca do tema.

<sup>182</sup> Interessante disposição sobre as teorias da época no tratamento da pessoa jurídica pelo direito internacional privado é dada por FIORE, Pasquale. *Derecho Internacional Privado*. Ademais, sobre os aspectos filosóficos e sociais do tratamento da pessoa jurídica pelo direito internacional privado pode ser estudado em BATTIFOL, Henri. *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*.

contratantes e serão considerados habilitadas para exercer os atos de comércio e comparecer em juízo”, somando o art. 9º que “as sociedades ou corporações de um tipo desconhecido pelas leis de outro Estado podem neste exercer atos de comércio, desde que se submetam às prescrições legais”.

Jacob DOLINGER lembra que:

ambos Tratados foram ratificados pela Argentina, Paraguai e Uruguai, recordando-se o ensinamento de Werner Goldschmidt, que, escrevendo sobre o sistema do DIP latino-americano, observou que a nacionalidade e o domicílio da pessoa jurídica confundem, pois possuem elas a nacionalidade do país em que são domiciliadas.<sup>183</sup>

#### 4.5.4

##### **Tratado de Roma de 1957**

Em 1957, fora instituída a Comunidade Econômica Européia, atual União Européia, pelo chamado Tratado de Roma, em seu art. 52. O referido artigo estipulava que os Países-Membros da até então Comunidade Econômica Européia extinguiriam, progressivamente, as restrições à liberdade de estabelecimento de nacionais de um determinado Estado-membro em outro Estado que fizesse parte da mesma Comunidade.

Ainda, a respeito, o art. 58 ressalta que “as companhias ou firmas constituídas de conformidade com a legislação de um Estado-membro, e tendo sua sede estatutária, sua administração central ou seu principal estabelecimento dentro da Comunidade, são equiparadas, para aplicação das disposições do presente capítulo, às pessoas físicas nacionais dos Estados-membros”.

Segundo Jacob Dolinger, essa norma “visa reconhecer a personalidade da sociedade que tenha adquirido a nacionalidade de um dos Estados-membros da União nos demais Estados”.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> DOLINGER, Jacop. *Direito Internacional Privado*, p. 492.

<sup>184</sup> DOLINGER, Jacop. *op.cit.*, p. 494.

No intuito de adquirir essa nacionalidade, a pessoa jurídica de direito privado na União Européia deverá se constituir de acordo com a legislação de um dos Estados-membros além de ter um destes três requisitos: sede social, administração central ou estabelecimento principal dentro da região comunitária.

Além disso, o art. 220 do Tratado de Roma estabelece que os Estados-membros cumpram com medidas necessárias para garantir o reconhecimento recíproco das sociedades dentro da União Européia, conforme art. 58, resulta assim, a Convenção sobre o Reconhecimento Mútuo das Sociedades no Mercado Comum, de 29 de fevereiro de 1968.

#### **4.5.5**

##### **Convenção de Bruxelas de 1968**

Conforme o disposto no Tratado de Roma, os Países-membros da até então Comunidade Econômica Européia, em 1968, elaboraram a Convenção de Bruxelas sobre o Reconhecimento Mútuo de Sociedades e Pessoas Jurídicas. Esse tratado estabelece no seu art. 1º o reconhecimento das sociedades de direito civil ou comercial constituídas de acordo com a legislação de um Estado contratante que reconheça a elas a capacidade de serem titulares de direitos e obrigações e que tenham sede estatutária nos territórios onde se aplica a Convenção.<sup>185</sup>

O art. 3º estabelece que qualquer Estado contratante pode mencionar que não será aplicada a Convenção às sociedades ou pessoas jurídicas que, mesmo enquadradas nos requisitos determinados, tenham sua sede social fora dos países que correspondem a Comunidade se não tiverem algum vínculo econômico com esses territórios. É o chamado princípio da proximidade, cada vez mais utilizado nos sistemas de Direito Internacional Privado.

Já o art. 4º, determina que qualquer Estado contratante pode declarar que serão aplicadas as disposições da sua própria lei no que

---

<sup>185</sup> DOLINGER, Jacop. op. cit., p. 494.

se considerar essencial às sociedades e às pessoas jurídicas cuja sede se encontre no seu território, mesmo que instituídas de acordo com a lei de outro Estado contratante.

No art. 5º da Convenção, previu-se que a sede real das pessoas jurídicas de direito privado é o lugar onde mantém a sua administração central.

Segundo Jacob Dolinger, “autores europeus reconhecem que o critério adotado em suas legislações internas limita a liberdade de estabelecimento garantida nos artigos 52 e 58 do Tratado de Roma, pois referido critério não admite o reconhecimento de companhias organizadas sob a lei de um Estado membro”.<sup>186</sup>

#### 4.5.6

#### Convenção da Haia de 1956

A Convenção de Haia<sup>187</sup> que trata sobre o Reconhecimento de Personalidade Jurídica das Sociedades, Associações e Fundações Estrangeiras de 1956, tem disposição pertinente ao tema no seu art. 1º.

Esse artigo dispõe que a personalidade jurídica adquirida por uma sociedade, uma associação ou uma fundação, em razão de uma lei do Estado contratante, será reconhecida nos outros Estados contratantes, incluindo as formalidades de registro e/ou de publicidade atendidas no qual se encontre a sede social.

Diante disto, aos Estados contratantes ficou possibilitada a prerrogativa de não reconhecer a personalidade de uma entidade coletiva formada segundo o art. 1º, caso esse Estado leve em consideração a sede real e essa se encontre no seu território ou no

---

<sup>186</sup> DOLINGER, Jacob. op. cit., p. 495. O mesmo autor exemplifica com o caso *Daily Mail*, no qual a Corte de Justiça da Comunidade Européia em 1988 decidiu que os Países-membros possuem o direito de pleitear que uma companhia nacional tenha sua principal administração em seu território, e que uma companhia que foi incorporada em um País-membro não tem o direito de transferir a sua administração central a outro Estado-membro e continuar o seu status de companhia nacional do país em que foi incorporado.

<sup>187</sup> Sobre as Convenções de Haia, consultar ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, p. 49-53.

território de outro Estado, que também leva em consideração a sede real.

No caso, a sede real é o lugar onde está situada a administração central segundo a Convenção de Haia de 1956.

#### **4.5.7**

#### **Convenção de Estrasburgo de 1966**

Essa Convenção fora implementada no Conselho da Europa, visando reconhecer a existência das pessoas jurídicas de direito privado constituídas no território de uma das partes contratantes de acordo com sua legislação e que tenham sua sede estatutária sobre seu território.

As Convenções européias caracterizam, portanto, a nacionalidade de uma sociedade pelo critério do local de sua constituição composto com a sede estatutária ou com a sede real.<sup>188</sup>

#### **4.5.8**

#### **Convenções das Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs)**

Em 1979 e em 1984, surgiram duas Convenções elaboradas em sede da Organização dos Estados Americanos (OEA) nas 2ª e 3ª Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado em Montevideu e em La Paz, respectivamente.<sup>189</sup>

Em 1979, foi aprovada a Convenção sobre Conflito de Leis Relativas a Companhias Comerciais<sup>190</sup> e, em 1984, a Convenção sobre

---

<sup>188</sup> DOLINGER, Jacob. op. cit., p. 496.

<sup>189</sup> Sobre as CIDIPs, consultar ARAÚJO, Nádya de. op. cit., p. 66-78.

<sup>190</sup> Essa Convenção fora ratificada pelos seguintes Estados: Argentina, Brasil, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto nº 2.400, de 24/11/1997.

Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado.<sup>191</sup>

As duas Convenções escolheram o critério da incorporação, sem outras exigências ou restrições.

O art. 2º da Convenção de 1979 estabelece que “a existência, capacidade, atividade, operação e dissolução das companhias comerciais será regida pela lei do lugar de sua constituição”, detalhando, na alínea 2ª, que a lei do lugar da constituição significa “a lei do Estado onde se cumprem os requisitos de forma e de fundo necessários para a criação de tais sociedades”.

O art. 3º da mesma Convenção dispõe que as companhias regularmente constituídas em determinado Estado serão reconhecidas em outro Estado.

Além da constituição, não foi condicionado a qualquer outro requisito como aconteceu no direito convencional europeu, o qual estabelece, o art. 5º, que as companhias que tiverem sido constituídas em um país e que pretendam estabelecer “a sede efetiva de sua administração central” em outro Estado, poderão ter de cumprir os requisitos estabelecidos nas leis de outro Estado.

Além dos requisitos para o reconhecimento da pessoa jurídica, os países também exigem condições adicionais de funcionamento dentro do seu território.

A Convenção Interamericana de 1984 apresenta as mesmas disposições, apenas ampliando a regra do art. 2º que dispõe que “a existência, a capacidade para ser titular de direitos e obrigações, o funcionamento, a dissolução e a fusão das pessoas jurídicas de caráter privado serão regidos pela lei do lugar de sua constituição”.

---

<sup>191</sup> A Convenção sobre personalidade e capacidade das pessoas jurídicas no direito internacional privado foi ratificada pelo Brasil, Guatemala, México e Nicarágua. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto nº 2.427, de 17/12/1997.

#### 4.5.9

#### **Convenção do Banco Mundial**

O Banco Mundial (ou Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento) possui, em Washington, um Centro Internacional para Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados.<sup>192</sup>

Nesse caso, nacionais de outros Estados compreendem tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas nacionais de um outro Estado que tenha assinado a Convenção. Naturalmente, do ponto de vista material, o desentendimento deve versar sobre investimentos com um outro Estado signatário da mesma Convenção.

A Convenção estabelece que, ao acontecer uma divergência entre um Estado e uma pessoa jurídica de nacionalidade estabelecida nesse mesmo Estado, mas com controle administrativo implementado por estrangeiros, pode-se chamar a aplicação da Convenção. Em outras palavras, nessa hipótese, as partes podem considerar a pessoa jurídica como nacional de outro Estado com a finalidade de submeter a controvérsia ao Centro de Solução do Banco Mundial.<sup>193</sup>

#### 4.5.10

#### **Tratado de Direito Comercial Internacional, 1889**

A Convenção fora assinada na cidade de Montevideu, foi ratificada por Argentina, Paraguai e Uruguai. Apresenta uso misto de critério para determinação de lei aplicável, pois conforme segue, emprega o da incorporação e sede de negócios.

Art. 4º El contrato social se rige tanto em su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial.

---

<sup>192</sup> Esse Centro de Solução de Controvérsias é conhecida como ICSID, sendo regido pela Convenção assinada em Washington em 18 de março de 1965, em vigor a partir de 14 de outubro de 1966. O Brasil ainda não é parte nessa Convenção.

<sup>193</sup> Art. 25, alínea 2, letra b da Convenção.

Art. 5º Las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica se regirán por las leyes del país de su domicilio; serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados, y hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales. Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en cual intenten realizarlos.

#### 4.5.11

### **Tratado de Direito Comercial Terrestre Internacional, 1940**

Da mesma forma que a Convenção anterior, essa seguiu o mesmo procedimento, sendo vigente entre os países *supra* mencionados. Nesse caso, as previsões legais da Convenção são as mesmas, ou seja, emprego do critério da incorporação para determinar a lei aplicável em caso de conflito atinente ao estatuto pessoal da sociedade comercial e, nos demais casos a lei do centro de negócios.

Art. 8º Las sociedades mercantiles se regirán por las leyes del Estado de su domicilio comercial; serán reconocidas de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comércio y comparecer en juicio. Más, para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas por la leyes del Estado en el cual intentam realizarlos. Los representantes de dichas sociedades contraen para con terceros, las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades locales.

Art. 9º Las sociedades o corporaciones constituidas en un Estado, bajo una especie desconocida por las leyes de otro, pueden ejercer, en este último, actos de comercio sujetándose a las prescripciones locales.

#### 4.6

### **Os limites da aplicação da lei estrangeira nas questões concernentes às pessoas jurídicas**

Desconhece-se sistema jurídico hodierno, cuja previsão legal para o conflito de leis não seja abarcado; desta feita, cabe ao

aplicador do Direito a escolha, frente a normas de Direito Internacional Privado, da lei aplicável ao litígio instaurado.<sup>194</sup>

Identificada a lei que regerá o conflito, poderá ser ela afastada por exceção de ordem pública, caso aquela confronte ou fira a ordem pública da *lex fori*, a causar um *efeito negativo*. A este, ensina Nádía de Araújo, “sucede, como consequência, um *efeito positivo*: a utilização da regra adequada à situação”.<sup>195</sup>

Além da exceção à ordem pública do foro, pode ocorrer a necessidade de aplicação imediata de uma norma interna; diferentemente da exceção à ordem pública, aplicada após a identificada à lei aplicável, afastando esta por intermédio da exceção, não corresponde ao mesmo procedimento quando da incidência da norma imperativa, pois esta será aplicada de imediato.<sup>196</sup>

Não obstante, nossa Lei de Introdução menciona apenas a ordem pública, art. 17, sem qualquer ocorrência a normas de aplicação imediata.

#### 4.6.1

##### **Limite jurídico da ordem pública e das normas imperativas**

Na aplicação do método conflitual do direito internacional privado, vale dizer, no caso, da determinação da lei aplicável às pessoas jurídicas, pois o juiz aplica as normas de direito internacional privado da lei do foro (ou a *lex fori*).<sup>197</sup>

Essas normas, solucionam, apenas parcialmente, os conflitos de leis no espaço (entre os sistemas jurídicos),<sup>198</sup> isto é, determinam qual o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional.

---

<sup>194</sup> ARAÚJO, Nádía de. op. cit., p. 95.

<sup>195</sup> ARAÚJO, Nádía de. op. cit., p. 97.

<sup>196</sup> ARAÚJO, Nádía de. op. cit., p. 97-98.

<sup>197</sup> PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto Internazionale Privato*, p. 56 e ss. MACHADO, João Baptista. *Lições de direito internacional privado*, p. 57 e ss.

<sup>198</sup> Uma visão comparativa entre os sistemas jurídicos pode ser tida na clássica obra de DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*.

Caso seja aplicável o direito estrangeiro, o direito internacional privado da *lex fori*, a princípio, não considera o conteúdo material desse direito.

Se esse direito estrangeiro violar a ordem pública do foro, os juízes deixam de aplicá-lo no caso concreto.<sup>199</sup>

É o que também acontece na situação do estatuto pessoal das pessoas jurídicas.

No direito internacional privado brasileiro, a reserva de ordem pública é considerada e estabelecida no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, que dispõe: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

A chamada reserva de ordem pública consiste em uma cláusula de exceção que tem como finalidade a correção da aplicação do direito estrangeiro, quando esse leva, no caso concreto, a um resultado incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica nacional.<sup>200</sup>

Esse entendimento da ordem pública é considerado também no direito brasileiro. Haroldo Valladão ensina que “denega-se, no Brasil, efeito ao direito estrangeiro que choça concepções básicas do foro, que estabelece normas absolutamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem pública do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política, que ali orientam a respectiva legislação. É uma noção fluida, relativíssima, que se molda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência em cada caso”.<sup>201</sup>

No Brasil, a legislação se refere, categoricamente, à soberania nacional e aos bons costumes para caracterizar a ordem pública (art.

---

<sup>199</sup> ARAÚJO, Nádia de. o p. cit., p. 95 e ss. Consultar: NIBOYET, Jean-Pierre. *Princípios de Derecho Internacional Privado*, p. 380 e ss.

<sup>200</sup> MAJOROS, Ferenc. *Le Droit International Privé*, p. 74 e ss.

<sup>201</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, p. 496.

17 LICC/42; além do art. 216 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Esse entendimento, entretanto, já abrange os casos de violação da soberania nacional e dos bons costumes pela aplicação do direito estrangeiro no Brasil.

Diz Beat Walter Rechsteiner que

a ordem pública é um conceito relativo com variações no tempo e no espaço. É também um conceito aberto que, necessariamente, precisa ser concretizado pelo juiz, quando este julga uma causa de direito privado com conexão internacional, à qual é aplicável o direito estrangeiro, conforme as normas do direito internacional privado da *lex fori*". Quanto mais próxima e intimamente vinculada à *lex fori* estiver uma relação jurídica, embora aplicável o direito estrangeiro no caso concreto, tanto mais o juiz leva em consideração a compatibilidade desse direito com a ordem pública. A conexão mais próxima ou distante da relação jurídica concreta com a *lex fori*, que influi na aplicação da reserva da ordem pública pelo juiz, é denominada, pela doutrina alemã, *Binnenbeziehung*.<sup>202</sup>

Caso o direito estrangeiro não seja o direito aplicável na relação jurídica concreta, por violar a ordem pública, a regra é que o juiz aplique a *lex fori*.<sup>203</sup>

A doutrina jurídica vem distinguindo as reservas gerais das reservas especiais de ordem pública.

As primeiras intervêm sempre que é aplicável o direito estrangeiro a uma relação jurídica de caráter privado com conexão internacional. É o caso do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942.

Quando a reserva se refere a algum tema especial, fala-se em reserva especial de ordem pública. É o caso do art. 7º, §6 da mesma Lei; apenas como exemplo, pois não se aplica à matéria e questão.

Ademais, existe uma diferenciação doutrinária de reserva de ordem pública negativa e de ordem positiva.

---

<sup>202</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*, p. 156.

<sup>203</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*, p. 344-345.

A primeira consiste na aplicação do direito estrangeiro, aplicável conforme as normas do direito internacional privado da *lex fori*, quando os seus pressupostos estão cumpridos no caso concreto.

A ordem pública positiva refere-se às leis de aplicação imediata, ou *lois de police*, na doutrina francesa.

Cada nação considera, no seu ordenamento jurídico, normas de direito público que reivindicam a sua aplicação imediata, por força de seu conteúdo imperativo e cogente, independentemente do direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com operação internacional.<sup>204</sup>

Na doutrina de direito internacional, são essas normas especiais as quais chamamos de leis de aplicação imediata.<sup>205</sup>

Quando uma norma de aplicação imediata intervém, portanto, em uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional, não é necessário verificar o conteúdo do direito estrangeiro e verificar, em seguida, para saber se ele viola a ordem pública. As normas da *lex fori* são aplicáveis de imediato em função de seu caráter imperativo e cogente.

Os Tratados internacionais, geralmente, prevêem controles da lei aplicável a uma relação jurídica internacional com disposições de reserva à ordem pública nos seus textos.

Beat Walter RECHSTEINER distingue que

as Convenções elaboradas pela Conferência de Haia utilizam a fórmula 'manifestamente incompatível' (*manifestment incompatible, manifestly incompatible, offensichtlich unvereinbar*), enquanto aquelas das Conferências Interamericanas Especializadas costumam utilizar a expressão 'manifestamente contrária', delimitando o seu campo de aplicação referente à cláusula de ordem pública. A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado de 8 de maio de 1979, celebrada

<sup>204</sup> Análise profunda sobre as normas de aplicação imediata foi feita por SANTOS, Antonio Marques dos. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*. LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre. *Droit International Privé*, p. 114 e ss.

<sup>205</sup> *Lois d'application immédiate, lois de police, dispositions impératives, norme impérative, norme di applicazione necessaria, mandatoru rules, Gezetze von streng Sachnormen.*

em Montevideu, estabelece o seu art. 5º, em termos gerais, que ‘a lei declarada aplicável por uma convenção de direito internacional privado pode ser recusada no território de um Estado signatário que a considere manifestamente contrária aos princípios de sua ordem pública’. As Convenções pretendem salientar, com as fórmulas citadas, que a reserva de ordem pública é uma cláusula de exceção, aplicada, tão-somente, em casos de extrema desarmonia com os princípios básicos da ordem pública jurídica interna.<sup>206</sup>

Vale dizer que a reserva de ordem pública intervém na aplicação do direito material estrangeiro, no reconhecimento e na execução de decisões judiciais estrangeiras, denomina-se, nos últimos casos, ordem pública processual.<sup>207</sup>

#### 4.6.2

#### As normas imperativas ou leis de polícia

Pode ocorrer que a lei alienígena não possa ser aplicada, mesmo que ela seja a indicada por força de lei, como no caso do art. 11, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Isto acontece quando ao caso concreto incide uma norma de polícia,<sup>208</sup> são as leis que sobrepujam a outras de mesmo nível hierárquico, que visam, por sua vez, proteger a ordem econômico-social de um determinado Estado.

Segundo o autor latino Antonio Boggiano, “*se han propuesto diversas terminologías para denominar a una categoría de normas que, inspiradas en rigurosas consideraciones de orden público, excluyen el funcionamiento de las normas de conflicto y de toda otra norma*”.<sup>209</sup>

Quando se refere ao legislador que elabora a norma de polícia, Antonio Boggiano, diz que estas normas devem ser indeterminadas, cabe assim ao juiz que aplicar a lei exercer com equidade sua jurisdição, sempre de forma a adequar a norma de polícia ao caso

<sup>206</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*, p. 157. Para o conteúdo das Convenções, vide DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: vade-mécum*.

<sup>207</sup> Vide art. 216 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>208</sup> Assim denominada por Antonio Boggiano. op. cit., p. 245. O autor ainda nos traz denominações encontradas em outras culturas jurídicas: “*lois d’application immediate*”, “*norme com apposita delimitazione della sfera di efficacia*”, “*spacially conditioned rules*”, “*peremptory norms*”, “*normas rigidas*”, “*exclusivsätze*”, “*lois de police*”.

<sup>209</sup> BOGGIANO, Antonio. op. cit., p. 245.

concreto. Lembra o autor, “*las normas de policía autolimita el ámbito de aplicación del derecho material del juez (lex fori). Esta autolimitación se consigue técnicamente mediante la indicación de conexiones del caso multinacional com el territorio nacional*”.<sup>210</sup>

As normas de polícia podem incidir em várias formas de relação jurídica, ou sobre os mais variados litígios, mas quase sempre teremos um conflito legal de normas ditas de ordem pública, e de ordem privada. Como exemplo, o contrato para fornecer um determinado produto ao mercado consumidor, não pode a empresa fornecedora recorrer a um contrato elaborado ou até mesmo negociado com o consumidor cujas cláusulas contratuais, direta ou indiretamente, determinem condições contrárias ou inferiores às já previstas no Código de Defesa do Consumidor.<sup>211</sup>

Esta claro que essa norma de polícia não será sequer aventada, pois, como já se viu empresas estrangeiras que aqui queiram se estabelecer devem, para não fraudar a lei, receber autorização do governo brasileiro e se sujeitar às leis de nosso País.

## 4.7

### Julgados internacionais concernentes à matéria

#### 4.7.1

#### Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited

É famoso o caso da *Barcelona Traction, Ligh and Power Company, Limited*,<sup>212</sup> que se trata de uma empresa constituída em 1911, sob égide da legislação do Canadá, e sede em Toronto, capital

<sup>210</sup> BOGGIANO, Antonio. op. cit., p. 252.

<sup>211</sup> Lei n.º 8078/90. Reza o *caput* do Art. 12. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” É uma norma de polícia, que não pode ser aviltada, por uma cláusula contratual firmada entre fornecedor e consumidor.

<sup>212</sup> Caso na íntegra: “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgement”, in *ICJ Reports*, 1970.

canadense. Era uma sociedade por ações que possuía diversas empresas sob sua responsabilidade, algumas das quais incorporadas no Canadá e outras com registro na Espanha. As ações da *Barcelona Traction*, estavam, na sua maioria, em mãos de investidores belgas, na data de 12 de fevereiro de 1948, quando essa teve sua falência decretada pelo Tribunal de Réus, da província de Tarragona na Espanha.

Com a liquidação, os bens da *Barcelona Traction*, na Espanha, foram adquiridos pela *FECSA-Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.*, da Espanha. Fato: a falência foi motivada, segundo reclamações dos governos da Bélgica, Canadá, Inglaterra e Estados Unidos da América, por atos e omissões do governo espanhol.

Uma série de ações e procedimentos judiciais se iniciaram, por intermédio de algumas filiais da *Barcelona Traction*, já que esta não recorreu da sentença declaratória de falência. O caso se arrastou por vários anos,<sup>213</sup> foi inclusive formada uma comissão<sup>214</sup> para estudar o caso, cujo Governo belga não teve autorizada sua participação, porque desejava submeter a questão a arbitragem.

Desta feita, o Governo belga, com o firme propósito de oferecer proteção diplomática aos acionistas de sua nacionalidade, inicia, unilateralmente, em 15 de setembro de 1958, procedimento na Corte Internacional de Justiça. A petição do Governo belga foi assim sumariada por João Grandino Rodas<sup>215</sup>:

I. O governo espanhol era responsável pelos prejuízos que seus órgãos causaram à *Barcelona Traction*, por ter sido a ação dos mesmos contrária ao direito internacional.

II. O Estado espanhol devia restabelecer a *Barcelona Traction* em seus bens, direitos e interesses, tais como na data de 12 de fevereiro de 1948, além de indenizar por demais prejuízos, consoante determinasse a perícia.

---

<sup>213</sup> Em 1952, os bens da *Barcelona Traction*, já haviam sido incorporados a *FECSA* e em 1958 ainda haviam ações judiciais pendentes no caso.

<sup>214</sup> Formada por especialistas: um britânico, um canadense e dois espanhóis.

<sup>215</sup> RODAS, João Grandino. *Sociedade Comercial e Estado*, p. 361.

III. Na medida em que a restituição acima fosse impossibilitada em virtude de obstáculos constitucionais, o Estado espanhol deveria pagar o equivalente de bens, direitos e interesses, sob a forma de indenização, além do ressarcimento por outros prejuízos.

IV. Caso o Tribunal considerasse que o Governo belga, inobstante o domínio de seus nacionais na sociedade, não podia buscar o prejuízo sofrido pela própria companhia, as indenizações referidas na alínea III deveriam ser pagas na proporção do capital possuído por seus nacionais em 12 de fevereiro de 1948.

O Governo espanhol apresentou sua defesa, em 21 de maio de 1960, cujas alegações foram exceções preliminares, entre elas a de que o Governo belga não era parte ativa legítima para peticionar, lhe faltava o *jus standi*,<sup>216</sup> a fim de ver seus nacionais ressarcidos nos danos sofridos por uma sociedade canadense. Com a finalidade de permitir acordos por parte de grupos privados, o Governo belga desiste da ação, em 23 de março de 1961, sendo que o pedido foi homologado em 10 de abril de 1961. Frustrada a possibilidade de acordo, em 18 de junho de 1962, o Governo belga, protocola nova ação na Corte Internacional de Justiça. O Governo espanhol volta a se defender por meio de exceções preliminares, as mesmas que tinha apresentado na primeira contestação.

Dos fatos que se sucederam no processo, o que apresenta particular interesse, é a posição dos governos belga e espanhol, no tocante à legitimidade ativa do Governo belga. A Espanha defende que o Governo belga, que pretende proteger seus nacionais, na verdade tenta proteger diplomaticamente uma sociedade canadense; esta por sua vez possuía, inclusive, bom relacionamento com o Governo canadense. Por sinal este, nos últimos 50 anos, havia defendido a sociedade em questão.

Já a Bélgica, alega que seus nacionais possuíam mais de 88% das ações da sociedade, tanto na época da falência, como na data do protocolo da ação. Defendia ainda que cada Estado tinha o direito discricionário de defender ou negar defesa diplomática; alegava a falta

---

<sup>216</sup> Direito de comparecer em juízo para peticionar.

de norma de direito internacional que proibisse a defesa de acionistas da sociedade, cuja nacionalidade é diversa das partes, e apresentava ainda decisões arbitrais que acolheram a proteção à acionistas.

A Bélgica teve seu pedido negado, em 5 de fevereiro de 1970, pela Corte Internacional de Justiça, por quinze votos a um, sendo que o único voto favorável à Bélgica foi o do juiz *ad hoc* Riphagen, que fora indicado pelo Governo Belga. As outras exceções viram-se prejudicadas, uma vez que a Corte Internacional de Justiça concluiu pela falta de legitimidade ativa da Bélgica. Segundo esta decisão, quem teria a legitimidade ativa para proteger diplomaticamente a sociedade seria o Estado de sua nacionalidade. Logo, caberia ao Canadá este direito.

A nacionalidade canadense da sociedade fora reconhecida pela Bélgica e Espanha no decorrer do processo. A Bélgica baseou seu pedido no reconhecimento de proteção diplomática a acionistas, com base na nacionalidade destes, independentemente da nacionalidade daquela pela Corte Internacional de Justiça. Em momento algum, a nacionalidade da *Barcelona Traction* foi objeto de discussão.

A decisão da Corte Internacional de Justiça, demonstra com clareza o conceito predominante quanto aos critérios para reconhecimento de nacionalidade de pessoas jurídicas. Primou esta por aplicar cumulativamente o critério da incorporação e da sede efetiva.

Observa-se que o legislador brasileiro, segue as tendências mundiais do direito quando se vale de princípios semelhantes, como por exemplo: nossa Constituição Federal prescreve o uso cumulativo de dois critérios, da incorporação e da sede efetiva. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, muito anterior ao caso citado, usa o critério da incorporação, para eleger a lei que será aplicada às pessoas jurídicas de nacionalidade diversa da brasileira, evidentemente apenas nas situações que ela não se sujeite, por determinação legal, à lei brasileira. A Lei das Sociedades Anônimas, quando mantém as disposições do Decreto-lei n.º 2.627/40, expresso

no artigo 300, da Lei n.º 6404/76, privilegia os mesmos critérios adotados pelo constituinte.

Fator de vital importância é determinar o âmbito de aplicação da lei pessoal da pessoa jurídica (*lex societatis*). Já se viu que no Brasil uma empresa alienígena pode se instalar e funcionar, desde que obtenha autorização do governo brasileiro.<sup>217</sup> Neste caso ela deverá se submeter à legislação brasileira, mas seu estatuto social obedece à lei do Estado de sua constituição, conforme previsão do artigo 11, da Lei de Introdução ao Código Brasileiro.

#### 4.7.2

#### Caso Champion Trading Company

O caso em questão envolveu uma disputa entre a *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc.*, e as pessoas naturais, James T. Wahba, John B. Wahba e Timothy T. Wahba, na condição de reclamantes, *versus*, a República Árabe do Egito<sup>218</sup>, reclamada; foi submetido à solução de controvérsia, por intermédio de arbitragem, sob a égide da Convenção do Banco Mundial, mais especificamente ao Centro Internacional para Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (ICSID).

O litígio envolve a *National Cotton Company*, empresa criada e incorporada no Egito, sob a égide da lei egípcia, em 1994; as ações dessa empresa estavam divididas entre a família Wahba, o fundo de pensão do empregados, 5% das cotas e o Banco Nacional do Egito que detinha 20% do total das ações.

No ano de 1997 o Banco Nacional do Egito transfere suas ações para a *Champion Trading Company*. A nova acionista é uma empresa constituída sob as leis do Estado de Delaware nos Estados Unidos. As

---

<sup>217</sup> Hee Moon Jo; “ uma pessoa jurídica estrangeira deve ser efetivamente reconhecida para que possa exercer a *sua atividade e estabelecer-se fisicamente* no país em questão. O reconhecimento não é um *ato constitutivo* da sua nova personalidade jurídica, mas sim um *ato declaratório*, pelo qual ela passa a ter validade no seu território.” *Moderno Direito Internacional Privado*, p. 432.

<sup>218</sup> Caso n.º Arb/02/9 disponível no sítio eletrônico do Banco Mundial: <[www.worldbank.org/icsid/cases/champion-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/champion-decision.pdf)> Acesso em: 11 de jul. 2005.

ações do fundo de pensão são transferidas para a *Ameritrade International, Inc.*, como no caso da empresa anterior, também constituída no Estado de Delaware.

A controvérsia de interesse reside no conflito jurisdicional avocado no Tribunal Arbitral pela República Árabe do Egito; os reclamantes, pessoas naturais, os Wahba's, segundo o reclamado, seriam cidadãos egípcios, filhos de pai egípcio e mãe americana, nascidos nos Estados Unidos da América. O Egito, no exercício de sua soberania, adota o *jus sanguinis* para determinar a nacionalidade de seus cidadãos, ou seja, mesmo que os filhos do Sr. Mahmoud Ahmed Mohamed Wahba, nunca tivessem exercido a cidadania egípcia, seriam detentores de dupla nacionalidade, americana *jus solis* e egípcia *jus sanguinis*. A alegação do Estado egípcio foi acatada e confirmada pelo Tribunal Arbitral.

O objetivo era afastar a jurisdição do Centro Internacional para Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, pois segundo a Convenção do Banco Mundial, artigo 25 (2) (a), nacionais não podem submeter-se à jurisdição contra o Estado que lhes outorgou a nacionalidade. Com base neste dispositivo os Wahba's foram afastados da lide pelo Tribunal.

Com a mesma argumentação, o Egito tenta afastar da lide as empresas, cujas ações, pertencem aos Wahba's. Pretende a confusão das personalidades jurídicas, de pessoas físicas, detentoras das cotas dos entes coletivos, com a das empresas reclamantes, envolvidos na disputa. Evidente alusão à teoria do controle acionário, para determinar a nacionalidade da pessoa jurídica.

O Tribunal Arbitral se posiciona quanto a validade de sua jurisdição frente a lide, considera a *Champion Trading Company* e a *Ameritrade International, Inc.* partes legítimas, fundado no artigo 25 (2) (b) da Convenção do Banco Mundial, que trata da nacionalidade das pessoas jurídicas, adota assim o critério da incorporação como elemento determinante de nacionalidade dos entes coletivos.

A considerar a contemporaneidade da decisão, evidencia-se o reconhecimento da nacionalidade da pessoa jurídica, distinta de seus acionistas, bem como a importância da determinação da nacionalidade; não só para proteção diplomática, como defendida por alguns, mas para determinar-se a lei aplicável nos litígios que envolvam os entes coletivos, cada vez mais sujeitos as diversas jurisdições, dada a interação da economia mundial.

### 4.7.3

#### **Caso Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.**

Esta disputa foi integrada pela *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven)*, demandante, *versus*, a República Bolivariana da Venezuela<sup>219</sup>, demandada. O interesse neste litígio reside na questão de competência do Tribunal Arbitral do Centro Internacional para Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (ICSID).

*Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.* é uma empresa constituída segundo as leis venezuelanas, onde mantém sua sede social.

No primeiro momento parece óbvia a argüição de incompetência jurisdicional do Tribunal Arbitral; com base no caso anteriormente analisado, não é possível a nacionais representar contra o Estado que lhe outorgou a nacionalidade. Pelo critério da incorporação, a demandante é nacional da Venezuela, raciocínio reforçado pelo seu domicílio social, teoria da sede social.

A Convenção do Banco Mundial no artigo 25 (2) (b), *in fine*, permite que pessoas jurídicas demandem contra o Estado de sua nacionalidade, se ambos, ente coletivo e Estado, assim acordarem e, cumulativamente o controle da pessoa jurídica seja estrangeiro. Observa-se a alusão à teoria do controle, por via da exceção voluntária das partes.

---

<sup>219</sup> Caso n.º Arb/00/5 disponível no sítio eletrônico do Banco Mundial: <[www.worldbank.org/icsid/cases/aucov-s.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/aucov-s.pdf)> Acesso em: 11 de jul. 2005.

A *Aucoven* foi constituída no ano de 1996, com total de 99% de suas cotas pertencentes à *ICA*, empresa mexicana de engenharia, que por sua vez era subsidiária da *ICA Sociedad Controladora, S.A. (ICA Holding)*, um conglomerado mexicano de mais de 140 empresas; 1% restante pertencia a *Baninsa*, banco de investimentos venezuelano.

No ano de 1998 a *Icatech Corporation* empresa constituída no Estado da Flórida, Estados Unidos da América, logo de nacionalidade americana, controlada pela *ICA Holding*, adquire 75% das ações da *Aucoven*; a transferência das ações foi autorizada pelo governo venezuelano.

A *Aucoven* e o governo venezuelano firmaram um contrato, sua cláusula de n.º 63 previa que eventuais disputas seriam submetidas à arbitragem *ad hoc* sob a égide do Código de Processo Civil venezuelano e da Lei Modelo da UNCITRAL. A cláusula seguinte previa que as partes se submeteriam à arbitragem do Centro Internacional para Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados. Destarte, é afastada a arbitragem *ad hoc*.

A cláusula n.º 64 condicionava sua aplicabilidade à transferência de controle da *Aucoven* a estrangeiros. O fato se deu com a transferência de 75% das ações para a *Icatech Corporation*, de nacionalidade americana.

O Tribunal Arbitral em sua decisão acerca da argüição de incompetência apresentada pela Venezuela, entende que houve efetivamente a transferência, que as condições de aplicabilidade da cláusula foram observados, bem como, a conformidade com o artigo 25 (2) (b) da Convenção do Banco Mundial. Declara-se assim competente para apreciar a demanda.

Na decisão o Tribunal Arbitral ratifica o emprego do critério da incorporação para determinar a nacionalidade da *Icatech Corporation*, quando dita, no § 134 da decisão sobre competência: “*de acuerdo con el criterio relativo a la constitución que se utiliza comúnmente para determinar la nacionalidad de una sociedad*”. Afirmação que é reiteradamente empregada no dispositivo da decisão.

## 5

### Considerações finais

A pessoa jurídica de direito privado<sup>220</sup> é criada pelo direito, da mesma forma que a pessoa natural o é; adquire sua personalidade no ato de seu registro, deriva de uma vontade anterior de pessoas naturais, associadas com fins de explorar atividade comercial ou prestar serviços à comunidade, sem o fim de obter lucros e recepcionada pelo ordenamento jurídico. Fica assim subordinada juridicamente a este. Sua personalidade não se confunde com as de seus sócios. A pessoa jurídica, artificial por excelência, é independente, com direitos e deveres, regidos pela lei nacional que a incorporou ou autorizou seu funcionamento<sup>221</sup>.

A legislação brasileira reconhece a personalidade jurídica da pessoa jurídica, seja ela nacional, caso esta possua seus estatutos registrados em conformidade com as leis brasileiras e mantenha sua sede efetiva no território nacional, ou estrangeira, sendo que esta necessita da autorização para funcionar no país. Para obter tal autorização, terá que submeter seus estatutos à análise do governo brasileiro, que possui o poder discricionário para autorizar ou não a empresa estrangeira que pretenda aqui se estabelecer.

A Constituição Federal não aborda mais, de forma direta, a questão de empresa nacional, mas se pode afirmar que esta continua a fazer a distinção quando estabelece privilégios a empresas de pequeno porte, bem como critérios, cujo objeto seja a nacionalidade, para exploração de atividade econômica considerada estratégica. Ela

---

<sup>220</sup> As de Direito Público, são representadas no Brasil, pela União, Estados e Municípios, bem como nações alienígenas e organizações internacionais, por exemplo, ONU - Organização das Nações Unidas.

<sup>221</sup> Entende-se como o registro válido de empresa sob égide da legislação, como autorização tácita para exercício de suas funções estatutárias.

se vale de critérios para determinar a nacionalidade de empresas no Brasil: o da incorporação cumulado com o da sede efetiva. Para atividades de exploração estratégica emprega o critério do controle da sociedade, sem prejuízo dos demais. No Brasil é empresa nacional aquela que foi organizada conforme a lei nacional e possuir sede efetiva no Brasil.

O Direito não pode se basear em pré-posições, ou ficar totalmente à mercê de pessoas naturais, estejam elas de boa-fé ou má-fé. O Direito necessita de um critério que seja válido em todas as situações e por todo o exposto, acerca da pessoa jurídica, teorias, reconhecimento, personalidade jurídica, não comunicabilidade das personalidades singulares e coletivas, fatores que influenciam as relações sociais que devem ser regulamentadas pelo Direito. Não cabe outro julgamento senão o da aplicação do critério da incorporação.

A única forma de determinar essa nacionalidade com precisão e de forma inequívoca se dá por meio desse critério, pois, este age com o mesmo princípio que se determina a personalidade de uma pessoa natural – com o nascimento, que é abrigado pelo Direito, quando do registro, e assim conferindo-lhe a personalidade e a nacionalidade.

A nacionalidade da pessoa jurídica depende tão somente da lei que formaliza o ato de sua constituição, que recepciona a vontade de pessoas naturais, que podem ser de diversas nacionalidades, formarem uma entidade privada, com intuito de auferir lucros ou não, e que o reconhecimento de sua nacionalidade não implica, necessariamente, em aplicar sua lei nacional para o seu funcionamento<sup>222</sup>.

---

<sup>222</sup> Caso das empresas estrangeiras que desejam se instalar e funcionar no Brasil: só poderão fazê-lo após autorização do governo brasileiro, e isso não quer dizer que houve perda da nacionalidade por parte daquela.

Não se pretende, com tal afirmação que as fraudes à lei sejam liberadas e que não exista mais controle algum. Este, pode e deve ser feito por Estado, segundo critérios estabelecidos em sua constituição e/ou outras leis afins. Toda pessoa jurídica para atuar em Estado diverso do de sua nacionalidade, deve obter autorização para funcionar. É de se refletir quanto a qual seria o momento mais oportuno para que os Estados fiscalizem a documentação desse ente coletivo, para após isso, autorizar ou não o seu funcionamento? A pessoa jurídica terá seu estatuto aprovado, reprovado ou terá que se sujeitar a restrições ou adequações, segundo a previsão de cada legislação. Cabe ao governo de cada Estado, em caráter discricionário, aprovar e autorizar os entes coletivos a funcionar e operar em seu território.

O que cada Estado deve e faz, é primar para que a pessoa jurídica de direito privado estrangeira busque efetivamente contribuir para o desenvolvimento social e econômico da nação na qual atue. Cada Estado deve criar seus mecanismos para promover o controle de seus entes, pois ele tem toda a independência para realizar esse controle. Cabe, portanto, a cada nação aceitar ou não uma entidade estrangeira. Se aceitar, deve respeitar a condição de estrangeiro e lhe dar o direito de aplicar a legislação pátria nos casos em que esta couber.

No caso de guerra, e na atualidade, mesmo assim o interesse econômico se mostra acima de qualquer interesse de ordem idealista, o Estado pode e deve controlar seus interesses frente a essas pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras. Pode fazê-lo por meio de intervenção arbitrária, como previsto em nossa Constituição Federal, art. 137, inciso II,<sup>223</sup> que versa sobre o estado de sítio em caso de declaração de estado guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Não se vislumbra qualquer dificuldade da intervenção em

---

<sup>223</sup> “Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

empresa estrangeira domiciliada no Brasil, caso seja de interesse nacional, em eventual conflito armado, quando do país sob o estado de exceção. Basta a governo determinar a intervenção e pessoas físicas nacionais passam a gerenciar a pessoa jurídica durante tempo necessário; após o término do evento que deflagrou aquela, o controle da sociedade volta a quem de direito. Cabem às instituições governamentais fiscalizar e controlar as sociedades estrangeiras, autorizadas a funcionar no solo pátrio, afim de que estas cumpram sua função social de forma satisfatória, de acordo com a política social vigente.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, estabelece, com base no critério da incorporação, que a lei aplicável à pessoa jurídica é a do país onde esta se constituiu. Em análise indireta, o Estado de sua nacionalidade. Mesmo a utilizar apenas um critério, não se choca com a constituição. O Brasil ratificou Tratados internacionais referentes ao tema, mas estes não inserem novidade frente à legislação já vigente entre nós.

Quando a lei aplicável ao caso concreto for conflitante com uma norma imperativa, ou seja, Lei de Polícia, esta deixará de ser aplicada. Destarte, prevalece a norma imperativa do Estado.

Os julgados internacionais analisados demonstram, no âmbito internacional e contemporâneo, seja na Corte Internacional de Justiça ou nos Tribunais Arbitrais, o reconhecimento e a existência da nacionalidade das pessoas jurídicas. Prevalece o critério incorporação como fato determinante da nacionalidade e, por conseguinte, o da lei aplicável.

---

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.”

## Referências bibliográficas

ALFÉREZ, Francisco J. Garcimartín. **La sentencia “centros” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios**. Disponível em: <<http://www.reei.org/reei1/Garcimartin.reei.PDF>>. Acesso em: 20 abr. 2004.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BALESTRA, Ricardo R. **Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

BATTIFOL, Henri. **Aspects Philosophiques du Droit International Privé**. Paris: Dalloz, 1956.

\_\_\_\_\_. **Droit International Privé**. 4<sup>ème</sup> éd. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1967.

BARRAL, Welber. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios Elementares de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 19??.

BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

BUSTAMENTE y SIRVEN, Antonio Sanches de. **Derecho Internacional Privado**. Volume I. 3ª edição, Havana: Cultural S.A., 1943.

CAICEDO Castilla, José Joaquín. **Derecho Internacional Privado**. 6ª edición, Bogotá: Temis, 1967.

CAÑIZARES, Solá. **Aspectos de las sociedades anónimas en el derecho comparado**. in: Revista de la Cámara argentina de las sociedades anónimas, nº 3 e 4, págs. 390-407.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Atualizado e Revisado por Osires Rocha.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**. 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 1995.

CRISTIANO, Romano. **A Nacionalidade da Empresa e a Nova Constituição Federal**. in: Revista dos Tribunais, n.º 639, p. 46-50, São Paulo, 1989.

DAVID, René. **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains**. Septième édition, Paris: Dalloz, 1978.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 6ª edição atualizada, São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 7ª edição atualizada, São Paulo: Saraiva, 1995.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 5ª edição ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Parte Geral. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Sociedade Anônima Brasileira – Critério determinador se sua Nacionalidade.** in: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.º 23, págs. 65-70, São Paulo, 1976.

\_\_\_\_\_; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito internacional Privado, vade-mécum.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.** Volume 3. 2ª edição. Atualizado por Silva Pacheco, Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FÁBREGAS, Ramón Castilla Fernández-. **El Traslado Internacional del Domicilio Social.** Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/areas\\_virtual/Articulos/50-Derecho%20Mercantil/200207-2856173610231831.html](http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/50-Derecho%20Mercantil/200207-2856173610231831.html)>. Acesso em 20 abr. 2004.

FIORE, Pasquale. **Derecho Internacional Privado.** Madrid: centro editorial de F. Góngora, 1889.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 11ª edição, atualizada e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do no Código Civil.** 2ª edição. São Paulo: editora Juarez de oliveira, 2004.

GUZMÁN Latorre, Diego; MILLÁN Simpfendörfer, Marta. **Curso de Derecho Internacional Privado.** Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1973.

HIRTE, Heribert. **Die ausländische Kapitalgesellschaft mit Sitz in Deutschland.** Hamburg: Universität Hamburg, 2003.

JO, Hee Moon. **Moderno Direito Internacional Privado**. São Paulo: LTR, 2001.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Volume III. 2ª edição, revista e aumentada, São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

LOUSSOUARN, Yvon. **Les Conflits de Lois em Matière de Sociétés**. Paris: Librairie Sirey, 1949.

\_\_\_\_\_ ; BOUREL, Pierre. **Droit International Privé**. 4ème éd. Paris: Dalloz, 1993.

MACHADO, João Baptista. **Lições de Direito Internacional Privado**. 3ª edição, Coimbra: Almedina, 1999.

MAJOROS, Ferenc. **Le Droit International Privé**. 4ème éd. Paris: PUF, 1975.

MÉLEGA, Luiz. **A Nacionalidade das Sociedades por Ações**. in: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro, vol. 33, págs. 127 e seg..

MENJUCQ, Michel. **Droit international et européen des sociétés**. Paris: Montchresien, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 1ª edição, Campinas-SP: Bookseller, 1999. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional Privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1935.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial**. Campinas-SP: Bookseller, 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Comercial e Empresarial**. Volume 1. 3ª edição reformada. São Paulo: Saraiva, 2003.

NIBOYET, Jean-Pierre. **Traité de Droit International Privé Français**. Paris: Recueil Sirey, 1950.

\_\_\_\_\_. **Princípios de Derecho Internacional Privado**. Madrid: Instituto editorial Reus, 1928.

NUSSBAUM, Arthur. **Princípios de Derecho Internacional Privado**. Buenos Aires: Depalma, 1947.

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.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto Internazionale Privato**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1959.

PINTO, Carlos Alberto da Motta. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª edição atualizada. 12ª reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1999.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado, Teoria e Prática**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **Nacionalidade das Sociedades Comerciais**. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito da Integração e Relações Internacionais**. Organizado por Luiz Otávio Pimentel. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1. 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995.

RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho Societário, Sociedades Comerciales, Civil y Cooperativa**. 1ª reimpressão, Buenos Aires: Editora Astrea, 1998.

ROCHA Osires. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª edição completamente reformulada, São Paulo: Saraiva, 1975.

RODAS, João Grandino. **Sociedade Comercial e Estado**. Editora da Universidade Estadual Paulista: São Paulo, 1995.

\_\_\_\_\_. **Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Comerciais**. in: Integração Jurídica Interamericana. Coordenadores Paulo Borba Casella, Nádia de Araújo, São Paulo: LTR, 1998.

ROMERO Del Prado, Víctor Nicolás. **Manual de Derecho Internacional Privado**. Tomo II. Buenos Aires: La ley, 1944.

SANTOS, Antonio Marques dos. **Algumas reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público**. Coimbra: sem editora, 1985.

\_\_\_\_\_. **As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado**: esboço de uma teoria geral. Coimbra: Almedina, 1991.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Regime Jurídico das Sociedades Comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SOUTO, Cláudio. **Introdução Crítica ao Direito Internacional Privado**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2000.

SOUZA, Sérgio Alberto. **Direito, Globalização e Barbárie: Estudos críticos de temas de Direito do Trabalho e de Direitos Humanos sob a ótica de uma leitura não-liberal.** São Paulo: LTr, 1998.

STRENGER, Irineu. **Curso de Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Forense, 1972.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional Privado.** 3ª edição aumentada, São Paulo: LTR, 1996.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais no Brasil e no Estrangeiro.** in: Revista dos Tribunais n.º 420, p. 20-37, São Paulo, 1970.

TIMM, Wolfram. **Der Einfluß des europäischen Gesellschaftsrechts auf die Umstrukturierung von Gesellschaften im nationalen und internationalen Bereich – Stand und Perspektiven.** Disponível em: <[http://www.uni-muenster.de/Jura.deu/binary/ref\\_412/thema08.pdf](http://www.uni-muenster.de/Jura.deu/binary/ref_412/thema08.pdf)>. Acesso 03 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. **Sitztheorie vs. Gründungstheorie. Stand und Auswirkungen der Diskussion im Lichte der „Centros“-Entscheidung des EuGH.** Disponível em: <[http://www.uni-muenster.de/Jura.deu/binary/ref\\_412/thema12a.pdf](http://www.uni-muenster.de/Jura.deu/binary/ref_412/thema12a.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2005.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado.** 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

\_\_\_\_\_. **Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

VIANA, Luiz. **Da Nacionalidade das Sociedades**. Salvador: S.A. Artes Gráficas, 1959.

VICO, Carlos M. **Curso de derecho internacional privado dictado en las facultades de derecho de Buenos Aires y La Plata**. Buenos Aires: Biblioteca jurídica argentina, 1967.

WOLFF, Martin. **Derecho Internacional Privado**. Barcelona: Labor, 1936.

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.º 39, págs. 77-83, São Paulo 1980.

# 7

## Anexos

### 7.1

#### **Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (excertos)**

Art. 19. São reconhecidas as pessoas jurídicas estrangeiras.

Art. 20. As pessoas jurídicas de direito público externo não podem adquirir, ou possuir, por qualquer título, propriedade imóvel no Brasil, nem direitos suscetíveis de desapropriação, salvo os prédios necessários para estabelecimento das legações ou consulados.

Parágrafo único. Dependem de aprovação do governo federal os estatutos ou compromissos das sociedades estrangeiras por ações e de intuitos não econômicos, para poderem funcionar no Brasil, por si mesmo, ou por filiais, agências, estabelecimentos que as representem, ficando sujeitas às leis e aos tribunais brasileiros.

Art. 21. A lei nacional das pessoas jurídicas determina-lhes a capacidade.

### 7.2

#### **Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (excertos)**

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

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.

§ 2º Os Governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação.

§ 3º Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

### 7.3

#### **Projeto de Lei nº 4.905/95 (excertos)**

Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas

Capítulo III

DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

SEÇÃO A

REGRAS DE CONEXÃO

Artigo 8º Estatuto pessoal – A personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família são regidos pela lei do domicílio. Ante a inexistência de domicílio ou na impossibilidade de sua localização, aplicar-se-ão sucessivamente a lei da residência habitual e a lei da residência atual.

§1º As formalidades de celebração do casamento obedecerão à lei do local de sua realização.

§2º As pessoas domiciliadas no Brasil que se casarem no exterior, atenderão, antes ou depois do casamento, às formalidades para habilitação reguladas no Código Civil Brasileiro, podendo registra-la na forma prevista na lei de Registros Públicos. As pessoas domiciliadas no exterior que se casarem no Brasil provarão seu desimpedimento de acordo com sua lei pessoal.

§3º O casamento entre brasileiros no exterior poderá ser celebrado perante autoridade consular brasileira, atendidas as formalidades de habilitação previstas no parágrafo anterior. O casamento entre estrangeiros de mesma nacionalidade poderá ser celebrado no Brasil perante respectiva autoridade diplomática ou consular.

§4º A autoridade consular brasileira é competente para lavrar atos de registro civil referentes a brasileiros na jurisdição do consulado, podendo igualmente lavrar autos notariais, atendidos em todos os casos os requisitos da lei brasileira.

§5º Se os cônjuges tiverem domicílios ou residências diversos, será aplicada aos efeitos pessoais do casamento a lei que com os mesmos tiver vínculos mais estreitos.

§6º Os menores e os incapazes são regidos pela lei do domicílio de seus pais ou responsáveis; tendo os pais do menor domicílios diversos, rege a lei que lhe seja mais benéfica.

Artigo 9º Regime matrimonial de bens – O regime de bens obedece à lei do país do primeiro domicílio conjugal, ressalvada a aplicação da lei brasileira para os bens situados no Brasil que tenham sido adquiridos após a transferência do domicílio conjugal.

Parágrafo único Será respeitado o regime de bens fixado por convenção, que tenha atendido à legislação competente, podendo os cônjuges que transferirem seu domicílio para o Brasil adotar, por documento hábil, o regime da comunhão parcial, sem prejuízo de sua situação.

Artigo 10 Bens e direitos reais – Os bens e os direitos reais são qualificados e regidos pela lei do local de sua situação.

Artigo 11 Obrigações contratuais – As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhidas pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, regidas pela lei

escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros.

§1º Caso não tenha havido escolha ou se a escolha não for eficaz, o contrato será regido pela lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

§2º Se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se em caráter excepcional.

§3º A forma dos atos e contratos rege-se pela lei do lugar de sua celebração, permitida a adoção de outra forma aceita em direito, que tenha vinculação com o ato ou contrato.

§4º Os contratos realizados no exterior sobre bens situados no País, ou direitos a eles relativos, serão registrados no Brasil desde que atendidos os requisitos de forma estabelecidos no parágrafo anterior.

Artigo 12 Obrigações por atos ilícitos – As obrigações resultantes de atos ilícitos serão regidas pela lei que com eles tenha vinculação mais estreita, seja a lei do local da prática do ato ou do local onde se verificou o prejuízo.

Artigo 13 Herança – A sucessão por morte ou ausência é regida pela lei do país do domicílio do falecido à data do óbito, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

Parágrafo único A sucessão de bens situados no Brasil será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, assim como dos herdeiros domiciliados no País, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do falecido.

## SEÇÃO B

### APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

Artigo 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.

Artigo 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.

Artigo 16 Qualificação – A qualificação destinada à determinação da lei aplicável será feita de acordo com a lei brasileira.

Artigo 17 Fraude à lei – Não será aplicada a lei de um país cuja conexão resultar de vínculo fraudulentamente estabelecido.

Artigo 18 Direitos adquiridos no exterior – Os direitos adquiridos em país estrangeiro serão reconhecidos no Brasil, com a ressalva decorrente do artigo anterior.

Artigo 19 Ordem pública – As leis, atos públicos e privados, bem como as heranças de outro país, não terão eficácia no Brasil se forem manifestamente contrários à ordem pública brasileira.

SEÇÃO C  
PESSOAS JURÍDICAS

Artigo 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.

Artigo 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 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.

SEÇÃO D  
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Artigo 22 Homologação de sentença estrangeira – As sentenças judiciais, laudos arbitrais e atos com força de sentença judicial, oriundos de país estrangeiro, para terem efeito ou serem executados no Brasil, deverão ser homologados pelo Supremo Tribunal Federal, atendidos os seguintes requisitos:

- I – haverem sido proferidos por autoridade com competência internacional;
- II – ter o réu, uma vez citado, oferecido defesa ou haver-se mantido revel;
- III – tratando-se de sentença judicial ou ato equivalente, ter transitado em julgado nos termos da lei local;
- IV – na hipótese de laudo arbitral, ter sido homologado judicialmente, se a lei estrangeiro o exigir;
- V – estarem revestidos das formalidades necessárias para serem executadas no país de origem;

VI – estarem traduzidos por intérprete público ou autorizado;

VII – estarem autenticados pela autoridade consular brasileira.

Artigo 23 Medidas cautelares – Poderão ser concedidas, no foro brasileiro competente para a execução, medidas cautelares destinadas a garantir a eficácia de ações judiciais em curso em país estrangeiro.

Artigo 24 Cartas rogatórias – Serão atendidos os pedidos oriundos de Justiça estrangeira, mediante carta rogatória, observadas as leis do Estado rogante quanto ao objeto e à forma das diligências, desde que não atentatórias a princípios fundamentais da lei brasileira. A carta rogatória, oficialmente traduzida, poderá ser apresentada diretamente à autoridade rogada.

Artigo 25 Fica revogado o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, e demais disposições em contrário.

## 7.4

### Código de Bustamante de 1928 (excertos)

Deste código nos interessam alguns artigos do capítulo I, com o nome de Nacionalidade e Naturalização, do Livro Primeiro, Título Primeiro, e do Capítulo II, Domicílio, no mesmo Título e Livro.

Art. 9º. Cada Estado contratante aplicará o seu direito próprio à determinação de nacionalidade de origem de toda pessoa individual ou jurídica e à sua aquisição, perda ou recuperação posterior, realizadas dentro ou fora do seu território, quando uma das nacionalidades sujeitas à controvérsia seja a do dito Estado. Os demais casos serão regidos pelas disposições que se acham estabelecidas nos restantes artigos deste capítulo.

Art. 10. Às questões sobre nacionalidade de origem em que não esteja interessado o Estado em que elas se debatem, aplicar-se-á a lei daquela das nacionalidades discutidas em que tiver domicílio a pessoa de que se trate.

Art. 11. Na falta desse domicílio, aplicar-se-ão ao caso previsto no artigo anterior os princípios aceitos pela lei do julgador.

Art. 13. Às naturalizações coletivas, no caso de independência de um Estado, aplicar-se-á a lei do Estrado novo, se tiver sido reconhecido pelo Estado julgador, e na sua falta, a do antigo, tudo sem prejuízo das estipulações contratuais entre os dois Estados interessados, as quais terão sempre preferência.

Art. 16. A nacionalidade de origem das corporações e 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 tenham sede habitualmente a sua gerência ou direção principal.

Art. 19. A nacionalidade das sociedades anônimas será determinada pelo contrato social e, eventualmente, pela lei do lugar em que normalmente se reuna a junta geral de acionista 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 casos de variação de soberania territorial, terá que se sujeitar às condições exigidas pela sua lei antiga e pela nova. Se mudar a soberania territorial, no caso de independência, aplicar-se-á a regra estabelecida no art. 13 para as naturalizações coletivas.

Art. 21. As disposições do art. 9º, no que se referem a pessoas jurídicas, e as dos artigos 16 a 20 não serão aplicadas nos Estados contratantes, que não atribuam nacionalidade às ditas pessoas jurídicas.

Art. 22. O conceito, aquisição, perda e reaquisição do domicílio geral e especial das pessoas naturais ou jurídicas rege-se-ão pela lei territorial.

Art. 25. As questões sobre a mudança de domicílio das pessoas naturais ou jurídicas serão resolvidas de acordo com a lei do tribunal, se este for de um dos Estados interessados, e, se não, pela do lugar em que se pretenda ter adquirido o último domicílio.

Art. 31. Cada Estado contratante, no seu caráter de pessoa jurídica, tem capacidade para adquirir e exercer direitos civis e contrair obrigações da mesma

natureza no território dos demais, sem outras restrições, senão as estabelecidas expressamente pelo direito local.

Art. 32. O conceito e reconhecimento das pessoas jurídicas serão regidos pela lei territorial.

Art. 33. Salvo as restrições estabelecidas nos dois artigos precedentes, a capacidade civil das corporações é regida pela lei que as tiver criado ou reconhecido; a das fundações, pelas regras da sua instituição, aprovadas pela autoridade correspondente, se o exigir o seu direito nacional; e a das associações, pelos seus estatutos, em iguais condições.

Art. 34. Com as mesmas restrições, a capacidade civil das sociedades civis, comerciais ou industriais é regida pelas disposições relativas ao contrato da sociedade.

Art. 35. A lei local aplicar-se-á aos bens das pessoas jurídicas que deixem de existir, a menos que o caso esteja previsto de outro modo, nos seus estatutos, nas suas cláusulas básicas ou no direito em vigor referente às sociedades.”

O Código ainda reserva em seu Capítulo I, do Título II, Das Companhias Comerciais, quase que dedicado ao Direito Comercial Internacional:

“Art. 247. O caráter comercial de uma sociedade coletiva ou comandatária determina-se pela lei que tiver submetido o contrato social e, na sua falta, pela do lugar em que tiver o seu domicílio comercial.

Se essas leis não distinguirem entre sociedades comerciais e civis, aplicar-se-á o direito do país em que a questão for submetida a juízo.

Art. 248. O caráter mercantil de uma sociedade anônima depende da lei do contrato social, na falta deste, a do lugar em que se efetuarem as assembléias gerais de acionistas, e em sua falta a do em que normalmente reside o seu Conselho ou Junta diretiva.

Se essas leis não distinguirem entre sociedades comerciais e civis, terá um ou outro caráter, conforme esteja ou não inscrita no registro comercial do país onde a questão deva ser julgada. Em falta de registro mercantil, aplicar-se-á o direito local deste último país.

Art. 249. Tudo quanto se relacione com a constituição e maneira de funcionar das sociedades mercantis e com a responsabilidade dos seus órgãos está sujeito ao contrato social, e, eventualmente, à lei que o reja.

Art. 250. A emissão de ações e obrigações em um Estado contratante, as formas e garantias de publicidade e a responsabilidade dos gerentes de agências e sucursais, a respeito de terceiros, submetem-se à lei territorial.

Art. 251. São também territoriais as leis que subordinam a sociedade a um regime especial, em vista das suas operações.

Art. 252. As sociedades mercantis, devidamente constituídas em um Estado contratante, gozarão da mesma personalidade jurídica nos demais, salvas as limitações do direito territorial.

Art. 253. São territoriais as disposições que se referem à criação, funcionamento e privilégios dos bancos de emissão e desconto, companhias de armazéns gerais de depósitos, e outras análogas.

## 7.5

### **Convention on the Settlement of Investment disputes between States and Nationals of other States (excertos)**

#### Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

(2) "National of another Contracting State" means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

(3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

#### Article 26

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

#### Article 27

(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

(2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

## 7.6

### **Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis – OEA – Montevideu – 1979**

Artigo 1 Esta Convenção aplicar-se-á às sociedades mercantis constituídas em qualquer dos Estados Partes.

Artigo 2 A existência, a capacidade, o funcionamento e a dissolução das sociedades mercantis regem-se pela lei do lugar de sua constituição.

Entende-se por “lei do lugar de sua constituição” a lei do Estado onde se cumpram os requisitos de forma e de fundo necessários para a criação de tais sociedades.

Artigo 3 As sociedades mercantis devidamente constituídas em um Estado serão reconhecidas de pleno direito nos demais Estados.

O reconhecimento de pleno direito não exclui a faculdade do Estado de exigir comprovação da existência da sociedade de acordo com a lei do lugar de sua constituição.

Em nenhum caso, a capacidade reconhecida às sociedades constituídas em um Estado poderá ser maior do que a capacidade que a lei do Estado do reconhecimento outorga às sociedades constituídas neste último Estado.

Artigo 4 Para o exercício direto ou indireto dos atos compreendidos no objeto social das sociedades mercantis, estas ficarão sujeitas à lei do Estado onde os praticarem.

A mesma lei aplicar-se-á ao controle que uma sociedade mercantil, que exerça o comércio em um Estado, obtenha sobre uma sociedade constituída em outro Estado.

Artigo 5 As sociedades constituídas em um Estado, que pretendam estabelecer a sede efetiva de sua administração central em outro Estado, poderão ser obrigadas a cumprir os requisitos estabelecidos na legislação deste último.

Artigo 6 As sociedades mercantis constituídas em um Estado para o exercício direto ou indireto dos atos compreendidos em seu objeto social ficarão sujeitas aos órgãos jurisdicionais do Estado onde os praticarem.

Artigo 7 A lei declarada aplicável por esta Convenção poderá não ser aplicada no território do Estado que a considere manifestamente contrária à sua ordem pública.

## 7.7

### **Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado – OEA – La Paz – 1984**

Artigo 1 Esta Convenção aplicar-se-á às pessoas jurídicas constituídas em qualquer dos Estados Partes, entendendo-se por pessoa jurídica toda entidade que tenha existência e responsabilidade próprias, distintas da dos seus membros ou fundadores e que seja qualificada como pessoa jurídica segundo a lei do lugar de sua constituição.

Esta Convenção será aplicada sem prejuízo de Convenções específicas que tenham por objeto categorias especiais de pessoas jurídicas.

Artigo 2 A existência, a dissolução e a fusão das pessoas jurídicas de caráter privado serão regidos pela lei do lugar de sua constituição.

Entender-se-á por “lei do lugar de sua constituição” a do Estado Parte em que forem cumpridos os requisitos de forma e fundo necessários à criação das referidas pessoas.

Artigo 3 As pessoas jurídicas privadas devidamente constituídas num Estado Parte serão reconhecidas de pleno direito nos demais Estados Partes. O reconhecimento de pleno direito não exclui a faculdade do Estado Parte de exigir comprovação de que a pessoa jurídica existe conforme a lei do lugar de sua constituição.

Em caso algum a capacidade reconhecida às pessoas jurídicas privadas constituídas num Estado Parte que as reconheça outorgue às pessoas jurídicas constituídas neste último.

Artigo 4 À realização de atos compreendidos no objeto social das pessoas jurídicas privadas aplicar-se-á a lei do Estado Parte em que se realizem tais atos.

Artigo 5 As pessoas jurídicas privadas constituídas num Estado Parte que pretendam estabelecer a sede efetiva de sua administração em outro Estado Parte poderão ser obrigadas a cumprir os requisitos estabelecidos na legislação deste último.

Artigo 6 Quando uma pessoa jurídica privada atuar por intermédio de representante em Estado Parte que não seja o de sua constituição, entender-se-á que esse representante, ou quem o substituir, poderá responder, de pleno direito, às reclamações e demandas que contra a referida pessoas se intentem por motivo de atos de que se trate.

Artigo 7 Cada Estado Parte e demais pessoas jurídicas de direito público organizadas de acordo com sua lei gozarão de personalidade jurídica privada de pleno direito e poderão adquirir direitos e contrair obrigações no território dos demais Estados Partes, com as restrições estabelecidas por essa lei e pelas leis destes últimos, especialmente no que se refere aos atos jurídicos a direitos reais e sem prejuízo de invocar, quando for o caso, imunidade de jurisdição.

Artigo 8 As pessoas jurídicas internacionais criadas por um acordo internacional entre Estados Partes ou por uma resolução de organização internacional reger-se-ão pelas disposições do acordo ou resolução de sua criação e serão reconhecidas de pleno direito como sujeitos de direito privado em todos os Estados Partes da mesma forma que as pessoas jurídicas privadas e sem prejuízo de invocar, quando for o caso, imunidade de jurisdição.

Artigo 9 A lei declarada aplicável por esta Convenção poderá não ser aplicada no território do Estado Parte que a considerar manifestamente contrária à sua ordem pública.

## **7.8**

### **Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de Haroldo Valladão (excertos)**

#### **Existência e capacidade das pessoas jurídicas**

Art. 27. A existência e a capacidade das pessoas jurídicas estrangeiras de direito privado regem-se segundo a lei de sua constituição, não podendo tal capacidade exceder a das correspondentes pessoas jurídicas brasileiras.

Parágrafo único. Não poderão, entretanto, funcionar no Brasil por si mesmas, ou por filiais, agências ou estabelecimentos que as representem sem a prévia aprovação pelo Governo Federal de seus atos constitutivos, ficando sujeitas às leis e aos tribunais brasileiros.

Art. 28. A existência e a capacidade das pessoas jurídicas brasileiras regem-se, sempre, segundo a lei brasileira.

## 7.9

### **Convencion sobre el Reconocimiento de la Personeria Juridica de las Sociedades, Asociaciones Y Fundaciones Extranjeras – 1956**

Los Estados signatarios de la presente Convención:

Deseando establecer disposiciones comunes sobre el reconocimiento de la personería jurídica de las sociedades, asociaciones, y fundaciones extranjeras.

Resuelven concluir una Convención a este efecto y convienen las siguientes disposiciones:

#### Artículo 1

La personería jurídica adquirida por una sociedad, una asociación o una fundación, en virtud de la Legislación del Estado contratante en el que han sido cumplidas las formalidades de registro o de publicidad y en el que se encuentra su sede estatutaria, será reconocida de pleno derecho en los otros países contratantes, siempre que implique, además de la capacidad para promover acción judicial, por lo menos la capacidad de poseer bienes y de concluir contratos y otros actos jurídicos.

La personería jurídica adquirida sin las formalidades de registro o de publicidad, será reconocida de pleno derecho, bajo las mismas condiciones, si la sociedad, la asociación o la fundación hubiera sido constituida de conformidad con la legislación que la rige.

#### Artículo 2

La personería jurídica adquirida conforme a las disposiciones del Artículo 1, podrá no ser reconocida en otro Estado contratante cuya legislación tome en consideración la sede real, si esa sede es considerada como encontrándose en su territorio.

La personería podrá no ser reconocida en otro Estado contratante cuya legislación tome en consideración la sede real, si esa sede es considerada allí como encontrándose en un Estado cuya legislación la toma igualmente en consideración.

La sociedad, la asociación o la fundación será considerada como teniendo su sede real en el lugar en que haya establecido su administración central.

Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no serán aplicables si la sociedad, la asociación o la fundación traslada, dentro de un plazo razonable, su sede real a un Estado que concede la personería sin tener en cuenta a esa sede.

#### Artículo 3

La continuidad de la personería será reconocida en todos los Estados contratantes, en caso de traslado de la sede estatutaria de uno a otro Estado contratante, si esa personería es reconocida en ambos Estados interesados.

Las disposiciones de los apartados 1 y 2 del Artículo 2 no serán aplicables si la sociedad, la asociación o la fundación traslada su sede estatutaria al Estado de sede real dentro de un plazo razonable.

#### Artículo 4

La fusión entre sociedades, asociaciones o fundaciones, que hayan adquirido la personería en el mismo Estado contratante, que se produzca en ese Estado, será reconocida en los otros Estados contratantes.

La fusión de una sociedad, una asociación o una fundación que haya obtenido la personería en uno de los Estados contratantes, con una sociedad, una asociación o una fundación que haya obtenido la personería en otro Estado contratante, será reconocida en todos los Estados contratantes en caso de que ésta sea reconocida en los Estados interesados.

#### Artículo 5

El reconocimiento de la personería jurídica implica la capacidad que le atribuye la ley en virtud de la cual ésta ha sido adquirida.

No obstante, podrán ser denegados los derechos que la ley del Estado de reconocimiento no concede a las sociedades, a las asociaciones y a las fundaciones de tipo equivalente.

El Estado de reconocimiento podrá también reglamentar el alcance de la capacidad de poseer bienes en su territorio.

La personería implicará en todos los casos, capacidad para la acción judicial; tanto en calidad de demandante como de demandado, de conformidad con la legislación del territorio.

#### Artículo 6

Las sociedades, las asociaciones y las fundaciones a las que la ley que las rige no concede la personería, tendrán, en el territorio de los otros Estados contratantes, la situación jurídica que les reconoce esta ley, especialmente en lo que se refiere a la capacidad para promover acción judicial y la relación con los acreedores.

Estas no podrán pretender tener un tratamiento jurídico más favorable en los otros Estados contratantes, aun cuando reúnan todas las condiciones que garantizan en esos Estados el beneficio de la personería.

Sin embargo, les podrán ser denegados los derechos que la legislación de esos Estados no concede a las sociedades, a las asociaciones y a las fundaciones de tipo equivalente.

Estos Estados podrán también reglamentar el alcance de la capacidad de poseer bienes en su territorio.

#### Artículo 7

La aprobación para el establecimiento, el funcionamiento y en general del ejercicio permanente de la actividad social, se registrará en el territorio del Estado de reconocimiento por la ley de ese Estado.

#### Artículo 8

En cada uno de los Estados contratantes, la aplicación de las disposiciones de la presente Convención podrán ser rechazadas por motivos de orden público.

#### Artículo 9

Al firmar o ratificar la presente Convención, o al adherir a la misma, cada Estado contratante podrá reservarse el derecho de limitar el alcance de su aplicación, tal como resulta del Artículo 1.

El Estado que haya hecho uso del derecho previsto en el apartado precedente, no podrá pretender la aplicación de la presente Convención por parte de los otros Estados contratantes a las categorías que él haya excluido.

#### Artículo 10

La presente Convención queda abierta a la firma de los Estados representados ante la Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

Esta será ratificada y los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos.

Se labrará un acta de todos los depósitos de instrumentos de ratificación y una copia de la misma, certificada conforme, será enviada por vía diplomática a cada uno de los Estados signatarios.

#### Artículo 11

La presente Convención entrará en vigencia sesenta días después del depósito del quinto instrumento de ratificación previsto en el Artículo 10, Apartado 2.

Para cada Estado Signatario que ratifique posteriormente la Convención, ésta entrará en vigencia sesenta días después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación.

#### Artículo 12

La presente Convención se aplicará de pleno derecho a los territorios metropolitanos de los Estados contratantes.

Si un Estado contratante deseara su puesta en vigencia en todos los otros territorios, o en alguno de los otros territorios en los que él garantiza las relaciones internacionales, deberá notificar su intención a este efecto mediante un acta que será depositada en el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos. Este último enviará por vía diplomática una copia certificada conforme, a cada uno de los Estados contratantes. La presente Convención entrará en vigencia para esos territorios sesenta días después de la fecha del depósito del acta de notificación indicada precedentemente.

Queda entendido que la notificación prevista en el Apartado 2 del presente Artículo, sólo podrá tener efecto con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente Convención, en virtud de su Artículo 11, Apartado 1.

#### Artículo 13

Todo Estado no representado ante la Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, podrá adherir a la presente Convención.

Los instrumentos de adhesión serán depositados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos.

Este enviará por vía diplomática una copia certificada conforme a cada uno de los Estados contratantes.

La adhesión sólo tendrá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados que no presenten objeción, durante los seis meses subsiguientes a esta comunicación.

Queda entendido que el depósito del acta de adhesión sólo podrá hacerse después de la entrada en vigencia de la presente Convención, en virtud del Artículo 11, Apartado 1.

#### Artículo 14

La presente Convención tendrá vigencia por un período de cinco años a partir de la fecha indicada en el Artículo 11, Apartado 1 de la presente Convención. Este período comenzará a correr a partir de esa fecha, aún para los Estados que lo hayan ratificado o que hayan adherido al mismo con posterioridad.

La Convención será renovada tácitamente cada cinco años, salvo denuncia.

La denuncia deberá ser notificada, por lo menos seis meses antes de la expiración del período, al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, el que lo comunicará a todos los otros Estados contratantes.

La denuncia podrá limitarse a los territorios o a algunos de los territorios indicados en una notificación hecha en virtud del Artículo 12, Apartado 2.

La denuncia sólo tendrá efecto para el Estado que la haya notificado. La Convención seguirá en vigencia para los otros Estados contratantes.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firmaron la presente Convención.

Hecho en La Haya el 1 de junio de 1956, en un solo ejemplar que será depositado en los archivos del Gobierno de los Países Bajos y del cual una copia certificada conforme será enviada a cada uno de los Estados representados ante la Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

## 7.10

### **Caso Barcelona Traction, 24 de julho 1964**

CASE CONCERNING THE BARCELONA TRACTION,  
LIGHT AND POWER COMPANY, LIMITED  
(PRELIMINARY OBJECTIONS)

Judgment of 24 July 1964

Proceedings in the case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) were instituted by an Application of 19 June 1962 in which the Belgian Government sought reparation for damage claimed to have been caused to Belgian nationals, shareholders in the Canadian Barcelona Traction Company, by the conduct of various organs of the Spanish State. The Spanish Government raised four Preliminary Objections.

The Court rejected the first Preliminary Objection by 12 votes to 4, and the second by 10 votes to 6. It joined the third Objection to the merits by 9 votes to 7 and the fourth by 10 votes to 6.

President Sir Percy Spender and Judges Spiropoulos, Koretsky and Jessup appended Declarations to the Judgment.

Vice-President Wellington Koo and Judges Tanaka and Bustamante y Rivero appended Separate Opinions.

Judge Morelli and Judge ad hoc Armand-Ugon appended Dissenting Opinions.

\*

First Preliminary Objection

In its Judgment, the Court recalled that Belgium had on 23 September 1958 filed with the Court an earlier Application against Spain in respect of the same facts, and Spain had then raised three Preliminary Objections. On 23 March 1961 the Applicant, availing itself of the right conferred upon it by Article 69, paragraph 2, of the Rules of Court, had informed the Court that it was not going on with the proceedings; notification having been received from the Respondent that it had no objection, the Court had removed the case from its List (10 April 1961). In its first Preliminary Objection, the Respondent contended that this discontinuance precluded the Applicant from bringing the present proceedings and advanced five arguments in support of its contention.

The Court accepted the first argument, to the effect that discontinuance is a purely procedural act the real significance of which must be sought in the attendant circumstances.

On the other hand, the Court was unable to accept the second argument namely that a discontinuance must always be taken as signifying a renunciation of any further right of action unless the right to start new proceedings is expressly reserved. As the Applicant's notice of discontinuance contained no motivation and was very clearly confined to the proceedings instituted by the first Application, the Court considered that the onus of establishing that the discontinuance meant something more than a decision to terminate those proceedings was placed upon the Respondent.

The Respondent, as its third argument, asserted that there had been an understanding between the Parties; it recalled that the representatives of the private Belgian interests concerned had made an approach with a view to opening negotiations and that the representatives of the Spanish interests had laid down as a prior condition the final withdrawal of the claim. According to the Respondent what was meant by this was that the discontinuance would put an end to any further right of action, but the Applicant denied that anything more was intended than the termination of the then current proceedings. The Court was unable to find at the governmental level any evidence of any such understanding as was alleged by the Respondent; it seemed that the problem had been deliberately avoided lest the foundation of the interchanges be shattered. Nor had the Respondent, on whom lay the onus of making its position clear, expressed any condition when it indicated that it did not object to the discontinuance.

The Respondent Government then advanced a fourth argument, having the character of a plea of estoppel, to the effect that, independently of the existence of any understanding, the Applicant had by its conduct misled the Respondent about the import of the discontinuance, but for which the Respondent would not have agreed to it, and would not thereby have suffered prejudice. The Court did not consider that the alleged misleading Belgian misrepresentations had been established and could not see what the Respondent stood to lose by agreeing to negotiate on the basis of a simple discontinuance; if it had not agreed to the discontinuance, the previous proceedings would simply have continued, whereas negotiations offered a possibility of finally settling the dispute. Moreover, if the negotiations were not successful and the case started again, it would still be possible once more to put forward the previous Preliminary Objections. Certainly the Applicant had framed its second Application with a foreknowledge of the probable nature of the Respondent's reply and taking it into account but, if the original proceedings had continued, the Applicant could likewise always have modified its submissions.

The final argument was of a different order. The Respondent alleged that the present proceedings were contrary to the spirit of the Hispano-Belgian Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration of 19 July 1927 which, according to the Applicant, conferred competence on the Court. The preliminary stages provided for by the Treaty having already been gone through in connection with the original proceedings, the Treaty could not be invoked a second time to seize the Court of the same complaints. The Court considered that the Treaty processes could not be regarded as exhausted so long as the right to bring new proceedings otherwise existed and until the case had been prosecuted to judgment.

For these reasons, the Court rejected the first Preliminary Objection.

#### Second Preliminary Objection

To found the jurisdiction of the Court the Applicant relied on the combined effect of Article 17 (4) of the 1927 Treaty between Belgium and Spain, according to which if the other methods of settlement provided for in that Treaty failed either party could bring any dispute of a legal nature before the Permanent Court of International Justice, and Article 37 of the Statute of the International Court of Justice, which reads as follows:

"Whenever a treaty or convention in force provides for reference of a matter to the Permanent Court of International Justice, the matter shall, as between the parties to the present Statute, be referred to the International Court of Justice."

As the principal aspect of its objection, the Respondent maintained that although the 1927 Treaty might still be in force, Article 17 (4) had lapsed in April 1946 on the dissolution of the Permanent Court to which that article referred. No substitution of the

present for the former Court had been effected in that article before the dissolution, Spain not being then a party to the Statute; in consequence, the 1927 Treaty had ceased to contain any valid jurisdictional clause when Spain was admitted to the United Nations and became ipso facto a party to the Statute (December 1955). In other words Article 37 applied only between States which had become parties to the Statute previous to the dissolution of the Permanent Court, and that dissolution had brought about the extinction of jurisdictional clauses providing for recourse to the Permanent Court unless they had previously been transformed by the operation of Article 37 into clauses providing for recourse to the present Court.

The Court found that this line of reasoning had first been advanced by the Respondent after the decision given by the Court on 26 May 1959 in the case concerning the Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria). But that case had been concerned with a unilateral declaration in acceptance of the compulsory jurisdiction of the Permanent Court and not with a treaty. It thus had reference not to Article 37 but to Article 36, paragraph 5, of the Statute.

As regards Article 37, the Court recalled that in 1945 its drafters had intended to preserve as many jurisdictional clauses as possible from becoming inoperative by reason of the prospective dissolution of the Permanent Court. It was thus difficult to suppose that they would willingly have contemplated that the nullification of the jurisdictional clauses whose continuation it was desired to preserve would be brought about by the very event the effects of which Article 37 was intended to parry.

Only three conditions were actually stated in Article 37. They were that there should be a treaty in force; that it should contain a provision for the reference of a matter to the Permanent Court; and that the dispute should be between States parties to the Statute. In the present case the conclusion must be that the 1927 Treaty being in force and containing a provision for reference to the Permanent Court, and the parties to the dispute being parties to the Statute, the matter was one to be referred to the International Court of Justice, which was the competent forum.

It was objected that this view led to a situation in which the jurisdictional clause concerned was inoperative and then after a gap of years became operative again, and it was asked whether in those circumstances any true consent could have been given by the Respondent to the Court's jurisdiction. The Court observed that the notion of rights and obligations that are in abeyance but not extinguished was common; States becoming parties to the Statute after the dissolution of the Permanent Court must be taken to have known that one of the results of their admission would be the reactivation by reason of Article 37 of certain jurisdictional clauses. The contrary position maintained by the Respondent would create discrimination between States according as to whether they became parties to the Statute before or after the dissolution of the Permanent Court.

As regards Article 17 (4) more particularly, the Court considered that it was an integral part of the 1927 Treaty. It would be difficult to assert that the basic obligation to submit to compulsory adjudication provided for in the Treaty was exclusively dependent on the existence of a particular forum. If it happened that the forum went out of existence, the obligation became inoperative but remained substantively in existence and could be rendered operative once more if a new tribunal was supplied by the automatic operation of some other instrument. Article 37 of the Statute had precisely that effect. Accordingly, "International Court of Justice" must now be read for "Permanent Court of International Justice".

As a subsidiary plea, the Respondent contended that if Article 37 of the Statute operated to reactivate Article 17 (4) of the Treaty in December 1955, what came into existence at that date was a new obligation between the Parties; and that just as the

original applied only to disputes arising after the Treaty date, so the new obligation could apply only to disputes arising after December 1955. The dispute was accordingly not covered since it had arisen previous to December 1955. In the opinion of the Court, when the obligation to submit to compulsory adjudication was revived as to its operation, it could only function in accordance with the Treaty providing for it and it continued to relate to any disputes arising after the Treaty date.

For these reasons the Court rejected the second Preliminary Objection both in its principal and in its subsidiary aspects.

#### Third and Fourth Preliminary Objections

The Respondent's third and fourth Preliminary Objections involved the question of whether the claim was admissible. The Applicant had submitted alternative pleas that these objections, unless rejected by the Court, should be joined to the merits.

By its third Preliminary Objection the Respondent denied the legal capacity of the Applicant to protect the Belgian interests on behalf of which it had submitted its claim. The acts complained of had taken place not in relation to any Belgian natural or juristic person but in relation to the Barcelona Traction Company, a juristic entity registered in Canada, the Belgian interests concerned being in the nature of shareholding interests in that company. The Respondent contended that international law does not recognize, in respect of injury caused by a State to the foreign company, any diplomatic protection of shareholders exercised by a State other than the national State of the company. The Applicant contested this view.

The Court found that the question of the *jus standi* of a government to protect the interests of shareholders raised an antecedent question of what was the juridical situation in respect of shareholding interests, as recognized by international law. The Applicant thus necessarily invoked rights which, so it contended, were conferred on it in respect of its nationals by the rules of international law concerning the treatment of foreigners. Hence a finding by the Court that it had no *jus standi* would be tantamount to a finding that those rights did not exist and that the claim was not well-founded in substance.

The third Objection had certain aspects which were of a preliminary character, but involved a number of closely interwoven strands of mixed law, fact and status to a degree such that the Court could not pronounce upon it at the present stage in full confidence that it was in possession of all the elements that might have a bearing on its decisions. The proceedings on the merits would thus place the Court in a better position to adjudicate with a full knowledge of the facts.

The foregoing considerations applied *a fortiori* to the fourth Preliminary Objection, wherein the Respondent alleged failure to exhaust local remedies. This allegation was in fact inextricably interwoven with the issues of denial of justice which constituted the major part of the merits of the case.

Accordingly, the Court joined the third and fourth Preliminary Objections to the merits.

## 7.11

### **Caso Barcelona Traction, 05 de fevereiro 1970**

CONCERNING THE BARCELONA TRACTION,  
LIGHT AND POWER COMPANY, LIMITED  
(SECOND PHASE)

Judgment of 5 February 1970

In its judgment in the second phase of the case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), the Court rejected Belgium's claim by fifteen votes to one.

The claim, which was brought before the Court on 19 June 1962, arose out of the adjudication in bankruptcy in Spain of Barcelona Traction, a company incorporated in Canada. Its object was to seek reparation for damage alleged by Belgium to have been sustained by Belgian nationals, shareholders in the company, as a result of acts said to be contrary to international law committed towards the company by organs of the Spanish State.

The Court found that Belgium lacked *jus standi* to exercise diplomatic protection of shareholders in a Canadian company with respect to measures taken against that company in Spain.

Judges Petrén and Onyeama appended a joint declaration to the Judgment; Judge Lachs appended a declaration. President Bustamante y Rivero and Judges Sir Gerald Fitzmaurice, Tanka, Jessup, Morelli, Padilla Nervo, Gros and Ammoun appended Separate Opinions.

Judge ad hoc Riphagen appended a Dissenting Opinion.

Background of Events in the Case  
(paras. 8-24 of the Judgment)

The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, was incorporated in 1911 in Toronto (Canada), where it has its head office. For the purpose of creating and developing an electric power production and distribution system in Catalonia (Spain) it formed a number of subsidiary companies, of which some had their registered offices in Canada and the others in Spain. In 1936 the subsidiary companies supplied the major part of Catalonia's electricity requirements. According to the Belgian Government, some years after the first world war Barcelona Traction share capital came to be very largely held by Belgian nationals, but the Spanish Government contends that the Belgian nationality of the shareholders is not proven.

Barcelona Traction issued several series of bonds, principally in sterling. The sterling bonds were serviced out of transfers to Barcelona Traction effected by the subsidiary companies operating in Spain. In 1936 the servicing of the Barcelona Traction bonds was suspended on account of the Spanish civil war. After that war the Spanish exchange control authorities refused to authorize the transfer of the foreign currency necessary for the resumption of the servicing of the sterling bonds. Subsequently, when the Belgian Government complained of this, the Spanish Government stated that the transfers could not be authorized unless it were shown that the foreign currency was to be used to repay debts arising from the genuine importation of foreign capital into Spain and that this had not been established.

In 1948 three Spanish holders of recently acquired Barcelona Traction sterling bonds petitioned the court of Reus (Province of Tarragona) for a declaration adjudging the company bankrupt, on account of failure to pay the interest on the bonds. On 12 February 1948 a judgment was given declaring the company bankrupt and ordering the

seizure of the assets of Barcelona Traction and of two of its subsidiary companies. Pursuant to this judgment the principal management personnel of the two companies were dismissed and Spanish directors appointed. Shortly afterwards, these measures were extended to the other subsidiary companies. New shares of the subsidiary companies were created, which were sold by public auction in 1952 to a newly-formed company, Fuerzas Electricas de Cataluna, S.A. (Fecsa), which thereupon acquired complete control of the undertaking in Spain.

Proceedings were brought without success in the Spanish courts by various companies or persons. According to the Spanish Government, 2,736 orders were made in the case and 494 judgments given by lower and 37 by higher courts before it was submitted to the International Court of Justice. The Court found that in 1948 Barcelona Traction, which had not received a judicial notice of the bankruptcy proceedings, and was not represented before the Reus court, took no proceedings in the Spanish courts until 18 June and thus did not enter a plea of opposition against the bankruptcy judgment within the time-limit of eight days from the date of publication of the judgment laid down in Spanish legislation. The Belgian Government contends, however, that the notification and publication did not comply with the relevant legal requirements and that the eight-day time-limit never began to run.

Representations were made to the Spanish Government by the British, Canadian, United States and Belgian Governments as from 1948 or 1949. The interposition of the Canadian Government ceased entirely in 1955.

Proceedings before the International Court and the Nature of the Claim  
(paras. 1-7 and 26-31 of the Judgment)

The Belgian Government filed a first Application with the Court against the Spanish Government in 1958. In 1961 it gave notice of discontinuance of the proceedings, with a view to negotiations between the representatives of the private interests concerned, and the case was removed from the Court's General List. The negotiations having failed, the Belgian Government on 19 June 1962 submitted to the Court a new Application. In 1963 the Spanish Government raised four preliminary objections to this Application. By its Judgment of 24 July 1964, the Court rejected the first and second objections and joined the third and fourth to the merits.

In the subsequent written and oral proceedings the Parties supplied abundant material and information. The Court observed that the unusual length of the proceedings was due to the very long time-limits requested by the Parties for the preparation of their written pleadings and to their repeated requests for an extension of those limits. The Court did not find that it should refuse those requests, but it remained convinced that it was in the interest of the authority of international justice for cases to be decided without unwarranted delay.

The claim submitted to the Court had been presented on behalf of natural and juristic persons, alleged to be Belgian nationals and shareholders in Barcelona Traction, a company incorporated in Canada and having its head office there. The object of the Application was reparation for damage allegedly caused to those persons by the conduct, said to be contrary to international law, of various organs of the Spanish State towards that company.

The third preliminary objection of the Spanish Government, which had been joined to the merits, was to the effect that the Belgian Government lacked capacity to submit any claim in respect of wrongs done to a Canadian company even if the shareholders were Belgian. The fourth preliminary objection, which was also joined to the merits, was to the effect that local remedies available in Spain had not been exhausted.

The case submitted to the Court principally concerned three States, Belgium, Spain and Canada, and it was accordingly necessary to deal with a series of problems arising out of this triangular relationship.

The Belgian Government's *jus standi*  
(paras. 32-101 of the Judgment)

The Court first addressed itself to the question, raised by the third preliminary objection, which had been joined to the merits, of the right of Belgium to exercise diplomatic protection of Belgian shareholders in a company incorporated in Canada, the measures complained of having been taken in relation not to any Belgian national but to the company itself.

The Court observed that when a State admitted into its territory foreign investments or foreign nationals it was bound to extend to them the protection of the law and assumed obligations concerning the treatment to be afforded them. But such obligations were not absolute. In order to bring a claim in respect of the breach of such an obligation, a State must first establish its right to do so.

In the field of diplomatic protection, international law was in continuous evolution and was called upon to recognize institutions of municipal law. In municipal law, the concept of the company was founded on a firm distinction between the rights of the company and those of the shareholder. Only the company, which was endowed with legal personality, could take action in respect of matters that were of a corporate character. A wrong done to the company frequently caused prejudice to its shareholders, but this did not imply that both were entitled to claim compensation. Whenever a shareholder's interests were harmed by an act done to the company, it was to the latter that he had to look to institute appropriate action. An act infringing only the company's rights did not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests were affected. In order for the situation to be different, the act complained of must be aimed at the direct rights of the shareholder as such (which was not the case here since the Belgian Government had itself admitted that it had not based its claim on an infringement of the direct rights of the shareholders).

International law had to refer to those rules generally accepted by municipal legal systems. An injury to the shareholder's interests resulting from an injury to the rights of the company was insufficient to found a claim. Where it was a question of an unlawful act committed against a company representing foreign capital, the general rule of international law authorized the national State of the company alone to exercise diplomatic protection for the purpose of seeking redress. No rule of international law expressly conferred such a right on the shareholder's national State.

The Court considered whether there might not be, in the present case, special circumstances for which the general rule might not take effect. Two situations needed to be studied: (a) the case of the company having ceased to exist, and (b) the case of the protecting State of the company lacking capacity to take action. As regards the first of these possibilities, the Court observed that whilst Barcelona Traction had lost all its assets in Spain and been placed in receivership in Canada, it could not be contended that the corporate entity of the company had ceased to exist or that it had lost its capacity to take corporate action. So far as the second possibility was concerned, it was not disputed that the company had been incorporated in Canada and had its registered office in that country, and its Canadian nationality had received general recognition. The Canadian Government had exercised the protection of Barcelona Traction for a number of years. If at a certain point the Canadian Government ceased to act on behalf of Barcelona Traction, it nonetheless retained its capacity to do so, which the Spanish Government had not questioned. Whatever the reasons for the

Canadian Government's change of attitude, that fact could not constitute a justification for the exercise of diplomatic protection by another government.

It had been maintained that a State could make a claim when investments by its nationals abroad, such investments being part of a State's national economic resources, were prejudicially affected in violation of the right of the State itself to have its nationals enjoy a certain treatment. But, in the present state of affairs, such a right could only result from a treaty or special agreement. And no instrument of such a kind was in force between Belgium and Spain.

It had also been maintained that, for reasons of equity, a State should be able, in certain cases, to take up the protection of its nationals, shareholders in a company which had been the victim of a violation of international law. The Court considered that the adoption of the theory of diplomatic protection of shareholders as such would open the door to competing claims on the part of different States, which could create an atmosphere of insecurity in international economic relations. In the particular circumstances of the present case, where the company's national State was able to act, the Court was not of the opinion that *jus standi* was conferred on the Belgian Government by considerations of equity.

#### The Court's Decision

(paras. 102 and 103 of the Judgment)

The Court took cognizance of the great amount of documentary and other evidence submitted by the Parties and fully appreciated the importance of the legal problems raised by the allegation which was at the root of the Belgian claim and which concerned denials of justice allegedly committed by organs of the Spanish State. However, the possession by the Belgian Government of a right of protection was a prerequisite for the examination of such problems. Since no *jus standi* before the Court had been established, it was not for the Court to pronounce upon any other aspect of the case.

Accordingly, the Court rejected the Belgian Government's claim by 15 votes to 1, 12 votes of the majority being based on the reasons set out above.

#### DECLARATIONS AND SEPARATE AND DISSENTING OPINIONS

Judge ad hoc Riphagen appended to the Judgment a Dissenting Opinion in which he stated that he was unable to concur in the Judgment as the legal reasoning followed by the Court appeared to him to fail to appreciate the nature of the rules of customary public international law applicable in the present case.

Among the fifteen members of the majority, three supported the operative provisions of the Judgment (rejecting the Belgian Government's claim) for different reasons, and appended Separate Opinions to the Judgment. Judge Tanka stated that the two preliminary objections joined to the merits ought to have been dismissed, but that the Belgian Government's allegation concerning denials of justice was unfounded. Judge Jessup came to the conclusion that a State, under certain circumstances, had a right to present a diplomatic claim on behalf of shareholders who were its nationals but that Belgium had not succeeded in proving the Belgian nationality, between the critical dates, of those natural and juristic persons on whose behalf it had sought to claim. Judge Gros held that it was the State whose national economy was adversely affected that possessed the right to take action but that proof of Barcelona Traction appurtenance to the Belgian economy had not been produced.

Among the twelve members of the majority who supported the operative provision of the Judgment on the basis of the reasoning set out in the Judgment (lack of *jus standi* on the part of the shareholders' national State), President Bustamante y Rivero and Judges Sir Gerald Fitzmaurice, Morelli, Padilla Nervo and Ammoun (Separate

Opinions) and Judges Padrone and Onyeama (joint declaration) and Judge Lachs (declaration) stated that nevertheless there were certain differences between their reasoning and that contained in the Judgment, or that there were certain observations which they wished to add.

(Judge Sir Muhammad Zafrulla Khan had informed the President at the beginning of the Preliminary Objections stage that, having been consulted by one of the Parties concerning the case before his election as a Member of the Court, he considered that he ought not to participate in its decision.)