

# Empresas mais ou menos brasileiras

HERMES MARCELO HUCK

Exige imenso cuidado a tarefa de se atribuir nacionalidade às pessoas jurídicas. Empresa brasileira ou estrangeira, multinacional, transnacional ou apátrida têm entre si contornos diferenciadores nem sempre muito nítidos. A Constituinte brasileira, ao que parece, passou ao largo dessas dificuldades de conceituação e o resultado, até agora, é teoricamente frágil e praticamente preocupante.

O conceito de empresa nacional aparece inscrito no art. 200 do projeto ora em discussão pela Assembléia Nacional Constituinte, incluído no título da Ordem Econômica e Financeira.

Segundo o projeto, será considerada empresa nacional a pessoa jurídica constituída e com sede no Brasil, cujo controle decisório e de capital votante esteja, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas no País, ou de entidades de direito público interno. Ao contrário, não preenchendo esses requisitos, a empresa, mesmo tendo sede e direção no Brasil, será considerada como empresa brasileira de capital estrangeiro.

É complexo e cheio de sutilezas o tema relativo à nacionalidade de empresas. Nacionalidade é conceito próprio de pessoas físicas. E em função da nacionalidade que a pessoa física adquire a cidadania, e em decorrência desta, os direitos políticos.

O conceito de nacionalidade nasce em função do homem. É a origem do homem, sua descendência ou sua vinculação a determinado grupo étnico ou território geográfico que definem sua nacionalidade. A atribuição de uma nacionalidade a pessoas jurídicas constitui-se na imposição de uma ficção sobre outra ficção jurídica. Empresa nacional, empresa estrangeira, empresa multinacional ou transnacional são conceitos que procuram vincular a pessoa jurídica a um Estado nacional. Ao inegável vínculo jurídico-político entre pessoa jurídica e o Estado em que a mesma tenha sua sede ou opere, chama-se nacionalidade, à falta de denominação melhor. O conceito eminentemente humano de nacionalidade usava, por falta de outra definição, sendo imposto à pessoa jurídica.

Entretanto, se o homem adquire sua nacionalidade, ou em função de sua origem familiar (ius sanguinis), ou em decorrência do local de seu nascimento (ius soli), ou mesmo pela voluntária opção da naturalização, mais variados e complexos são os critérios definidores da nacionalidade da pessoa jurídica.

Historicamente e em razão de uma análise de Direito Comparado, várias têm sido as fórmulas adotadas para a atribuição de nacionalidade às empresas. Muitas vezes entende-se que a sociedade tem a nacionalidade do local onde se constitui ou do Estado que autoriza seu funcionamento. Outras vezes, a nacionalidade da empresa está vinculada à dos sócios que a controlam, ou de seus diretores e gerentes. Outros critérios definem a nacionalidade de pessoa jurídica em função do local onde foi subscrito o capital ou onde tenha sua atuação mais relevante, ou ainda do local onde esteja instalada sua sede social.

Para definir a nacionalidade de uma empresa, as legislações de cada país têm adotado ou um desses critérios, ou mesmo uma combinação deles. Ora prevalece o local da sede, ora

o controle do capital, algumas vezes a nacionalidade dos administradores define a da empresa, chegando-se mesmo a situações curiosas, como a adotada pelo direito francês, no início deste século, que acabou por admitir a possibilidade de sociedades apátridas. Mais tarde, a partir dos anos 50, muito se discutiu sobre o conceito de empresa multinacional. Com o tempo abandonou-se a idéia de empresa apátrida e o conceito de multinacional passou a ser uma preocupação muito mais econômica do que jurídica.

O direito brasileiro não ficou imune ao problema. Muito embora a matéria não tenha sido tratada diretamente por qualquer das Constituições anteriores, não passou ignorada pela legislação ordinária. Ciente da dificuldade do problema e de suas delicadas consequências, o legislador avançou um tímido passo com a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (ainda vigente), quando reconheceu que "as sociedades obedecem à lei do Estado em que se constituírem" (art. 11). Não se fala ainda em nacionalidade, mas se admite uma vinculação direta entre a sociedade e o Estado em que esta é constituída.

Atualmente, a matéria é regulada diretamente pela Lei das Sociedades Anônimas. A Lei nº 6.404, de 1976, conhecida como Lei das S.A., em seu artigo 300 manteve em vigor os arts. 59 a 73 do Decreto-Lei nº 2627, de 1940, ou seja, a antiga Lei da S.A., em seu artigo 300 manteve em vigor os arts. 59 a 73 do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, ou seja, a antiga Lei das S.A., é justamente nesses artigos onde o legislador enfrenta o problema da nacionalidade da pessoa jurídica. O art. 60 do D.L. nº 2.627 define como nacionais as sociedades organizadas, na conformidade da lei brasileira e com sede de sua administração no País.

Em consequência, até que entre em vigor o novo texto constitucional, dois são os critérios que definem uma empresa como brasileira: há que ser organizada em conformidade com a lei do Brasil e aqui deve ter a sede de sua administração. O capital, o controle e mesmo os administradores podem ser estrangeiros, mas constituída no Brasil e com sede no País, a empresa é brasileira, sem qualificativos ou discriminações. Claro está que, em sua atividade, a empresa sofrerá indagações e mesmo restrições, dependendo da origem de seu capital. Algumas vezes, se contar com capital estrangeiro, não poderá participar de determinadas concorrências públicas; outras vezes, ver-se-á privada de vantagens ou incentivos fiscais. Mas, em qualquer hipótese, sua nacionalidade será brasileira.

Privada de acesso a certos financiamentos privilegiados, sem acesso à propriedade rural, proibida de atuar em determinadas áreas, a empresa de capital estrangeiro organizada no Brasil, aqui mantendo sua sede e administração, será considerada brasileira.

O projeto constitucional indica a necessidade da ocorrência de vários requisitos para a admissão da nacionalidade brasileira para a pessoa jurídica. Mantém-se, inicialmente, as exigências da lei vigente, quais sejam a constituição da empresa no Brasil e a localização de sua sede no território nacional. Entretanto, além do critério do domicílio, o projeto exige o controle de poder decisório e capital votante sob a titularidade de pessoas físicas domiciliadas no País. Qualifica, ainda, o projeto essa titu-

laridade. Deve ser um controle permanente, exclusivo e incondicional. Não pode, em consequência, estar esse controle sujeito a qualquer eventualidade, decorrente, por exemplo, de um acordo de acionistas feito com o minoritário estrangeiro, para regular o direito de voto. A existência de ações preferenciais, suscetíveis de adquirir direito de voto, desde que detidas por estrangeiro, pode abalar o conceito de empresa brasileira, proposto pelo projeto. Na busca da nacionalidade brasileira, o legislador constitucional adota a teoria da "desconsideração do véu societário", ao exigir controle nacional direto ou indireto. Assim, a empresa constituída no Brasil, controlada por sociedade "holding" também aqui constituída, terá a pesquisa de seu controle aprofundada até que se encontre na cadeia societária uma pessoa física controladora. Encontrada a pessoa física, o domicílio desta definirá a nacionalidade da empresa.

A busca de uma ou várias pessoas físicas dentro de uma cadeia so-

cietária para, em função do domicílio delas, definir a nacionalidade da empresa que controlam, não deixa de ser um retrocesso no conceito de empresa como instituição. A pessoa jurídica que, no curso das décadas, ganhou função social e condição institucional, distinta e muitas vezes conflitante com os interesses das pessoas físicas que a constituem, retorna no projeto constitucional, para os efeitos de definição de sua nacionalidade, a função de mera "máscara" sob a qual se escondem os indivíduos para indiretamente atuar no mercado. Desaparece a autonomia da pessoa jurídica, em relação às pessoas físicas que detêm seu capital.

Por outro lado, a adoção do domicílio do controlador como elemento de definição da nacionalidade da empresa poderá levar a situações em que a empresa constituída no Brasil, com sua sede, administração e atividades no Brasil, controlada por pessoa física brasileira, não seja considerada empresa brasileira strictu

sensu, caso esse controlador venha a ter seu domicílio fora do Brasil.

Aprovado o projeto, a definição de empresa brasileira dependerá da ocorrência de uma série de elementos ligados ao controle decisório e de capital votante, que irá desaguar na investigação do domicílio de uma ou algumas pessoas físicas. Efetivamente, não se pode considerar essa solução como juridicamente moderna.

Finalmente, ressalta um certo ranço discriminatório, quando o projeto cria a "empresa brasileira de capital estrangeiro" (art. 200, § 1º). Não cumpridas as exigências constitucionais, relativas ao controle direto ou indireto, permanente, exclusivo e incondicional nas mãos de pessoa física domiciliada no Brasil, a empresa, mesmo tendo sido constituída no Brasil, aqui tendo sua sede e local de operação, estará fatalmente maculada como uma empresa brasileira de segunda categoria. De um lado a "empresa brasileira", controlada por pessoas físicas domiciliadas no Bra-

sil, e, de outro lado, "a empresa brasileira de capital estrangeiro", rotulada como uma pessoa jurídica de classe constitucionalmente inferior.

No direito vigente, ante o prudente silêncio constitucional, a legislação ordinária e a prática comercial estabeleceram clara distinção entre empresas brasileiras, segundo a origem de seu capital. Mesmo sem constar do texto constitucional, não consta ter havido dúvidas ou perplexidades quanto a distinguir-se uma empresa brasileira, segundo a origem de seu capital. Essa distinção aparece na atividade de cada empresa, nas concorrências públicas ou ainda na obtenção de linhas de crédito ou financiamentos incentivados. Dar caráter constitucional a essa distinção é o primeiro passo para transformá-la em discriminação.

O autor é professor assistente de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, advogado em São Paulo, sócio de Mattos Filho & Suchodolski Advogados