

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PROGRAMA DE MESTRADO

VICTOR EMENDÖRFER NETO

**A NACIONALIDADE DAS CORPORAÇÕES:  
ESTUDO DO VÍNCULO ENTRE OS ESTADOS E OS ENTES  
ECONÔMICOS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES  
INTERNACIONAIS.**

FLORIANÓPOLIS

2008

VICTOR EMENDÖRFER NETO

“A NACIONALIDADE DAS CORPORAÇÕES:  
ESTUDO DO VÍNCULO ENTRE OS ESTADOS E OS ENTES  
ECONÔMICOS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES  
INTERNACIONAIS”.

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para  
a obtenção do título de mestre em direito.

Orientador: Professor Doutor Marcos Wachowicz

**FLORIANÓPOLIS**

2008

Victor Emendörfer Neto

A NACIONALIDADE DAS CORPORAÇÕES:  
ESTUDO DO VÍNCULO ENTRE OS ESTADOS E OS ENTES ECONÔMICOS  
NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área Relações Internacionais.

Banca Examinadora:

---

Presidente: Professor Doutor Marcos Wachowicz (UFSC)

---

Membro: Professor(a) Doutor(a) Márcia Carla Pereira Ribeiro (UFPR)

---

Membro: Professor Doutor Arno Dal Ri Jr. (UFSC)

---

Membro: Professor Doutor Humberto Pereira Vecchio (UFSC)

---

Coordenador: Professor Doutor Antônio Carlos Wolkmer (UFSC)

Florianópolis, agosto de 2008

À Sofia.

Agradeço ao Prof. Dr. Marcos Wachowicz a ajuda inestimável.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Instituição a que foi submetida, à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

## RESUMO

O presente trabalho examina o tema – a nacionalidade das corporações – desde uma perspectiva geral, tomando-o como um dado relevante no contexto das relações entre estados e entidades econômicas. Em primeiro lugar, busca esclarecer o sentido de seus termos elementares – nacionalidade e corporações – e estabelecer as bases teóricas para a sua abordagem. Depois, volta-se à sua manifestação jurídica, considerando o universo de preceitos e repercussões ligados à idéia de nacionalidade e especialmente concernentes às corporações; neste estágio, discerne esses preceitos entre critérios e regras de reforço, concentrando-se nas peculiaridades de cada espécie e nas formas como atingem a existência das corporações. Finalmente, considera o contexto em que se insere o objeto da investigação e em que este assume toda sua relevância: o universo das relações econômicas internacionais; então, descreve este contexto segundo uma representação abstrata da polaridade entre nações e corporações, diante da qual a idéia de nacionalidade assume todo seu sentido – ainda que aí, paradoxalmente, este se torne mais problemático.

## **ABSTRACT**

This work examines its subject – nationality of corporations – since a general approach, as a relevant event in the context of relationship between states e economic entities. First, it intends to enlighten the meaning of its elementary terms – nationality and corporations – and set the theoretical ground to approach them. After, it directs its attention toward the subject’s legal manifestation, considering the universe of precepts and effects bound to the idea of nationality, especially those concerning to corporations; in this stage, it distinguishes these precepts between criteria and reinforcing rules, pointing out each type peculiarities and the forms how they touch corporations existence. Finally, it looks at the context in which the subject is to be considered and in which it assumes all its relevance: the universe of international economic relations; then, it depicts this context in light of a schematic representation of the polarity between nations and corporations, before which the idea of nationality gets its full significance – although at this locus it turns, paradoxically, problematic.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CC – Código Civil Brasileiro (Lei 10406/2002)

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

FMI – Fundo Monetário Internacional

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4657/1942)

LSA – Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6404/1974)

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1. NACIONALIDADE E CORPORAÇÕES</b> .....	17
1.1 Nacionalidade .....	17
1.1.1 Nacionalidade e nação .....	18
1.1.2 Nacionalidade e vínculo .....	24
1.1.3 Nacionalidade e pessoa .....	36
1.2 Corporações .....	47
1.2.1 Personalidade das corporações .....	47
1.2.2 Existência das corporações .....	57
1.2.3 Corporações e pontos de referência para a atribuição da nacionalidade .....	64
<b>2. PRECEITOS LIGADOS À IDÉIA DE NACIONALIDADE</b> .....	68
2.1 A ‘idéia de nacionalidade’ .....	69
2.2 Suporte dos preceitos ligados à idéia de nacionalidade .....	74
2.3 Critérios e regras de reforço.....	76
2.4 Critérios de atribuição da nacionalidade das corporações .....	77
2.4.1 Primeiro critério: nacionalidade do país sob cuja ordem jurídica a corporação foi ‘organizada’ .....	81
2.4.1.1 Organização e subsunção: suporte para a existência .....	82
2.4.1.2 Organização e registro: suporte para a atribuição da nacionalidade .....	87
2.4.2 Segundo critério: nacionalidade do país em cujo território está sediada .....	96
2.4.3 Terceiro critério: nacionalidade dos controladores (“test control”) .....	104
2.4.4 Conclusões sobre os critérios de atribuição da nacionalidade .....	109
2.5 Regras de reforço .....	114
2.5.1 O capital, as companhias e o estado .....	114
2.5.2 O alvo das regras de reforço .....	115

2.5.2.1	Corporação e pessoas .....	118
2.5.2.2	Pessoas e nacionalidade .....	124
2.5.3	Os suportes das regras de reforço .....	127
2.5.3.1	Suportes ostensivos .....	129
2.5.3.2	Suportes conceituais .....	134
2.5.4	O espaço das regras de reforço .....	137
2.5.4.1	Base para a discriminação .....	139
2.5.4.2	O ambiente regulatório .....	143
<b>3.</b>	<b>REPERCUSSÕES LIGADAS À IDÉIA DE NACIONALIDADE</b> .....	<b>153</b>
3.1	Delimitação do universo das repercussões consideradas .....	154
3.2	Nacionalidade como fator de identificação e de discriminação .....	158
3.2.1	Repercussões ligadas à nacionalidade como fator de identificação .....	159
3.2.2	Repercussões ligadas à nacionalidade como fator de discriminação .....	162
3.3	Repercussões ligadas aos critérios .....	164
3.4	Repercussões ligadas às regras de reforço .....	167
3.5	Repercussões e o confronto com ordem jurídica internacional .....	170
<b>4.</b>	<b>A NACIONALIDADE DAS CORPORAÇÕES E O CONTEXTO ECONÔMICO</b> .....	<b>176</b>
4.1	As nações .....	178
4.2	As corporações .....	185
4.3	O confronto .....	196
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>216</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>227</b>

## INTRODUÇÃO

Microsoft, Volkswagen, Vale do Rio Doce. Elementos de identificação. Nomes. Palavras. Palavras que remontam a entidades atuantes no universo econômico e reconhecidas como sujeitos. Sim: sujeitos – agentes, entes, corporações que obviamente não têm natureza humana, mas que têm existência particular, distinta, única. Quanto a isso não há dúvida; e esta, portanto, é a premissa de que se parte: aquelas palavras indicam um certo ‘elemento nuclear’, um ponto de referência a que remontam todos os eventos cujo conjunto perfaz a existência de tais corporações. Microsoft, Volkswagen, Vale do Rio Doce: sujeitos, entes, unidades econômicas – e quanto a isso, repita-se, não há dúvida. Desta ‘certeza’ parte a consideração de que cada um destes sujeitos, como tal, possa ter nacionalidade; pois o direito de cada estado pode considerar sua existência e distingui-los entre os que são ou não a si vinculados – em duas palavras, discerni-los entre nacionais e estrangeiros. E assim pode lhes atribuir ‘predicados’: Microsoft, norte-americana; Volkswagen, alemã; Vale do Rio Doce, brasileira. Aparentemente, tudo muito claro. Aparentemente.

Esta dissertação questiona a aparente clareza desta relação entre corporações e nações. Mais ainda: diante do contexto em que se manifestam, questiona a própria possibilidade de relacioná-las. Esse contexto é necessariamente global, pois contém ambos os elementos dessa relação – as corporações e as nações; e esta relação, portanto, deve ser descrita em termos gerais, de tal forma que tal descrição seja válida diante de qualquer nação e corporação considerada. O objetivo deste trabalho, portanto, é inserir o tema no universo das relações internacionais; e aqui extrair seu sentido sua importância.

Toda aquela ‘aparente clareza’ turva-se logo que se considera o termo-chave desta dissertação: nacionalidade. Segundo uma definição muito prestigiada, além de etimologicamente óbvia, trata-se de um vínculo entre a nação e a pessoa. Pessoa, vínculo e nação: os termos desta definição, as variáveis desta equação. Sim: ‘equação’ – justamente porque seus termos correspondem a ‘variáveis’. E por isto, mais que tudo, o tema é tão complexo.

Primeira variável: nação. O sentido deste termo é tão complexo e impreciso, que o debate em torno dele torna-se inevitável. Verdade que esta dissertação o evita, já que confere àquele termo uma pretensa rigidez: toma ‘nação’ como sinônimo de ‘estado’; e portanto concentra-se sobre um vínculo de nacionalidade que suponha este último. Entretanto, ainda assim resta definir o que é estado – o que não deixa de causar grandes dificuldades, que só serão contornadas com uma espécie “apelo ao senso comum”: a referência à ‘evidente realidade’ dos estados nacionais.

Outra variável: vínculo. Seu traço característico é a discriminação: o só fato de que se distingam os nacionais dos estrangeiros, e de que a isto sejam ligadas repercussões, é em si discriminatório. Todavia, esta discriminação é, a princípio, intolerável – pela simples razão de que implica o tratamento desigual de pessoas. Disto decorre que este vínculo funda-se em determinados valores – que podem até ser questionáveis mas que, ao mesmo tempo, são relevantes o suficiente para confrontar o princípio básico de que todos (note-se bem: todos) são iguais perante a lei. Destes ‘valores’ decorrem diversos preceitos jurídicos, das mais variadas espécies, mas sempre com esta característica básica: a discriminação diante do suposto vínculo – ou da ausência dele – entre o ente discriminado e o estado. Este vínculo, assim, pode assumir as mais variadas formas, justamente porque tal discriminação se dá em função dos mais variados aspectos. Do conjunto destas hipóteses, como que a sintetizá-las, extrai-se a noção de ‘idéia de nacionalidade’. Neste sentido, ‘nacionalidade’ tanto pode ser um atributo da personalidade jurídica, a que devem estar ligadas importantes repercussões, quanto uma condição ‘pressuposta’ de determinado ente em determinadas circunstâncias – condição a que se ligam determinadas repercussões. A Microsoft, p. ex., pode ter uma subsidiária na Índia, que por sua vez corresponda a uma companhia regularmente constituída neste país – e portanto, diante das leis locais, indiana. Entretanto, o governo indiano pode realizar investimentos no setor tecnológico e, neste caso, prever regras que os restrinjam a companhias controladas por cidadãos nacionais. Em suma, a partir da idéia de nacionalidade engendram-se distintas espécies de vínculos: para fins tributários, p. ex., essa hipotética companhia pode ser considerada indiana; para fins de investimento público, não. Um mesmo estado, um mesmo sujeito – e vínculos distintos.

Finalmente, o terceiro termo daquela equação: a pessoa. Esta é a variável mais complexa, justamente porque corresponde à noção mais densa e ao mesmo tempo mais

obscura. Volte-se ao exemplo da Microsoft. Considere-se uma hipotética “Microsoft da Índia”. Esta pode ser tomada como um ente distinto, como uma companhia devidamente constituída neste país e com personalidade jurídica própria; mas pode também ser vista como simples peça de um vasto universo empresarial cuja expressão mais rigorosa seja talvez esta palavra só – Microsoft. Alguns dirão que esta última possibilidade deve ser desconsiderada, pois a nacionalidade é um atributo da pessoa – e aquele “vasto universo empresarial” se constitui de várias delas, cada qual com determinada nacionalidade. Entretanto, embora respeitável, esta opinião não esgota a questão; e a prova disto é a possibilidade de considerar todas estas ‘pessoas’ como um ente único, uma unidade econômica e jurídica – nos termos deste trabalho, uma corporação. A simples consideração de que a nacionalidade desta última pode ser determinante, para diversos efeitos, sobre a existência daquela, faz com que tal ‘possibilidade’ seja aqui levada em conta.

Claro: a companhia não é um ente existente por si mesmo – ainda que sua existência, no plano jurídico, possa ser considerada como equivalente à de qualquer outra ‘pessoa’. Eis o ponto: a companhia existe não apenas como ente formal – pessoa jurídica; nem somente como ente real – agente econômico; mas também, e talvez sobretudo, como ente instrumental – um meio para realizar interesses alheios. A companhia é o resultado da confluência de vontades conscientes, manifestadas num contrato plurilateral que sintetiza sua existência jurídica. Valendo-se ainda daquele mesmo exemplo, a Microsoft da Índia pode ser vista como mero instrumento voltado aos interesses de uma “parent enterprise”; e esta, igualmente, como instrumento voltado a interesses anteriores, formando assim uma cadeia que só pode ter fim no homem.

Sobre esta realidade, complexa e incerta, projeta-se a idéia de nacionalidade. E desta projeção decorre um vasto conjunto de preceitos jurídicos que invariavelmente implicam discriminação – ligada aos mais variados aspectos e manifestando-se nas mais variadas situações. Esta discriminação pode basear-se em preceitos gerais e, assim, ser geral; mas pode ser também específica, ligada a preceitos que regulam situações específicas. Ao primeiro tipo de preceitos chama-se aqui ‘critérios’; estes estabelecem a nacionalidade das corporações como um atributo de sua personalidade, determinando assim sua ‘bandeira’. Ao segundo tipo, abrangendo os preceitos específicos, chama-se aqui ‘regras de reforço’; estas engendram discriminação a

despeito do fato de que a corporação seja, segundo os ‘critérios’, nacional – e tal discriminação, nestes casos, é específica à ‘situação’ que, por diversas razões, impõe o reforço do vínculo em que se projeta a ‘idéia de nacionalidade’.

Todos estes preceitos têm por suporte a existência da corporação. Assim, no caso dos critérios, ao se considerar sua existência formal, será levada em conta a constituição da pessoa jurídica que a figura – critério da incorporação; ao se considerar sua existência factual, será examinado o lugar a que se possa remetê-la – critério da sede; e ao se considerar sua existência instrumental, a nacionalidade daqueles a cujos interesses ela se preste – critério do controle. No caso das regras de reforço, consideram-se apenas estes dois últimos aspectos da sua existência. Estas regras, portanto, podem ter dois alvos distintos: as pessoas ‘por trás’ da corporação, e o lugar donde sua realidade se projeta. Diante destes alvos, seus suportes podem ser os mais diversos: desde o exercício do controle da corporação, até a localização dos principais elementos de sua atuação econômica e social. Todos estes preceitos, em suma, quando não se apegam à existência puramente formal das corporações, remetem-se a esses dois elementos – os homens e o lugar – justamente porque nestes se assenta a idéia de estado: os homens que compõem a população, e o lugar que corresponde ao território.

O propósito desta dissertação é considerar todos estes preceitos, e todas as repercussões a eles ligadas, como um só fenômeno – um só objeto de investigação. Para tanto, considera os entes econômicos – as corporações – como o termo básico daquela equação mencionada no início: cogita, em suma, da ligação das corporações a determinado estado. Nesta acepção, a nacionalidade não será apenas um atributo da personalidade, mas a condição desse ‘ente’ que atua na realidade sob as mais diversas roupagens jurídicas – na forma de várias, de uma, ou mesmo de nenhuma pessoa jurídica – e que assume um caráter ontologicamente unitário, diante do qual se pode dizê-lo um ‘ente’. É a nacionalidade deste ‘ente’ – a corporação – que aqui se cogitará. Portanto, serão investigadas não apenas as regras que determinam a nacionalidade da sociedade comercial (pessoa jurídica), mas também aquelas que, a despeito deste atributo, impõem à corporação (ente econômico) condicionamentos ligados à idéia de nacionalidade

Esta abordagem permite compreender que o tema é bem mais amplo do que a princípio se supunha. As ordens jurídicas regulam a existência destes entes, ainda que nem sempre pressuponham expressamente sua existência jurídica particular – ou seja, ainda que nem

sempre os assimilem a sujeitos de direitos. Esta é a questão: quando uma ordem jurídica proíbe que determinada companhia atue em determinada atividade, tão-somente porque é controlada por estrangeiros, tal proibição supõe, para este propósito específico, a nacionalidade estrangeira do ente cuja existência aquela companhia figura. Esta é, como visto, a premissa básica desta dissertação: como pressuposto lógico, ainda que implícito, de todas as regras deste tipo, há a consideração do ‘ente’, do sujeito econômico – da corporação. A idéia de nacionalidade, nesta dissertação, permite que a noção de nacionalidade se expanda: antes, mero atributo da personalidade jurídica; agora, vínculo entre o estado e o ente econômico. Mais ainda, permite compreender que este vínculo é funcional, assumindo distintas expressões conforme as circunstâncias em que é cogitado: para fins de investimento público, determinada companhia controlada por estrangeiros pode ser considerada, a despeito da bandeira, como estrangeira; para fins tributários ou trabalhistas, pode ser considerada nacional. As diversas regras ligadas à idéia de nacionalidade supõem a existência do ente econômico, seja por assimilá-lo a uma pessoa jurídica, seja por lhe impingir condicionamentos a despeito desta assimilação.

O estado, ao remeter a existência das corporações a estes elementos, pode estabelecer formas mais efetivas de vinculá-las – ou de negar este vínculo – a si. O estado, além disso, pode recorrer a estas ‘formas’ diante de situações específicas, em que supõe necessário maior rigor na caracterização deste vínculo. Ou ainda pode o estado, de todo modo, recorrer às formas comuns de estabelecê-lo, voltadas a elementos ao mesmo tempo mais superficiais e ostensivos. Em tudo isto se projeta a idéia de nacionalidade. Em todas estas hipóteses, a realidade objetiva da ordem jurídica estatal remonta à absoluta subjetividade, ao apontar os sujeitos diante dos quais sua existência tem sentido – e ao eleger as ‘formas’ de fazê-lo. Apontando-os, o estado constrange-os ou tutela-os; de todo modo, sempre os distingue dos demais – os estrangeiros; e nesta distinção estabelece, o estado, seus próprios limites. Também as corporações, para tais fins, são distinguidas; também elas são constrangidas ou tuteladas em razão da idéia de nacionalidade; também elas, portanto, justamente por sujeitarem-se a tal distinção, projetam os limites do estado.

Ou não. Pois há ainda uma hipótese que desafia esta dissertação: talvez a razão por que as corporações apontem os limites do estado seja justamente o fato de que já não há sentido em lhes atribuir alguma nacionalidade. Neste caso, a questão sobre sua nacionalidade, e sobre os inúmeros aspectos que a determinam e as repercussões que lhe decorrem, não é apenas

complexa – é impertinente. Segundo esta hipótese, as corporações não buscam senão os interesses delas mesmas – perfazendo um sistema em cuja arquitetura os múltiplos interesses convergem para garantir a elas, corporações, poder; ainda segundo esta mesma hipótese, a existência das corporações não se remete a qualquer espaço específico: sua atuação pode se dar em qualquer lugar, e em vários lugares ao mesmo tempo, atendendo sempre às conveniências do sistema que ela encerra. Nesta hipótese, repete-se, não há sentido em cogitar daquelas formas de vínculo baseadas ou na nacionalidade dos homens por trás da corporação, ou no lugar a que remonta sua atuação: aqueles homens são, também eles, peças de um sistema que os supera e que assim não se restringe à mera expressão de seus interesses pessoais; e este sistema, por sua vez, é algo sem dimensão espacial, uma idéia abstrata irremissível a qualquer lugar. Diante disto, a noção de nacionalidade se obscurece e perde sentido: Microsoft, Volkswagen, Vale do Rio Doce; EUA, Alemanha, Brasil; corporações, nações e pouca ou nenhuma correspondência entre umas e outras.

Esta hipótese demarca os limites do estado, enfim, porque supõe a corporação como um ente insubmisso à sua soberania, como o titular de um poder que confronta o estatal, como o seu ‘outro’. Real ou não, esta hipótese está ligada a um dado invidioso, ainda que de contornos obscuros: o poder das corporações. Este poder não se contém nos limites dos estados, mas projeta-se transversalmente sobre as respectivas soberanias – e disto tampouco há dúvida. E é neste contexto, em que o poder econômico das corporações afronta o poder soberano dos estados, que a idéia de nacionalidade deve ser considerada.

E então, talvez, ela se obscureça completamente – pois talvez seja incogitável, como dito, vincular estas corporações a qualquer estado. Mas é diante deste contexto, paradoxalmente, que seu estudo assume toda a relevância, pois é na dinâmica deste confronto que aquela idéia atua – aí, precisamente, ela tem sentido. Verdade que, submetida a tais ataques, a idéia de nacionalidade talvez não reste ileso. Mas tampouco é provável que esta dissertação, ao fim, traga nos braços seu cadáver. Em todo caso, cumpre investigá-la; e fazê-lo justamente no espaço onde sua manifestação se projeta – e onde é desafiada.

# 1. NACIONALIDADE E CORPORAÇÕES.

## 1.1 Nacionalidade.

A nacionalidade deve ser compreendida a partir da identificação de seus termos elementares. Portanto, do que neste fenômeno é necessário e irreduzível: é necessário aquilo sem o que tal compreensão é impossível; e irreduzível o que, em si mesmo, não supõe qualquer outro elemento. A compreensão do fenômeno, portanto, deve buscar o que é constante em todas as suas possíveis manifestações na realidade contingente, extraído de sua intuição os conceitos correspondentes e relacionando-os, enfim, de forma lógica<sup>1</sup>.

Nacionalidade expressa um vínculo, uma relação, uma ligação. Supõe, portanto, dois elementos polares – e a própria relação entre um e outro. De um lado, há um elemento abstrato: a ordem jurídica, o direito, a nação; de outro lado, um elemento concreto: a pessoa. Ambos os elementos – a ordem jurídica e o sujeito jurídico, o direito e a pessoa, a nação e o nacional – são únicos, são em si uma unidade, e são distintos de todos os demais.

Os termos elementares à compreensão da nacionalidade, portanto, são três: a ordem jurídica, por um lado; o sujeito, por outro; e o vínculo, por fim, que os relaciona. Deste exato pressuposto parte Savigny (2004, p. 41):

“Para reconhecer o vínculo que une uma pessoa a um direito positivo específico, é necessário lembrar que o próprio direito positivo tem sua sede no povo, seja como grande unidade natural, seja como parte integrante de uma unidade similar. Expressamos esta verdade em outros termos quando dizemos: o direito positivo tem sua sede no Estado ou numa parte orgânica do Estado, porquanto o povo não subsiste como realidade senão no Estado, uma vez que somente nele as vontades individuais se traduzem numa vontade universal”.

---

<sup>1</sup> Os termos ‘intuição’, ‘conceito’ e ‘lógica’, nesta dissertação, deveriam ser tomados segundo o sentido comum, usual, corrente. Entretanto, não se ignora o quanto o sentido comum, usual e corrente destes termos pode ser obscuro – e o quanto é incerta, afinal, a existência de um tal ‘sentido’. Diante disso, cumpre encontrar bases mais seguras a esclarecê-lo. Neste caso – e esta, admite-se, é uma opção arbitrária – recorre-se aos préstimos da Crítica à Razão Pura, de Kant (2001, p. 88-89); o mesmo quanto ao termo ‘fenômeno’ (2001, p. 37).

A partir destes termos elementares a nacionalidade será investigada. Trata-se de uma visão, por assim dizer, ‘tríplica’ do tema. Se aqueles termos são supostos, aqui, como elementares, nada mais natural do que tratar do tema a partir de cada um deles. Esta é proposta que se segue.

### 1.1.1 Nacionalidade e nação.

Reduzida a nacionalidade a seus termos elementares, vem à tona a idéia de vínculo entre uma pessoa e uma ordem normativa. Tais termos, entretanto, abrangem sentidos variados, tornando aquela ‘definição’ problemática.

Antes de tudo, há que se ter em vista o que se reputou ‘ordem jurídica’. ‘Jurídico’ pode ser um adjetivo de acepção mais restrita que, ligado a uma dada ordem normativa, implica que esta ordem seja válida – o que significa dizer: estatal<sup>2</sup>. Entretanto, pode ter acepção

---

<sup>2</sup> Nesta afirmação, que não se faz sem certa ousadia, está o núcleo da discussão erigida nesta seção e, de certa forma, ao longo de toda a dissertação. Direito válido, como observa Alf Ross (1969, p. 26), é aquele com “existência efetiva”. Kelsen (1974, p. 74-82) põe então o problema: uma ordem normativa, embora efetivamente existente, pode não ser jurídica (aquela imposta por gângsters, p. ex.); logo, seu caráter ‘jurídico’ remonta a um ‘fundamento de validade’ – cuja expressão abstrata é a “norma fundamental” (1974, p. 267); neste sentido, Kelsen (1974, p. 423) relaciona o conceito de validade ao de estado, justamente por assimilar este último à noção de ‘ordem jurídica’. Ross (1969, p. 27) considera que tal opinião corresponde a uma “noção normativa de validade”: “[l]a noción normativa de validez es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado. Cuando es usada por un cuasipositivista este sostén es incondicional; cuando es usada por un jusnaturalista, está condicionado por alguna armonía con los standards presupuestos del derecho natural”. Ross (1969, p. 49) busca um conceito de validade referindo-se a “regras de competência”: normas válidas são aquelas criadas de acordo com estas regras. Todavia, como ele mesmo reconhece, haverá o problema de estabelecer a “regra de competência originária”, sobre a qual todas as demais se fundarão. Ross (1969, p. 30) então relaciona esta regra ao próprio sistema a que pertence e de que é fundamento lógico, e simplesmente reconhece a “autoridade” deste sistema como um “fato social”: “[t]al predicción solo es posible sobre la base de un complejo conjunto de hechos sociales” – ou seja, o fundamento desta autoridade é apenas concebível empiricamente. Todavia, ele não deixaria de relacionar esta ‘autoridade’ ao estado, ao compreendê-la como expressão de um “poder qualificado”; mas o faz, de todo modo, sem desconsiderar sua manifestação empírica: “[l]a autoridad pública es simplemente una función del orden jurídico y esto vale también, exactamente en la misma forma, para la autonomía privada; ésta no ‘brota’ de la vitalidad del individuo, tal como la autoridad pública no ‘brota’ de una fuente de energía que se encuentra en ‘el Estado’. Sin embargo, hay una realidad detrás de la expresión y esta realidad es la que le ha dado origen, a saber, el peculiar carácter jurídico de la autoridad pública” (1969, p. 92). Em suma: segundo ambas as visões, se o direito válido é aquele pertencente a uma ordem jurídica cuja autoridade é reconhecida, pode-se afirmar que esta autoridade está ligada ao estado: seja porque o estado é a própria ordem jurídica em si mesma, seja porque ele incorpora a autoridade pública que a faz imperativa. Esta questão será retomada. Mas por ora convém pressupor, para a compreensão do texto, esta ligação entre validade e estado.

mais extensa, predicando toda e qualquer ordem normativa vinculante, obrigatória; sob este sentido, passa a ser fundamental saber o que significa tal obrigatoriedade – ou, para ser mais preciso, saber a que tipo de referências está ligada sua constatação.

Tratando-se do tema nacionalidade, deve-se antes de tudo investigar o sentido da expressão ‘ordem jurídica’: ou ela corresponde à noção, mais ampla, de ordem normativa; ou corresponde à noção de ordem estatal. Ou seja: deve-se questionar se uma determinada ordem jurídica pressupõe a existência do Estado – considerando-se, naturalmente, que aquela expressão está aqui relacionada ao tema ‘nacionalidade’.

A questão que se põe, a partir desta lição, é a seguinte: se a nacionalidade é o vínculo da pessoa a determinada ordem jurídica, esta ordem deve ser necessariamente estatal? Mais diretamente: a noção de nacionalidade pressupõe a de estado?

A resposta a esta questão, como visto, depende do que se entenda por ‘ordem jurídica’ – ou, para dizer mais diretamente, sem prejudicar a compreensão do texto, por ‘direito’. À visão formalista, que vê no estado a fonte e os limites de todo o direito, contrapõe-se a visão jusnaturalista, de um lado, e a que se poderia dizer ‘realista’<sup>3</sup>, de outro. Ambas supõem que o direito não se restringe àquele de matriz estatal; uma, entretanto, recorre ao pensamento abstrato; outra, à realidade concreta. Descrevendo o ‘direito’ como um conjunto de normas vinculantes em certo contexto, tanto os jusnaturalistas podem assentar a origem do fenômeno jurídico sobre bases diversas (a razão, a natureza, a divindade), quanto os realistas supor a existência espontânea destas normas em dados contextos, como fenômeno rigorosamente humano – ou, para usar um termo mais caro a estes mesmos realistas, social. Em ambos os casos, o ‘estado’ pode não ser pressuposto da ordem jurídica; o jurídico não tem, necessariamente, o selo estatal<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> O termo ‘realista’ não é o mais usual para designar esta ‘visão’. Mas tampouco é novo (HESPANHA, 2005, p. 415-417). Tem, como qualquer outro teria, limites; mas tem o mérito de ressaltar esta idéia de um direito ‘real’, que simplesmente existe como um ‘fato social’. Além disso, estabelece interessante paralelo entre tal ‘visão’ e o movimento estético de mesmo nome, com que tem óbvias correspondências. Finalmente, remete à postura empirista, como já Nietzsche (2000, p. 57) observara: “Não sabemos muito acerca de lord Bacon, o primeiro realista, no mais amplo sentido da palavra...”.

<sup>4</sup> É importante ressaltar que não se desconhece que tanto o jusnaturalismo quanto o que se denominou realismo contribuíram, sobretudo aquele, para a afirmação do estado. Gierke (1950, p. 78) lembra que o jusnaturalismo, sobretudo a partir do século XXVII, via o estado, ao lado do indivíduo, como um ente natural, cuja existência, portanto, não admitia contestação. Já os realistas, que viam o fenômeno jurídico como expressão espontânea da sociedade, tendiam a assimilar também o estado a esta espontaneidade. Donde o paradoxo: ainda que contestassem o estado como única fonte e limite do jurídico, tanto os jusnaturalistas quanto os realistas ressaltaram seu papel na sociedade.

Não se pretende, aqui, entrar em tal discussão. Não se pretende eleger a visão correta. Absolutamente. Apenas é necessário demonstrar que as noções de estado e nacionalidade podem não ser, dependendo da perspectiva que se adote, necessariamente referidas uma à outra. Ou melhor: é preciso reconhecer que esta necessária ‘referência’ não é imune a objeções.

O próprio Savigny (2004, p. 41-42) parece dar argumentos a estas objeções. Ele emprega a palavra nacionalidade (“nationalität”) num sentido diverso do que atualmente se faz: justamente para designar a origem da pessoa como causa apta a propiciar seu vínculo a determinada ordem jurídica; a acepção aqui dada ao termo nacionalidade, ao contrário, corresponde ao próprio vínculo, em si mesmo, e não a uma possível causa. Segundo este autor, origem e território (“landgebiet”) seriam as duas causas principais que, historicamente, estabeleceram e limitaram entre os indivíduos a comunhão de um dado direito positivo. Assim, esta ‘comunhão’ poderia haver entre povos sem território que, no entanto, conservam um vínculo a uma ordem jurídica justamente em função da origem comum. Logo, a exemplo do que ocorria, segundo o próprio Savigny, com os judeus, que se vinculavam a um direito peculiar, ainda que habitando um território sujeito a uma ordem estatal, este vínculo poderia não apenas prescindir de um estado que o estabelecesse, mas mesmo afastar – total ou parcialmente – a sujeição de uma pessoa a determinada ordem jurídica estatal.

Savigny (2004, p. 42) dizia que a origem da pessoa era, já em seu tempo, um elemento pouco relevante para estabelecer o vínculo a determinada ordem jurídica – ou seja, para determinar o que, nesta dissertação e em geral, chama-se nacionalidade. O que determinava aquele vínculo, cada vez mais, era o fato da pessoa nascer ou ter domicílio no território de um estado, a cujo direito ela então se submeteria. E afirmava mesmo que esta era uma tendência inevitável. Entretanto, o grande autor talvez tenha se equivocado neste aspecto: trata-se hoje de um problema premente a questão da nacionalidade como um atributo ligado à origem da pessoa, e não como mero vínculo a determinada ordem estatal. A questão palestina, os movimentos separatistas na Europa e na África, a situação dos curdos na Turquia e no Iraque – em todos estes exemplos a noção de nacionalidade aflora sem pressupor a existência de um estado a que seja referida; em todos eles, a origem – étnica, racial, cultural – comum determina o apelo a uma nacionalidade sem correspondência em qualquer estado.

Isto tudo, portanto, reflete na noção que se possa ter de ordem jurídica – ou simplesmente direito. Pois parece óbvio que as normas estabelecidas por estes ‘povos sem território’, como diz Savigny, vinculam estes indivíduos de alguma forma, na medida em que são observadas e em que seu descumprimento é punido. Aquelas objeções ao direito formal, aqui, vêm à tona. A objeção jusnaturalista poderia, p. ex., dizer: o direito palestino é o que foi revelado pela divindade, pois todo palestino deve submeter-se aos desígnios divinos; a objeção realista diria: o direito palestino é o que se supõe revelado pela divindade, pois estas normas são *realmente* vinculantes para esse povo. Ambas as objeções chegam à mesma conclusão: o vínculo de uma pessoa a determinada ordem jurídica pode ocorrer sem pressupor o estado, já que uma dada ‘ordem jurídica’ de caráter efetivamente vinculante pode não ter origem ou caráter estatal. Logo, se a nacionalidade reflete justamente aquele vínculo, também ela é noção não necessariamente ligada à de estado.

Tais objeções, como dito, não são objeto desta dissertação. Não se pretende demonstrar que estão erradas, nem tampouco se acredita nisto. Apenas elas serão desconsideradas no desenvolvimento do tema. A nacionalidade de que se tratará é aquela referida a determinado estado; e a acepção com que se toma este termo, ‘estado’, deve ser estritamente formal: estado é aquele reconhecido como tal por outros estados. Verdade que esta definição é tautológica (DINH et al, 2003, p. 418), além de claramente insatisfatória; mas idêntica tautologia está presente, por exemplo, na Carta das Nações Unidas, que condiciona a filiação de um estado à aprovação da assembleia formada por aqueles já filiados<sup>5</sup>; e a insatisfação a que se aludiu, diga-se em defesa desta dissertação, decorre de questões logicamente insolúveis.

A verdade é que esta postura formalista, assumida nesta dissertação, não é imune a dúvidas: se a nacionalidade, segundo a perspectiva aqui adotada, pressupõe o estado, deve-se procurar uma definição exata do que seja isto. E aqui há o risco de cair em definições, por assim dizer, substanciais. Pode-se defini-lo a partir de um dado real; por exemplo, o estado é a cristalização de um poder soberano sobre determinada população e território<sup>6</sup>. Ou a partir de um princípio ideal, caso em que faria sentido agregar ao termo ‘estado’ predicados indispensáveis – ‘democrático de direito’, por exemplo. No entanto, dificilmente se poderá sustentar que estados ocupados por forças alheias, por exemplo, exerçam sua soberania; tampouco se poderá

---

<sup>5</sup> Artigo 4º, parágrafo 2º.

<sup>6</sup> Vedross, 1973, p. 9-10.

desconsiderar a existência de países com governos autocráticos; e nem por isso se poderá afirmar, sem que com isso dê ensejo a sérias objeções, que não exista ‘estado’ num e noutro caso. A definição, portanto, deve buscar um lastro puramente formal; neste sentido, invocar o ‘reconhecimento da comunidade internacional’ pode ser um bom começo<sup>7</sup>. Mas surge, então, uma pergunta inquietante: quem, exatamente, o reconhece? Resposta geralmente bem aceita: tal reconhecimento se dá *reciprocamente*. Tal resposta, entretanto, não seria infensa a certos incômodos lógicos: se a noção de estado é referível somente a si própria, deveria ser possível demonstrar que o estado tem existência em si e a partir de si – algo que Hegel pretendeu demonstrar, não sem recorrer ao idealismo<sup>8</sup>. De todo modo, resta a esta dissertação aceitar aquela “auto-referibilidade” na noção de estado; e se conformar com aquela insatisfação, já mencionada, diante desta tautologia.

Esta dissertação não vai se envolver nestas questões, que mais pertencem ao campo da política, da filosofia e da lógica. Basta-lhe assumir que trata da noção de nacionalidade como necessariamente referida a ‘estado’; e que dá a esta noção um sentido estritamente formalista. Se são feitas, aqui, todas estas ponderações, é justamente para aclarar o que se entende por ‘formalista’ – e assim, esclarecendo o que esta dissertação deixa de considerar, delimitar seu foco.

Por tudo isto, se o próprio étimo do termo ‘nacionalidade’ indica o vínculo da pessoa à nação, este termo tem, neste trabalho, idêntica acepção à de estado. Nação, estado, estado-nação: termos tomados, aqui, como perfeitamente equivalentes – e que talvez tenham nesta equivalência uma “pista” para sua definição. Esta definição, portanto, baseia-se fundamentalmente na visão comum, geral, compartilhada deste fenômeno: estados, nações ou

---

<sup>7</sup> Dinh et al (2003, p. 569-583) tratam pormenorizadamente da questão do reconhecimento. Assumindo a premissa – que supõem “unânime” na “doutrina” – de que “uma colectividade humana só pode ser um Estado se dispuser de uma população, de um território e de uma autoridade política” (2003, p. 417), entendem que, diante de uma tal “colectividade humana”, o reconhecimento pode ter eficácia constitutiva ou declarativa: no primeiro caso, este reconhecimento é elemento sem o qual não existe o estado; no segundo, a sua recusa “não impede um Estado de existir” (2003, p. 571). A questão torna-se complexa, então, quando se cogita da existência de estados não reconhecidos: neste caso, ainda que se adote esta última orientação, cumpre definir o que seja um governo soberano sobre determinados território e população; os autores citados buscam realizar tal definição abordando cada um destes elementos (2003, p. 418-432), o que de modo algum afasta certas ‘perplexidades’ – como quando tratam da “status” jurídico da Autoridade Palestina (2003, p 470-472).

<sup>8</sup> Hegel (1976, p. 216): “o Estado é a realidade em ato da Idéia moral objetiva”.

estados-nações<sup>9</sup> são, p. ex., Brasil, Argentina, Holanda; são cada uma das unidades políticas representadas pelas bandeiras hasteadas em Nova Iorque; são cada uma das frações coloridas que uma criança curiosa descobre num mapa-múndi. Com tais referências, está claro, não se quer estabelecer uma definição definitiva ou mesmo satisfatória; ao contrário, quer-se ressaltar o abismo entre a evidência de um fato contingente – a existência dos estados – e a correspondente definição teórica. Diante deste abismo, reconhece-se humildemente a impossibilidade de aqui superá-lo; e suspensa sobre ele, esta dissertação agarra-se àquela ‘evidência’, contrapondo-lhe uma definição puramente formal – cujo mérito consiste justamente em sua vacuidade e na conseqüente capacidade de se adaptar às diversas manifestações do fenômeno definido.

Portanto, assente que a nacionalidade é o vínculo que liga a pessoa a uma dada nação, está esclarecido o que, nesta dissertação, se entenderá por isto: a ordem jurídica, o direito estatal, o estado. Resta agora esclarecer a acepção dos outros dois termos da fórmula: pessoa e vínculo

### 1.1.2 Nacionalidade e vínculo.

Se nacionalidade é, segundo a definição aqui proposta, um vínculo que liga uma pessoa a uma ordem jurídica estatal, é necessário discorrer sobre o que seja tal vínculo.

---

<sup>9</sup> Esta dissertação utiliza os três termos como sinônimos. Dinh et al. (2003, p. 420), é verdade, contestam esta correspondência entre estado e nação, ressaltando que esta última simboliza um “fato sociológico e político”, enquanto aquele designa uma unidade jurídica soberana sobre determinado povo e território; neste sentido, dizem, pode haver “estados multinacionais”. Não se discutirá tal opinião; pelo contrário, reconhece-se a possibilidade de se tomar o termo ‘nação’ sob esta acepção “sociológica e política”, ainda que Canotilho (p. 75) a conteste. Entretanto, esta dissertação não o emprega sob tal acepção: se supõe a nacionalidade como o vínculo entre a pessoa e o estado; e se, diante da correspondência etimológica, também supõe a nacionalidade como o vínculo da pessoa à *nação*; então ‘estado’ e ‘nação’ devem ser tomados aqui como sinônimos ou, do contrário, a própria palavra nacionalidade necessariamente comportaria duplo sentido – e toda a dissertação teria que levá-los em consideração. Além disso, esta correspondência semântica vem sintetizada no terceiro termo empregado – ‘estado-nação’ – que, por sinal, mereceu a seguinte observação de Habermas (2001, p. 62): “Although many states to this day bear features reminiscent of ancient empires (China), city-states (Singapore), theocracies (Iran), or tribal organizations (Kenya), or betray features of family clans (El Salvador) or multinational concerns (Japan), the members of the ‘United Nations Organization’ nevertheless form an association of nation-states”.

Nessa definição há dois elementos polares – pessoa e estado – e é justamente no espaço entre eles que se estabelece o vínculo de nacionalidade, formando o que Savigny não hesita chamar, como visto, de ‘relação jurídica’. É o conteúdo desta relação jurídica o que deve, agora, ser abordado.

Foi dito que tal vínculo, ou tal relação, se estabelece no espaço entre a pessoa e o estado. Tal espaço é ocupado pelo direito estatal; melhor dizendo: este espaço é precisamente o âmbito de atuação vinculante deste direito, domínio no qual impera e submete quem aí esteja. Neste espaço, as normas jurídicas e todos os ‘meios’ que se prestam a efetivar seus comandos alcançam as pessoas, submetendo-as e tutelando-as – prevendo-lhes deveres e direitos. Este é o fenômeno jurídico fundamental, a própria essência do ‘jurídico’: a vinculação necessária da pessoa a determinada ordem. Este é um dado *a priori* da ciência do direito – já que o direito, como disse Radbruch (1974, p. 170), é “alguma coisa de por si mesmo vinculante”.

Verdade que o termo ‘espaço’, aqui, tem certa conotação figurativa, quase metafórica – afinal, o direito não ocupa espaço, pois não tem existência física, palpável, concreta; é antes um fenômeno da cultura, da comunicação, da consciência humana<sup>10</sup>. Mas nem por isso tal conotação é imprópria. Ao contrário: se aqui se trata de ordens jurídicas estatais, não se pode esquecer que, ao menos em tese, tais ordens têm precisos limites espaciais (e aqui refere-se ao sentido literal, denotativo do termo; equivalente, portanto, a ‘geográficos’), na medida em que ordens diversas não podem se sobrepor, já que a própria noção de soberania exclui a possibilidade de sua incidência concorrente. De modo que, sem privar aquele termo, espaço, do sentido figurado sugerido neste texto, convém reconhecer que seu sentido denotativo acentua aquela figuração, justamente porque a incidência do direito observa limites espaciais.

Estes limites geográficos nos quais determinada ordem jurídica é vinculante abarcam, em conjunto, a totalidade do espaço da existência humana. Ao menos sob a perspectiva dita formalista do direito, a vinculação a uma dada ordem jurídica, seja qual for, é necessariamente constante e exhaustiva. Quanto a isso, não há exceções: sendo o mundo retalhado em territórios, sobre os quais cada estado exerce sua soberania, não há lugar em que a pessoa possa evitar a sujeição a alguma ordem jurídica<sup>11</sup>. O estar no mundo submete a pessoa ao direito,

---

<sup>10</sup> Hegel (1976, p. 27): “O domínio do direito é o espiritual em geral; aí, sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo”.

e tudo o que se discute, com base em critérios nem sempre consensuais, é *qual direito* – de que estado – submete a pessoa.

Portanto, toda pessoa está, de alguma forma e em cada momento, vinculada a uma ordem jurídica; e este vínculo não necessariamente pressupõe que a pessoa seja nacional do estado a cuja ordem jurídica ela esteja momentaneamente vinculada. Um estrangeiro deve observar as leis do país em que está; por outro lado, o estado não é juridicamente indiferente ao estrangeiro que esteja em seu território. Há, portanto, também um vínculo jurídico entre os estados e os estrangeiros que, de alguma forma, submetam-se às suas leis. Ou, como se dizia acima: há um espaço em que o direito de determinado estado é imperativo; e a pessoa, qualquer pessoa, uma vez presente a este espaço, sujeita-se àquele direito.

A nacionalidade deve ser cuidadosamente distinguida desta acepção mais ampla de ‘vínculo’ que corresponde, como se disse, à própria ‘essência do jurídico’ e que Radbruch (1974, p. 170-185) chama de ‘obrigatoriedade do direito’. Quanto à nacionalidade, o vínculo de que se falou é bem mais específico. O que caracteriza a nacionalidade não é simplesmente haver uma relação entre determinada pessoa e determinada ordem jurídica; sempre que alguém se submeter ao direito de algum estado, na condição de nacional ou estrangeiro, haverá ‘vínculo’ – no sentido de obrigatoriedade, submissão. O que a caracteriza é a natureza especial da relação entre o estado e seus nacionais – ou seja: a própria ‘especialidade’ desta relação. A nacionalidade, acima de tudo, é um vínculo distintivo, que se estabelece justamente como forma de diferenciação e que tem nisto, precisamente, sua característica fundamental. É, da perspectiva da pessoa, um atributo que a distingue, perante determinado estado, de todos aqueles que o direito deste estado considerar estrangeiros; já da perspectiva do estado, é um dado que lhe permite distinguir, a partir de inumeráveis aspectos e com inumeráveis repercussões, pessoas nacionais e estrangeiras.

A questão, diante de tudo isto, é a seguinte: de que decorre e em que consiste esta especificidade? Dizendo de outro modo: que critérios definem a nacionalidade, e que repercussões estão ligadas a isto?

---

<sup>11</sup> Pode-se cogitar, aqui, da extensão das soberanias sobre os oceanos – questão, aliás, que tem suscitado intenso debate há séculos (TRUYOL Y SERRA, 1998, p. 69), ou sobre o espaço extraterrestre; afinal, são ambos – aqueles mares e este espaço – “lugares” onde o homem tem estado. Todavia, parece desnecessário demonstrar que tais cogitações, embora relevantes, não interessam a este trabalho.

Esta dissertação dedicará um capítulo para cada uma destas questões. No capítulo 2, serão examinados os aspectos que definem a nacionalidade – ou seja, os critérios para a sua definição. No capítulo 3, serão consideradas as repercussões ligadas a isto. Por ora, todavia, importa verificar o que está no núcleo deste fenômeno, a nacionalidade, examinando por que faz sentido defini-la e dotá-la de repercussões.

O que caracteriza a nacionalidade, como já foi dito, é seu caráter distintivo. Dizer-se nacional é diferenciar-se do que se considera ‘estrangeiro’. À base da nacionalidade está a idéia de diferença, distinção, desigualdade. Verdade que a nacionalidade é também um dado de significativas repercussões no direito internacional público e privado, a partir do qual se invoca a atuação de determinado organismo, ou a competência de determinada instância para a resolução de um conflito, ou mesmo o direito (de um dado estado) aplicável uma dada relação jurídica; neste uso específico, o termo nacionalidade designa menos distinção entre pessoas do que ‘identificação’<sup>12</sup> destas a determinada nação – ou seja, é mais um atributo personalístico do que uma condição jurídica distinta, sujeita a repercussões especiais. Mas ainda assim, à base de todas as possíveis acepções do termo, está a idéia de distinção. É provavelmente a nacionalidade – no direito das nações ocidentais – o fator mais importante que autoriza distinguir os homens entre si e submetê-los, justamente em face desta distinção, a diferentes repercussões jurídicas.

Note-se, ainda, que o ‘vínculo’ em que se expressa a nacionalidade, em seu caráter distintivo, é a um tempo arbitrário e discriminatório. É arbitrário porque é definido a partir de critérios criados pelo próprio estado a que a pessoa, por este vínculo, se liga como um ‘nacional’; ou seja: o estado “escolhe” aqueles a quem atribui a condição de ‘nacionais’, pois atribui a nacionalidade a partir de critérios ele mesmo, estado, elege. E é discriminatório quanto às repercussões decorrentes da nacionalidade, já que tais repercussões – não importam quais sejam e que extensão tenham – necessariamente determinam uma diferenciação jurídica entre nacionais e estrangeiros.

É justamente no concerne a estas repercussões que afloram as questões mais relevantes quando se cogita a nacionalidade das companhias. Deste tipo de repercussões se cogita quando, por exemplo, consideram-se regras de restrição de mercados a estrangeiros, ligadas –

---

<sup>12</sup> Sobre a nacionalidade como elemento de identificação, ver a seção 3.2.1.

entre outras razões – a chamados ‘interesses nacionais’; ou também quando, em outro exemplo, se cuida de privilégios concedidos a quem invista em empresas de determinada ‘bandeira’<sup>13</sup>. São repercussões, repita-se, que denotam discriminação. Não houvesse tal discriminação, a própria idéia de nacionalidade perderia sentido; e justamente porque esta discriminação tem caráter jurídico, também este fenômeno, a nacionalidade, tem tal caráter.

Todavia, os mais fundamentais princípios que estão à base do que se chamou acima de direito das nações ocidentais (e não destas somente), sobretudo a partir do fim das grandes guerras, não se acomodam a esta idéia de discriminação. Os homens são iguais em direitos e deveres, dizem estes princípios<sup>14</sup>; e a nacionalidade, a seu turno, funda-se na idéia de desigualdade. Jhering (2003, p. 107), bem antes das guerras mundiais, já havia escrito:

“O direito de todos os povos cultos modernos não faz diferença, em relação à tutela jurídica, entre nacionais e estrangeiros, a nacionalidade influi somente sobre a determinação de direitos políticos, de resto sem significação absoluta; a lei estende sua mão protetora igualmente sobre indígenas e alienígenas, como de uns e outros exige obediência, uns e outros são tratados do mesmo modo, tanto pelo juiz civil quanto pelo criminal; as formas de processo e os princípios jurídicos que o juiz aplica a favor e contra eles são completamente os mesmos; nosso direito moderno não reconhece mais, como outrora os romanos, nem um tribunal nem um direito especiais de estrangeiros. A igualdade perante a lei tanto para nacionais, quanto para estrangeiros é o traço fundamental de todo o direito atual. A expressão jurídica disso é o princípio de que o homem como tal é o sujeito dos direitos”.

Esta é a questão essencial, portanto, ao se tratar do vínculo em que se expressa a nacionalidade: como conciliar a idéia de distinção, diferença, desigualdade – inerente à noção de nacionalidade – com o princípio que afirma a igualdade entre os homens. No que

<sup>13</sup> A expressão, não de todo invulgar, é recorrente; além disso, conforme se verá, é bastante ilustrativa para os propósitos desta dissertação.

<sup>14</sup> Seria acaciano, parece, citar as referências de que se extraem tais princípios – ou melhor, ‘este princípio’ da igualdade formal, especificamente. É simplesmente a pedra angular do humanismo de matriz iluminista, base da declaração dos direitos dos homens e das constituições dos estados ocidentais, pelo menos os de governo democrático, desde então. Rousseau (1992, p. 259) disse: “Si l’on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, que doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu’il se réduit à deux objets principaux, la *liberté*, et l’*égalité*. La liberté, parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l’État; l’*égalité* parce que la liberté ne peut subsister sans elle”. O Padre Vieira (1995, p. 58), bem antes, já dissera: “Estes homens não são filhos do mesmo Adão e da mesma Eva? Estas almas não foram resgatadas com o sangue do mesmo cristo? Estes corpos não nascem e morrem, como os nossos? Não respiram com o mesmo ar? Não os cobre o mesmo céu? Não os aquece o mesmo Sol?”. E mesmo Hegel (1976, p. 187) concedeu: “Cumpra à cultura, ao pensamento como consciência do indivíduo na forma do universal, que eu seja concebido como pessoa universal, termo em que todos estão compreendidos como idênticos. Deste modo, o homem vale porque é homem, não porque seja judeu, católico, protestante, alemão ou italiano. Tal consciencialização do valor do pensamento universal tem uma importância infinita, e só se torna um erro quando cristaliza na forma do cosmopolitismo para se opor à vida concreta do Estado”.

consistiria a nacionalidade, se todos – nacionais e estrangeiros – têm idênticos direitos e deveres e se, diante disso, nenhuma repercussão poderia estar ligada àquela condição?

Tal resposta, invariavelmente, passa pela existência dos chamados direitos políticos. Tais direitos estão na base da constituição e da conformação do estado; e se este estado tem limites<sup>15</sup>, é lógico que também sejam limitados aqueles que atuam – segundo uma concepção democrática, claro – na sua formação. Por esta razão, não apenas se explica que direitos políticos sejam limitados aos ‘nacionais’, mas mesmo se demonstra que a própria necessidade de que tais direitos existam e que tenham os limites mencionados é em si uma explicação para as repercussões ligadas à nacionalidade.

Difícilmente será possível contestar estas últimas premissas. Mas por que, então, as repercussões ligadas à nacionalidade não se restringem aos direitos políticos? Por que a nacionalidade encerra, por exemplo, graves obstáculos ao livre trânsito de pessoas? Por que determina sensíveis restrições no acesso ao trabalho, a direitos previdenciários e, em casos já não tão excepcionais, a direitos básicos como educação e saúde? E finalmente: por que as pessoas jurídicas, que não têm direitos políticos, são também discernidas entre ‘nacionais’ e ‘estrangeiras’?

Nacionalidade, repita-se, encerra diferença, desigualdade, discriminação. Possivelmente, seria vã a tentativa de buscar um fundamento ético ou jurídico para isto. Há, sim, razões concretas a impô-la. Sobretudo razões de ordem política e econômica, que indicam o óbvio: os estados não podem responder às demandas de um número indeterminado e irrestrito de

---

<sup>15</sup> Quando se fala, aqui, de limites, refere-se à soberania do estado – e, portanto, aos limites à incidência de seu direito. É fundamental notar que estes ‘limites’ são predominantemente geográficos. Como regra geral, o estado é soberano na extensão de seu território. Verdade que sua soberania pode se estender, por construção jurídica, para além desses limites; ou, ao contrário, ceder a outra soberania, em alguns casos, dentro do território que abrange; mas tais hipóteses são rigorosamente excepcionais. Além disso, justamente porque a noção de soberania esteja tão vinculada à de território, também os critérios para definir a nacionalidade têm quase sempre uma conotação geográfica: o local do nascimento ou do domicílio, por exemplo, são os dados a que mais comumente os estados se apegam para a atribuição de nacionalidade. Mesmo os critérios ligados à origem das pessoas não deixam de ter um ‘substrato’ geográfico – o que é especialmente evidente, por exemplo, em relação aos habitantes da Palestina, do País Basco ou da Irlanda do Norte; e também nos casos em que a cidadania – ou nacionalidade – é atribuída diante da ascendência familiar há, em última análise, uma referência a um espaço geográfico, na medida em que se supõe que tal ascendência tenha ligação com o território do estado que atribui a nacionalidade. Enfim, ainda que determinado critério seja puramente ‘genealógico’, ainda assim estará presente aí a idéia de ‘povo’ ou ‘etnia’, a que se atribui certa identidade; e é bastante implausível supor que a construção desta identidade não esteja ligada, de algum modo, a um espaço geográfico determinado.

indivíduos. Se o mero fato de que uma pessoa esteja em território de um estado impõe a atuação deste – o que significa dizer, em tese, desde providências para a sua imediata retirada, até a tutela de direitos básicos, como à educação, à saúde e à moradia – disto nasce a necessidade de forte controle de fronteiras. Erguem-se muros, se for preciso, para que os estados se fortaleçam contra a “invasão” de estrangeiros. A rigor, a distinção entre nacionais e estrangeiros – aqueles, aninhados sob o abrigo do estado; estes simplesmente repelidos, para que o estado possa permanecer indiferente a eles – pode ser vista como uma “necessidade”.

Que a distinção resultante da nacionalidade seja necessária à própria possibilidade da atuação estatal concreta – sobretudo dos estados ricos, em cujas sociedades esta discussão e estes problemas afloram com especial intensidade – dificilmente se poderia negar. Entretanto, permanece ainda o vácuo quanto a uma base axiológica para a nacionalidade. Pode-se entender que seja uma necessidade a diferenciação de nacionais e estrangeiros; mas que esta necessidade repouse num valor verdadeiramente defensável, que possa ser legitimamente oposto àquele que impõe a igualdade entre todos os homens, isto já não é tão claro. Entretanto, não se pode desconsiderar o fato de que existem, sim, valores à base da idéia de nacionalidade – a cujo conjunto costuma-se chamar ‘nacionalismo’. Embora não seja objeto desta dissertação a descrição destes ‘valores’, é imprescindível cogitá-los – não porque se pretenda identificá-los, mas porque sua consideração é fundamental a que se compreenda uma noção básica no contexto deste trabalho: a ‘idéia de nacionalidade’.

Partindo-se da concepção savigniana de que a nacionalidade é o vínculo entre a pessoa e o estado, os valores que lhe servem de fundamento só podem estar ligados àqueles dois elementos – pessoa e estado. Se a realidade da relação entre ambos dá-se no espaço e no tempo<sup>16</sup>, conclui-se que aqueles valores podem ser de dois tipos: uns, ligados à noção de vínculo da pessoa ao território, espaço em que a soberania – que é a manifestação do poder do estado – é exercida; outros, ligados à idéia de formação do estado – e, portanto, à ligação entre este e a pessoa projetada temporalmente. Os primeiros extraem do contato entre o homem e a terra a razão para a distinção daquele perante o estado, soberano sobre esta mesma terra. Os

---

<sup>16</sup> Kant (2001, p. 78) diz que “a nossa intuição nada mais é do que a representação do fenômeno”; e considera o espaço e o tempo como “formas puras deste modo [o de todos os homens] de perceber”, formas que são conhecidas “antes de qualquer percepção e [que], por isso, se denominam intuições puras”. Portanto, todo fenômeno só é dado ao conhecimento no espaço e no tempo, cuja intuição é pressuposto à daquele.

segundos assentam-se na idéia de que determinados homens formam e formaram o estado; por isso, são estes homens, perante este estado, distintos de todos os outros<sup>17</sup>.

Sejam decorrentes da ligação do homem à terra, ou da noção histórica de formação do estado, todos esses valores podem estar ligados à origem das pessoas – vale dizer, à ascendência familiar e/ou ao vínculo histórico. A ‘origem’ parte da consideração do homem não apenas no espaço, mas no tempo; remete ao passado e neste busca um elemento nuclear, aglutinador, capaz ligar este grupo de indivíduos – os nacionais – a um elemento comum. Este elemento, claro, não é determinável senão à vista das contingências; pode decorrer desde fatores raciais, religiosos e até de outros mais “objetivos”, como o local do nascimento ou do domicílio. No que se refere àqueles dois ‘tipos de valores’ antes citados – uns, com acento na ligação do homem com a terra e outros ligados à idéia de formação do estado – a noção de origem abrange sentidos consideravelmente diversos: quanto aos primeiros, tende a ter um sentido mais simples quando, por exemplo, funda-se na mera circunstância de que o nascimento tenha-se dado no território do estado; quanto aos segundos, é mais restrita e profunda: remete-se à ascendência familiar e supõe este vínculo como algo capaz de ligar os sujeitos atuais e seus antepassados em torno de uma idéia comum, constante, progressiva: a formação do estado.

Estes dois grupos de valores não são excludentes; pelo contrário, dificilmente haverá estado em que a nacionalidade não esteja ligada a ambos. Na verdade, é precisamente na confluência destes valores que a idéia de nacionalidade se consolida e alcança existência jurídica. A ‘intuição’ de que determinado grupo humano é responsável pela formação de um estado está necessariamente ligada ao território ocupado por este grupo, e isto por várias razões: primeiro, porque esta ‘coesão’ entre os homens – coesão que será fundamental à idéia de ‘povo’ – pressupõe proximidade, não apenas proximidade geográfica, é verdade, mas sem dúvida também esta; segundo, porque naquela intuição sobre a formação do estado está implícita a idéia de conquista do território; e terceiro, porque a própria manifestação soberana do estado é referida, necessariamente, a determinado espaço geográfico. Portanto, pode-se supor que a própria noção de que um povo seja responsável pela formação de um estado está relacionada à vinculação deste

---

<sup>17</sup> Rousseau (1992, p. 256): “On peut mesurer un corps politique de deux manières; savoir, par l’étendue du territoire, et par le nombre du peuple; et il y a entre l’une et l’autre de ces mesures un rapport convenable pour donner à l’État sa véritable grandeur. Ce sont les hommes qui font l’État, et c’est le terrain que nourrit les hommes: ce rapport est donc que l’aterre suffise à l’entretien de sus habitants, et qu’il y ait autant d’habitants que l’aterre en peut nourrir”.

povo a determinado território; e assim reciprocamente: esta vinculação remete necessariamente à formação do estado, que encerra justamente a submissão deste território a um poder soberano.

Assim, ‘evolução’ em torno da noção de estado impôs a visão segundo a qual a sua formação é resultado dos esforços dos homens. Neste sentido, cada estado reflete o maior ou menor grau de organização, de capacidade, de moralidade de cada povo<sup>18</sup>. Por tudo isso, nasce aquele valor como base à nacionalidade: o povo que contribui para a formação do estado é quem merece estar sob seu abrigo. E a própria ligação do homem ao território, neste sentido, é também vista como o resultado histórico da ação deste povo diante dos demais. O fato de ser nacional de um estado, a partir desta perspectiva, é encarado como se fosse um direito subjetivo – de que o nacional é a um só tempo titular e herdeiro, na medida em que ele próprio e seus ascendentes contribuíram para a sua formação.

Em suma: a realidade do estado projetada no tempo remete-se à ação contínua dos homens que o formaram; e, projetada no espaço, à ação dos homens vinculados ao território sobre que é soberano. Portanto, e correspondentemente, a nacionalidade da pessoa remonta a estes mesmos aspectos: à sua origem (dimensão temporal), ao seu estar-no-mundo (dimensão espacial), e às relações entre ambos – p. ex., o fato de que o nascimento (aspecto relacionado à origem) tenha-se dado em determinado território (aspecto relacionado ao lugar).

Mas é preciso, aqui, interromper estas digressões sobre os valores à base da nacionalidade. Não é o propósito desta dissertação enfocá-los, até porque eles são tema da antropologia, da política, da história e da filosofia; só indiretamente afetam as ciências jurídicas. Na verdade, é mesmo questionável que os valores à base daquela idéia restrinjam-se àqueles aqui indicados; sem dúvida, a noção de nacionalidade tem raízes tão profundas quanto a de ‘nação’ e ‘povo’, que lhe são necessariamente correlatas, e é tão complexa quanto estas noções. Logo, seria ingenuidade – para dizer o mínimo – tratar desses valores nestas poucas linhas; contudo, se são

---

<sup>18</sup> Jhering (2003, p. 10) professa esta convicção com uma simplicidade impressionante: “O direito é o trabalho sem tréguas, não somente por parte do poder como também de todo o povo. Se nós apanharmos com um golpe de vista toda a sua história, esta pode nos oferecer o espetáculo de uma nação inteira despendendo continuamente seus direitos, esforços tão penosos quantos ela despende no desenvolvimento de sua atividade no domínio da produção econômica e intelectual. Todo homem que cumpre a obrigação de manter o seu direito, toma parte nesse trabalho nacional e contribui na medida de suas forças respectivas para a realização do direito sobre a Terra”. Ao descrever as evoluções de um dado direito estatal como fruto da luta, equipara este processo ao da aquisição da propriedade, que é fruto do trabalho.

feitas tais digressões, é porque têm duas funções específicas, que parecem fundamentais ao desenvolvimento do tema.

Por um lado, ressaltar aqueles dois aspectos fundamentais à noção de nacionalidade – o provir e o estar da pessoa, sua origem e seu lugar, sua existência projetada no tempo e no espaço. A nacionalidade é uma noção que pressupõe o ente, o indivíduo, o sujeito: e este, assim considerado, é também um dado da realidade que se projeta no tempo e no espaço, que sempre perfaz uma ‘história’ e que sempre ocupa um ‘lugar’ – sendo que esta ‘história’ e este ‘lugar’ determinam, afinal, sua vinculação a um estado, cuja existência também projeta-se no tempo e no espaço. Eis o ponto: também o estado é ‘fenômeno’, também é um dado da realidade que se expressa temporal e espacialmente: no tempo tem sua história; no espaço, seu território. As pessoas ligam-se ao estado porque, de algum modo, estabelecem conexões com sua manifestação, com sua “realidade” – logo, com sua história ou com seu território. Daí decorre, então, a noção de povo: o grupo de pessoas cuja existência liga-se à do estado, ou porque sua origem, ou porque sua localização – seu estar-no-mundo – estabelece tal ligação. Seja porque tais indivíduos têm ligação com tal espaço, seja porque participem, ou tenham participado, na formação do estado soberano sobre este espaço, tornam-se o que se define como um ‘povo’ e, perante este estado, distintos de todos os demais. Em suma, a nacionalidade repercute na realidade sob duas formas: apontando indivíduos e resguardando um espaço. Destes dois elementos, origem e localização<sup>19</sup>, provêm todos os critérios para defini-la; e a estes elementos, ligam-se todas as repercussões dela decorrentes.

Por outro lado, pretendia-se ressaltar que à base da nacionalidade, como fenômeno jurídico, está o que se chama, aqui, de ‘valor’. Nesta dissertação, este termo – ‘valor’ – deverá ser compreendido em uma acepção que talvez seja pouco usual, justamente por despojá-lo de sentido moral ou finalístico. Ou seja: aqui, ‘valor’ não é algo relacionado à idéia de ‘bem’, nem tampouco à de ‘fim’; portanto, não é necessariamente a ‘justificação racional’ de preceitos jurídicos – considerando-se que a razão é fundamento tanto dos juízos morais, quanto dos teleológicos<sup>20</sup>. Neste texto, a acepção de ‘valor’ é bem mais extensa e, embora não exclua aquelas acepções mencionadas, a elas não se restringe. Aqui, ‘valor’ não passa de uma causa da realidade

<sup>19</sup> Quando se alude a ‘localização’, pretende-se expressar a posição do ente no espaço; ou seja, o estar-num-lugar, a própria referência do ente considerado – no caso, a pessoa – ao espaço que ocupa. Juridicamente, esta ‘localização’ determinará as noções de domicílio e residência, que denotam uma ligação efetiva, duradoura, profunda entre a pessoa e o lugar. Ainda será retomada a questão.

jurídica, uma força jurígena, um dado determinante da criação do direito. Esta ‘causa’, esta ‘força’, este ‘dado’ não têm necessariamente conteúdo moral ou finalístico – nem sequer racional. Um valor pode estar ligado à paixão, à exaltação, à fúria. É tão-só um interesse<sup>21</sup> latente que leva ao estabelecimento de normas jurídicas – e, apenas no sentido de que é causa destas normas, pode ser assimilado sob uma perspectiva necessariamente racional.

Obviamente, sob esta acepção valor é algo não contido no direito; ao contrário, é ontologicamente distinto, na medida em que estabelece com o direito uma relação de causa e efeito. Esta distinção, não se ignora, repousa sobre bases positivistas – justamente porque o positivismo isola o que chama de direito positivo de tudo o que, segundo cogitações das mais diversas naturezas (moral, religiosa, finalística), possa ter determinado sua origem; ou seja, o positivismo estabelece limites ao universo jurídico, e relega o que esteja fora destes limites à ética, à filosofia, à teologia. Hart (2005, p. 299-339), na célebre resposta às críticas que Dworkin fizera ao seu ‘Conceito de Direito’, esclarece precisamente este enfoque. Dworkin criticara o que chamou de ‘teoria jurídica descritiva’, ressaltando o papel ativo do jurista na justificação moral dos preceitos jurídicos e na identificação dos princípios; Hart, respondendo-lhe, admite que o direito possa estar vinculado à moral, mas nega enfaticamente que tal vinculação seja ‘necessária’. Ou seja: não se discute a influência dos juízos morais sobre a criação do direito, nem tampouco a importância destes juízos na interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos; apenas se exige que o direito, como ‘fato social’, seja precisamente delimitado, até para que possa ser confrontado a exigências de ordem moral, religiosa ou teleológica<sup>22</sup>. O apelo dos positivistas, em suma, é para que o direito seja isolado como fenômeno puramente jurídico que, justamente por não ter relação necessária com a moral, pode ser confrontado a ela.

Esta delimitação, tipicamente positivista, é fundamental ao entendimento do sentido de ‘valor’, conforme é aqui empregado. Isolando-se a ‘nacionalidade’ como fenômeno puramente jurídico, é possível identificar, com maior clareza, os fatores que o determinam. Tais

---

<sup>20</sup> Afirmação que, reconhece-se, não deixa de ter um fundo ‘estóico’: “[d]espués de atribuir a todo hombre, con el concepto subjetivo y aplicado individualmente de la recta razón, un propio elemento de juicio para discernir entre lo justo y lo injusto, Sêneca describe este elemento de juicio como el observador secreto y vigilante de todo lo que es bueno y malo en nosotros, como la conscientia, situando esta facultad por encima de todo juicio externo” (WELZEL, 1974, p. 42).

<sup>21</sup> O termo ‘interesse’, aqui, não pode ser entendido na acepção que lhe dá Jhering; neste, ‘interesse’ corresponde a uma finalidade, um ‘fim’ (“zweck”) de conteúdo racional.

<sup>22</sup> Toda a discussão é descrita na obra de Hart, a que se referiu no texto.

fatores atuam na origem e na evolução deste fenômeno; entretanto, não são o fenômeno em si, justamente porque perfazem, aqueles fatores e este fenômeno, uma relação de causa e efeito. Não se nega que tais fatores não tenham importância para a investigação daquele fenômeno; ao contrário, justamente porque são relevantes, são aqui cogitados. Entretanto, não se abre mão desta distinção ontológica: somente assim pode-se discernir o fenômeno jurídico, cujos aspectos cumpre exaurir, dos fatores de ordem axiológica, social, moral, religiosa, política, histórica, filosófica – enfim, de ordem ‘não jurídica’ – que o determinam. A estes ‘fatores’ corresponde o que se chama, nesta dissertação, de ‘valores à base da nacionalidade’. Esta dissertação não se centrará sobre tais valores, na medida em que não pretende descrevê-los ou analisá-los; mas, ao mesmo tempo, assume a premissa de que eles existem, até porque o fenômeno jurídico não pode surgir do nada; e assume também que tal existência, ainda que não possa ser apreendida inteiramente (longe disso, aliás), deve ser considerada como um dado essencial na análise do fenômeno. O que se pretende demonstrar, quanto àqueles ‘valores’, é o fato de que não estão, necessariamente, embebidos de conteúdo moral, filosófico, religioso, teleológico – enfim, nem mesmo de conteúdo racional. Todos estes conteúdos podem, evidentemente, trespassá-los – e freqüentemente o fazem. Mas, como diz Hart, esta não é uma verdade necessária.

Em suma: à base da nacionalidade existem valores das mais diversas naturezas, que podem ser defendidos, assim como denunciados; todavia, não há elementos para que esta dissertação faça este julgamento (e esta dissertação evita a ‘faculdade de julgar’<sup>23</sup>). Foi dito que a noção de nacionalidade opõe-se ao princípio da igualdade formal dos homens; esta dissertação não apenas reconhece tal oposição, como reconhece não vislumbrar, diante daquele princípio, razões que indiscutivelmente fundamentem aquela idéia; noutras palavras: esta dissertação ignora a existência de uma justificação racional para a noção de nacionalidade, diante do princípio da igualdade formal. Que possa haver tal ‘razão’, não se duvida; mas não se conseguirá, aqui, apontá-la.

Tudo o que existe de incontroverso são os chamados ‘motivos concretos’ a fundamentar a nacionalidade – motivos que, basicamente, ligam-se ao fato de que esta noção é

---

<sup>23</sup> Não se ignora que o julgamento pode não ser (apenas) uma faculdade, mas um dever (por assim dizer, ‘moral’). Hannah Arendt (2004, p. 79-111) afirma-o – ainda que o faça diante de um contexto pessoalmente tocante. Mesmo assim, esta dissertação insiste em não tomar posição. E se assim procede, é simplesmente porque é incapaz de fazê-lo.

simplesmente indispensável à atuação concreta e efetiva do estado. Todavia, que este fato, em si, seja um valor a justificar racionalmente aquela idéia – o que equivale dizer: que seja, em si, um valor suficiente a afastar o princípio da igualdade formal – isto já não se pode afirmar.

Portanto, se o vínculo em que se expressa a nacionalidade, sendo em si um fator de desigualdade entre os homens, afronta o princípio da igualdade formal, a base axiológica da noção de nacionalidade torna-se problemática. Não porque faltem ‘valores’ a justificá-la; mas porque esta dissertação desconhece a possibilidade de que tais valores possam justificar, sobre bases racionais, a derrogação daquele princípio. Disto decorre uma relativização da idéia de nacionalidade; e é precisamente este o enfoque desta dissertação: a nacionalidade como fenômeno jurídico baseado em valores ‘questionáveis’.

Todavia, são exatamente estes valores que fundamentam este ‘fenômeno jurídico’ – a nacionalidade. Sim, estes valores, estes fatores, estas causas: em suma, a própria realidade que engendra forças capazes de estabelecer, juridicamente, distinções entre pessoas – e estabelecê-las justamente diante da ligação (suposta a partir de critérios sempre arbitrários, porque eleitos segunda a conveniência da ordem jurídica que a estabelece) da pessoa à nação. Desta realidade decorre o conceito nuclear desta dissertação: a idéia de nacionalidade – ou seja, a abstração que sintetiza e conjuga todos aqueles valores, e que se torna assim a ferramenta discursiva com que são relacionadas todas as manifestações daquele ‘fenômeno’. Que seja adotada esta expressão – idéia de nacionalidade – é algo que ainda será melhor explicado; por ora, cumpre notar que esta expressão é simplesmente a referência abstrata a uma realidade imperscrutável, cujas contingências aqui se reputa de ‘valores’; e que tais valores, diante da premissa de que todos os homens são iguais perante a lei, têm fundamentos inevitavelmente questionáveis.

A idéia de nacionalidade, então, treme em suas bases. Assim, trêmula, convém enfocá-la. Só assim se poderá considerar, em cada passo, a possibilidade de solapá-la, tanto quanto a de consolidá-la. Só assim o objeto desta dissertação escancara-se-lhe.

### **1.1.3 Nacionalidade e pessoa.**

Pessoa é o elemento nuclear na definição de nacionalidade. É a unidade básica, fundamental, irreduzível sobre a qual toda aquela definição se ergue. Nacionalidade é um atributo da pessoa, um predicado, algo a ela referível: precisamente em relação à pessoa ela é determinada e suas repercussões se produzem. E justamente porque este elemento, pessoa, é o termo-chave desta equação a que corresponde a noção de nacionalidade, esta noção é tão complexa.

Pois a noção de pessoa é profundamente complexa. A personalidade é um tema que evoca as concepções de vontade, de consciência, de eu. Na filosofia, a pessoa é sujeito e objeto do conhecimento; na psicologia, o próprio universo que o conhecimento revela; na teologia, o ente a ser confrontado a deus. A personalidade reflete a concepção do homem sobre si mesmo, diante de si e de todos.

Entretanto, a perspectiva desta dissertação, já foi dito, é jurídica. O tema é tratado, aqui, como um objeto do conhecimento jurídico. Portanto, os termos da equação a que corresponde a nacionalidade – quais sejam, estado, pessoa e vínculo – devem ser também tratados sob esta ótica. Mas também sob este enfoque o tema é complexo; ao olhar do jurista, a personalidade é também um problema tormentoso, tão fundamental quanto obscuro.

Pessoa, sob uma ótica jurídica, corresponde à noção de ‘sujeito de direito’. Trata-se, aliás, de uma noção tão fundamental, no âmbito da ciência e da filosofia do direito<sup>24</sup>, quanto a de ‘norma’: assim como esta é a unidade básica de tudo que se reputa ‘direito objetivo’, assim o sujeito de direito é o núcleo à base da idéia de ‘direito subjetivo’<sup>25</sup>. O direito objetivo pressupõe a norma, a partir da qual ele se expressa; e o direito subjetivo pressupõe a pessoa, a que é necessariamente referido.

Tudo isto é evidente. A noção de ‘sujeito de direito’ é, sob este sentido, elementar. Não porque se possa dizer, com clareza e simplicidade, o que é, ou quem é, sujeito de

---

<sup>24</sup> Quanto à acepção das expressões ‘ciência do direito’ e ‘filosofia do direito’, neste texto, ver Radbruch (1974, p. 39-59).

<sup>25</sup> Diz Jhering (2003, p. 12): “A expressão, o direito, como é sabido, tem um sentido duplo, o sentido *objetivo* que nos oferece o complexo dos princípios do direito em vigor, a ordem legal da vida; e o sentido *subjetivo* que é, por assim dizer, o precipitado da regra *abstrata* no direito *concreto* da pessoa”.

direito<sup>26</sup>; mas porque o direito, como fenômeno social e humano, sempre remontará a este sujeito, que é o destinatário dos comandos normativos. Não apenas a noção de nacionalidade pressupõe o termo ‘pessoa’; também a ordem jurídica, seja qual for, é necessariamente referida ao mesmo. Nem mesmo Kelsen, pode-se supor, discordaria disto. O autor, como se sabe, rejeita a dicotomia entre direito objetivo e subjetivo<sup>27</sup>: não há, para ele, senão deveres jurídicos, cuja observância determina “situações especiais”, relativamente a indivíduos ou mesmo a outros ‘entes’, a que se costuma chamar ‘direito subjetivo’. Isto, claro, se reflete na idéia de ‘pessoa’, que não passa de uma “figuração”, a que na verdade corresponde um complexo de deveres cuja unidade aquele termo designa (Kelsen, 1974, p. 243). Entretanto, Kelsen não poderia negar que o direito necessariamente se refere a sujeitos, ainda que sustentasse (1974, p. 237) que a ciência jurídica não toma os indivíduos em consideração, mas apenas as ações ou omissões dos mesmos. Não é possível supor ações ou omissões sem um sujeito – e o próprio Kelsen (1974, p. 247) afirma que “somente através da conduta humana um direito pode ser exercido e um dever ser cumprido ou violado”.

A dificuldade em torno da noção de ‘pessoa’, portanto, não está tanto em sua definição como um puro elemento jurídico – vale dizer, como sujeito de direito. Toda a complexidade deste tema advém da dúvida quanto à substância de deste conceito meramente formal, ou seja, quanto à necessária correspondência deste conceito a algo real. Para ser mais direito: toda a dificuldade decorre da problemática correspondência entre as idéias de ‘pessoa’ e ‘homem’. Se o elemento ‘pessoa’ é examinado sobre um plano jurídico, e se é afirmado que a nacionalidade é um atributo deste elemento, resta questionar se, sob tal perspectiva, a nacionalidade é também – necessariamente – um atributo do homem; pois os termos ‘pessoa’ e ‘homem’ – e este é um paradoxo com que a teoria do direito se defronta há milênios – podem não ter idêntico significado jurídico.

Kelsen (1974, p. 242) já apontava a possibilidade desta distinção:

<sup>26</sup> Alf Ross (1969, p. 38): “En el análisis lógico deberían evitarse preguntas del tipo ‘que és...?’ porque huelen a esencialismo. Uno puede preguntar qué es cierta sustancia, por ejemplo, el agua o la pólvora, cuando resulta claro que es lo que uno significa (designa) al usar las palabras ‘agua’ o ‘pólvora’. La pregunta es inadecuada cuando el problema principal consiste en determinar el significado con el que la palabra efectivamente se usa, o el significado que logicamente podría atribuírsele, pero que solo se presenta em forma difusa en el uso común”. Comparato caracteriza este tipo de postura filosófica, que Ross defende, como nominalismo jurídico (1983, p. 272-273).

<sup>27</sup> “Esta situação, designada como ‘direito’ ou ‘pretensão’ de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros” (1974, p. 186).

“Se, no caso da pessoa jurídica, os direitos e deveres jurídicos podem ‘ter por suporte’ algo que não seja o indivíduo, também no caso da chamada pessoa física o que ‘serve de suporte’ aos direitos e deveres jurídicos e que essa pessoa física tem de ter em comum com a pessoa jurídica, já que, na verdade, ambas são pessoas enquanto ‘portadoras’ de direitos e deveres jurídicos, pode não ser o indivíduo, pode não ser este portador em questão, mas algo que o indivíduo possua e que as comunidades a que nos referimos como pessoas jurídicas igualmente possuam. Também se diz que o homem tem personalidade, que a ordem jurídica empresta ao homem personalidade, e não necessariamente a todos os homens. Os escravos não são pessoas, não têm qualquer personalidade jurídica. A teoria tradicional não nega que pessoa e homem são dois conceitos distintos, se bem que pense também poder afirmar que, segundo o Direito moderno, diferentemente do que sucedia com o Direito antigo, todos os homens são pessoas ou têm personalidade jurídica”.

O argumento de Kelsen é eloqüente: os escravos eram homens; mas as diversas ordens jurídicas sob as quais viviam tratavam-nos como coisa (*res*); eram homens, portanto, sem serem sujeitos de direito. Considerando que a escravidão provavelmente existe desde os tempos mais remotos da história humana, e que há pouco mais de cem anos vários estados ainda a permitiam, este é um argumento realmente persuasivo.

Realmente, não há nada que, por lógica, determine a exata correspondência entre os conceitos de ‘pessoa’, ou sujeito de direito, e homem. A existência deste é um dado da realidade, a que o direito pode ou não atribuir a condição de sujeito – vale dizer, de destinatário dos comandos normativos. O direito é marcado por esta polaridade entre a ‘norma’ e o ‘sujeito’: ambos são termos necessários desta equação a que corresponde o fenômeno jurídico. Entretanto, o termo ‘homem’ não integra esta equação: o ser ‘homem’ não significa, necessariamente, que alguém seja, perante uma ordem jurídica, ‘sujeito de direito’.

A noção moderna de personalidade jurídica está ligada a esta dupla constatação: o homem pode não ser pessoa; e a pessoa pode não ser homem. Mas há algo de vazio – melhor dizendo: algo de puramente formal – nesta noção de personalidade. Não há aí nada de substancial, que tenha existência em si. Tudo não é senão o resultado da incidência de normas sobre fatos, um efeito jurídico, uma construção formal, cultural, figurativa. A pessoa, enquanto categoria jurídica, não tem existência real; pode ser o resultado, o efeito desta existência; mas não é senão um ‘ente jurídico’, a que pode ser assimilado não apenas o homem, mas algo outro. Ou seja: a pessoa não é senão aquilo que o direito diz ser, e a que atribui direitos e deveres. O direito antecede a personalidade, é seu pressuposto, dá-lhe existência. A célebre sentença do jurisconsulto Hermogeniano – “cum igitur hominum causa omne jus constitutum

sit...” – diz que todo o direito tem causa no homem; a moderna noção de personalidade jurídica é antípoda daquele princípio clássico: não mais a personalidade como atributo elementar, substancial do homem, é a base do direito; o direito, em si, é o fundamento da personalidade.

Esta noção moderna assinala uma tendência que, desde as concepções medievais pressupondo sua existência *a priori*, culmina na suposição de que a personalidade não existe por si mesma, mas apenas referida a determinado contexto em que a pessoa é considerada<sup>28</sup>. Sob a doutrina tomista, os homens medievais concebiam a personalidade como algo de substancial, de existente em si mesmo; algo, portanto, cuja existência não depende de ser reconhecida, que existe objetivamente<sup>29</sup>. Obviamente, esta era uma visão teológica: tendo origem em deus, a personalidade existe antes de todo conhecimento, que a pressupõe. Dela se origina a subjetividade, a consciência individual que é livre e que reflete sobre si mesma – mas que também é consequência desta causa anterior, numa cadeia causal cujo primeiro termo é deus.

O pensamento cartesiano inverte esta perspectiva. A subjetividade é o princípio de tudo e a personalidade, então, a pura consciência – *cogito ergo sum*. A personalidade ainda tinha, por assim dizer, uma essência irreduzível e inquestionável, mas apenas nesta certeza solitária de que o eu pensa e, por ter disto consciência, existe. Cada vez mais, desde então, a personalidade é assimilada a este ‘eu’, livre em sua vontade, sublime por sua razão. Segundo Zambrano (1947, p. 28), Kant ressaltaria estes seus dois aspectos: a consciência de si, cuja possibilidade deve-se à razão; e a liberdade, que faculta ao homem agir conforme sua vontade. A partir de Descartes, aquilo que Hegel chama de ‘princípio da subjetividade’ se recrudescer, sujeitando a idéia de personalidade a um enfoque cada vez mais individualista – seja para confrontar o indivíduo ao mundo, seja para confrontá-lo a si mesmo<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Zambrano (1947, p. 35): “La pérdida del valor substancial de la personalidad es una característica que se presenta, con singular constancia, en el pensamiento moderno”.

<sup>29</sup> Conforme Zambrano (1947, p. 26): “Consideremos el punto fuera del plano jurídico, el filosófico. Las definiciones abundan. Como ejemplos pueden darse las de Boecio, *naturae rationalis individua substantia*, que inspira a toda la edad media y que Santo Tomás hace suya (...). *Substantia, ens perfectum, modus subsistendi, suppositum, existentia per se*, todas estas expresiones dicen, de diverso modo, una sola idea, que consitue la esencia de ellas: que la noción de persona consiste en un ser substancial, esto es, en una substancia”.

<sup>30</sup> “Hegel vê os tempos modernos caracterizados por uma estrutura de auto-relação que ele denomina subjetividade: ‘O princípio do mundo moderno é em geral a liberdade da subjetividade, princípio segundo o qual todos os aspectos essenciais presentes na totalidade espiritual se desenvolvem para alcançar seu direito’. Quando Hegel caracteriza a fisionomia dos novos tempos (ou do mundo moderno), elucida a ‘subjetividade’ por meio da ‘liberdade’ e da ‘reflexão’: ‘A grandeza de nosso tempo é o reconhecimento da liberdade, a propriedade do espírito pela qual este está consigo mesmo’” (HABERMAS, 2000, p. 25).

Hegel<sup>31</sup>, depois, contestaria o sistema de Kant por este ter suposto como princípio absoluto o sujeito consciente, o ser para si, a pura singularidade como fonte de todo o conhecimento racional. Segundo Hegel, a razão é geral tanto quanto individual, é objetiva e subjetiva, é a própria mediação deste movimento pendular entre o sujeito e o mundo real. Entre o idealismo e o empirismo, a teoria hegeliana do conhecimento abrange tanto a razão quanto a experiência: assim, reconhece como ‘real’ a razão centrada no sujeito; e reconhece como ‘racional’ a experiência baseada na observação do mundo. Hegel deu um passo fundamental: o idealismo, que havia elevado a razão subjetiva, sobretudo em Kant, às alturas mais elevadas, foi confrontado à experiência da realidade concreta; e concluiu, como é típico, que a razão – elevada agora a uma instância absoluta – é a mediadora deste movimento dialético<sup>32</sup>.

Contudo, embora Hegel admitisse a racionalidade de um conhecimento baseado na experiência, depurava esta de tudo o que é contingente, transitório, efêmero (1976, p. 14). A ‘racionalidade do real’ estaria naquilo que é sua essência, seu elemento constante e permanente – numa palavra, sua idéia. Seus seguidores não concordaram: houve um consenso após Hegel quanto à necessidade de que à razão fosse atribuído um papel mais modesto (HABERMAS, 2000, p. 63). A realidade contingente também era alvo do conhecimento; não apenas o que restara da filtragem da razão, mas toda a realidade deveria ser considerada como fonte do saber e como acesso à verdade. O mundo exterior passa a predominar sobre a dimensão interior do homem, o ser reabilita-se perante a consciência, o fenômeno passa a interessar mais que a idéia. As ciências do espírito, assim como as naturais, romperam a redoma do pensamento abstrato e desceram, enfim, até a realidade concreta.

E a personalidade, portanto, torna-se um dado desta realidade. Não é mais a idéia problemática que resulta do confronto da consciência consigo mesma; é agora um objeto das ciências que, voltadas à realidade, vêem a pessoa como um elemento deste contexto. O real, o mundo, o espaço da convivência humana, tudo isto torna-se um fenômeno existente em si

<sup>31</sup> “A separação e a determinação dos dois indicados elementos encontram-se na filosofia de Fichte e também na de Kant. Para nos limitarmos àquela, vejamos que o eu como ilimitado (no primeiro princípio da doutrina da ciência) é tomado apenas como positivo (é assim que é a generalidade e a identidade do intelecto), de tal modo que este eu abstracto, para si, deve ser o verdadeiro e, portanto, a limitação (ou como obstáculo exterior ou como actividade própria do Eu) aparece como acrescentada (no 2º princípio). Conceber a negatividade imanente no universal ou no idêntico, como no Eu, era o progresso que à filosofia especulativa ainda faltava fazer, necessidade de que não suspeitam aqueles que, como Fichte, se não apercebem do dualismo do finito e do infinito no íntimo da imanência e da abstracção” (HEGEL, 1976, p. 30).

<sup>32</sup> Esta, a idéia central do célebre prefácio aos “Princípios da Filosofia do Direito” (1976).

mesmo, substancial, objetivo. O conhecimento, antes mergulhado na pura subjetividade do sujeito, da consciência e do eu, agora se volta para o exterior, para o mundo, para a realidade; o pressuposto deste conhecimento é a existência objetiva desta realidade, que lhe seria revelada. O idealismo, que pressupusera o eu como a base deste conhecimento, teve nisto a semente de sua superação. O conhecimento, em si, torna-se objetivo, já que seu objeto existe independentemente do sujeito cognoscente – pois tal objeto é a própria realidade. A personalidade, antes assimilada ao ‘eu’ e base de todo conhecimento, agora não é senão parte desta ‘realidade’, a que é necessariamente referida.

Esta ‘referibilidade’ a uma realidade anterior, existente em si e base de todo o conhecimento, é a marca da noção moderna de personalidade. A pessoa não é mais a idéia fundamental, substantiva, a partir de que todo o conhecimento é projetado; é antes uma noção instrumental com que as ‘ciências’, sobretudo as ‘humanas’, relacionam seu objeto – dotado, claro, de uma existência apriorística – aos sujeitos a que não podem deixar de se referir. Neste sentido, ‘pessoa’ torna-se um conceito secundário, pois pressupõe uma ordem primária a que é referido: assim a pessoa jurídica é uma noção que pressupõe a ordem jurídica, tanto quanto a ‘pessoa economicamente ativa’ pressupõe a ordem econômica. O homem, seja como criação divina, seja como ente dotado de consciência e razão, não é mais a base para a noção de personalidade; sua liberdade e sua vontade não são mais os atributos que dão conteúdo a tal noção. Toda a profundidade desta visão, ligada à condição divina ou consciente do homem, cede à visão ‘objetivista’ segundo a qual a pessoa não é senão contingência numa ordem que, em si mesma, é base de todo o conhecimento.

Esta visão objetivista reflete na concepção de pessoa e personalidade na ciência jurídica. Como diz Hauriou (1968, p. 35), “a regra de direito, considerada como coisa existente em si, se converteu no suporte de toda a existência jurídica, no lugar da pessoa jurídica, negada e rechaçada como um conceito sem valor, não somente no que concerne às instituições corporativas, mas também no que se refere aos indivíduos”. É esta visão, recorde-se, que marcou os positivistas em geral, e Hans Kelsen em particular. E também foi esta visão, sem qualquer dúvida, que predominou no pensamento jurídico de matriz europeia, sobretudo a partir da metade do século XIX<sup>33</sup>. A personalidade torna-se, neste quadro, apenas uma noção formal, que designa e

<sup>33</sup> Hespanha (2005, p. 432): “Até aos finais da I Grande Guerra, a vaga sociológica exerceu, sobretudo na Europa do sul, um domínio absoluto sobre o mundo intelectual”.

caracteriza o sujeito de direito – núcleo a que estão ligadas repercussões, na forma de direitos e deveres, decorrentes da incidência de regras jurídicas. Tudo o que havia de substancial e irredutível na idéia de personalidade se perdeu; esta não passava, então, de uma referência jurídica, decorrente da ordem jurídica e portanto forjada pelo direito. Não é mais um atributo do espírito, da consciência, do homem; por conseqüência, não é mais uma conseqüência necessária da condição humana. Como dizia Kelsen, nem todo homem tem personalidade jurídica; e nem toda pessoa jurídica é humana. Ao direito objetivo, base e pressuposto da ciência jurídica, cabe definir quem, ou o quê, é pessoa. E se milhões de ‘indivíduos’ fossem simplesmente tratados como coisa – por serem escravos, inimigos ou mesmo elementos que impedissem a purificação racial de um povo – isto poderia ser visto, eventualmente, como algo moralmente repreensível; mas também seria compreendido como uma decorrência rigorosamente lógica da teoria positivista e, neste sentido, como algo inevitável. Todavia, o direito de matriz européia, e toda a teoria jurídica a ele ligada, não permaneceram alheios aos acontecimentos havidos entre 1914 e 1945. O homem e todos os valores ligados à condição humana tinham que voltar ao centro da discussão, tinham novamente que ser o pressuposto de todo o conhecimento teórico. Tanto o sujeito cognoscente, quanto o conhecimento em si, têm o homem como pressuposto e como referência necessária. Hannah Arendt percebeu muito bem: nenhum conhecimento poderia, doravante, estar indiferente ao homem como tal<sup>34</sup>.

A história, sobretudo no século XX, fez com que a teoria jurídica, aparentemente, aceitasse a seguinte premissa: não pode haver discussão quanto ao fato de que todo o fenômeno jurídico pressupõe o homem; assim como não poderia haver dúvida quanto ao sentido – ético e jurídico – deste termo: homem. A personalidade jurídica, que corresponde à aptidão a ter direitos e deveres, deve ser um seu atributo natural, necessário, fundamental; e como tal deve ser compreendida, inclusive no âmbito mais restrito do conhecimento jurídico. Este é um princípio, supõe-se, sobre o qual a humanidade deve estar irredutível.

Entretanto, resta aquela velha objeção dos positivistas, que insistem no fato de que uma dada ordem jurídica pode não observar tal princípio. Dizem: o direito que interessa à investigação jurídica é aquele que efetivamente existe, que é realidade e, portanto, objeto de conhecimento empírico; a discussão sobre o que o direito *deve ser* é uma discussão moral –

<sup>34</sup> “Os melhores de todos são aqueles que têm apenas uma certeza: independentemente dos fatos que aconteçam enquanto vivemos, estaremos condenados a de viver conosco mesmos” (ARENDR, 2004, p. 108).

importante, sem dúvida, mas que deve ser posta à parte: a investigação jurídica deve limitar-se àquilo que o direito é, não ao que deve ser. Esta visão positivista julga-se, paradoxalmente, como a mais propícia aos juízos morais, na medida em que permite, justamente por se preocupar em delimitar com rigor o direito existente, sua confrontação com o direito que deveria existir.

Mas tal objeção seria replicada. Não pela falta de preocupação moral, que os positivistas não desconsideram, salientando apenas que tal preocupação é alheia à ciência do direito; mas por ser resultado de uma perspectiva tão-somente empirista do direito<sup>35</sup>. Segundo esta ‘réplica’, o direito é um fenômeno que se assenta numa ‘idéia’ que lhe dá sentido e que o justifica como criação humana. Não é suficiente vê-lo como puro fato; como diz Radbruch (1974, p. 86), “direito é, pois, a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da idéia de direito”. Não se pode deixar de considerar esta sua dimensão ‘ideal’ ou, do contrário, não se terá senão uma visão incompleta do objeto da investigação. A limitação da perspectiva empirista está em que restringe sua investigação ao fenômeno, desprezando a ‘idéia’ (para usar uma terminologia tão cara à filosofia idealista); o direito é visto como puro fato, não como ordem ligada a uma razão. Segundo uma precisa observação de Hauriou (1968, p. 32), esta visão incide no erro de desconsiderar o que, à base do direito, há de criação, de inventividade, de idéia. O direito como ‘fato social’ é apenas a realidade acabada, dada, forçosa; sem dúvida esta é uma dimensão a considerar, mas não a totalidade do objeto investigado. A criação do direito é algo tão relevante aos olhos do jurista quanto sua existência; aquela dá sentido ao objeto, enquanto esta é sua expressão concreta. Supor o direito alheio ao momento de criação – ainda que tal momento, claro, só possa ser cogitado abstratamente – é vê-lo como pura contingência social, como mero produto do meio que se sobrepõe à consciência individual e a aniquila, simplesmente porque a desconsidera.

Esta postura de matriz empirista que caracteriza o positivismo, conforme poderiam ter dito seus detratores, incide num erro que o próprio Hegel – cuja crítica ao idealismo kantiano foi fundamental à própria existência daquela postura – já advertira: o conhecimento filosófico do direito deve supor sua idéia, pois sua idéia representa o que nele há de racional – e o

---

<sup>35</sup> Alf Ross (1969, p. 11) em passagem particularmente expressiva, reconhece tal perspectiva como fundamento do positivismo: “Dada la manera como el término ‘positivismo’ es usado en general en la filosofía, me parece razonable tomar la expresión ‘positivismo jurídico’ en sentido amplio, como significando una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica”.

que há de racional, a despeito de toda a contingência, é a verdadeira realidade, o conceito de direito: “o objeto da ciência filosófica do direito é a idéia do direito, quer dizer, o conceito do direito e a sua realização” (1976, p. 17). Hegel é o filósofo que toma o cuidado de não se entregar nem ao idealismo subjetivista, nem ao empirismo objetivista: aquele, partindo da consciência individual, põe o sujeito como fundamento de todo conhecimento e toma a consciência, fundada na razão subjetiva, como única realidade inquestionável, já que todo o resto não é senão a representação deste mesmo sujeito; já a postura puramente empírica, ao contrário, supõe que a realidade, o mundo, os fatos são a base de todo o conhecimento possível, e o sujeito apenas os revela. Ambas as visões são parciais: nem tudo é pura representação do sujeito, nem todo o conhecimento se restringe ao que é dado, empiricamente, na realidade. A teoria hegeliana do direito supera esta oposição, conciliando-as em sua dialética poderosa: a realidade exterior pressupõe uma idéia imanente, que é a própria razão em si; a razão, entretanto, não é puramente subjetiva, fundada tão-somente sobre a consciência individual: é também objetiva, existente em si e, portanto, real: “o que é racional é real, o que é real é racional” (1976, p. 13).

Os positivistas, por restringirem seu objeto ao que é contingente, factual, empírico, desconsideram que o direito é também idéia, que supõe racionalidade e que está vinculado à criação humana. Se o direito supõe a idéia, e se esta idéia só pode ser racional, então o direito sugere um sentido que o perpassa, uma causa que o justifica. Hegel (1976, p. 147) chegará à conclusão de que o direito positivo estatal é a moralidade objetivada, “que se substitui ao bem abstracto”, tornando-se “substância concreta”. Radbruch (1974, p. 86-91), na linha do que se convencionou chamar de pensamento neo-kantiano (HESPANHA, 2005, p. 433), chega à noção de justiça como fim a que o direito está necessariamente ligado. Em ambos, o direito supõe uma idéia que o trespassa e que lhe dá sentido.

Portanto, sem adotar uma perspectiva idealista, não se pode ignorar as críticas à teoria positivista, justamente porque afirma que todo o conhecimento jurídico não é senão empírico, e que todo o direito não é senão contingência. Neste sentido, a noção de personalidade – e de resto, a própria compreensão do fenômeno jurídico como um todo – reclamam um substrato, uma essência, uma idéia sobre a qual têm fundamento. O direito é não só o fato social, mas uma realização humana que pressupõe a consciência e a razão. O fato social não pode ser o objeto exclusivo do investigador, justamente porque não pode existir a partir de si

mesmo: a razão, a consciência e o homem, como indivíduo, estão em sua origem. Pode-se afirmar que tal origem não pode ser apreendida senão de forma incerta, talvez mesmo arbitrária; mas se ela existe, o jurista não pode deixar de refletir sobre ela.

Portanto, esta postura, que reflete inconformismo com a visão positivista, deve ser considerada ao se tratar da personalidade como uma categoria jurídica. Sob tal postura, a pessoa deve ser vista como o fundamento, a realidade primordial, a origem e a causa do direito: – “cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit...”. Logo, a personalidade não pode ser um efeito, uma “concessão” da ordem jurídica; antes esta deve ser construída tendo o homem como base e como fim. A noção de personalidade deve ser necessariamente vinculada à existência humana, não porque o direito assim consinta, mas porque a idéia de direito pressupõe aquela vinculação. A personalidade, neste sentido, é uma noção que transborda os limites do jurídico: ela é o próprio elo entre o homem e o direito, a própria possibilidade de que um seja referível ao outro.

Todas estas visões sobre a personalidade repercutem, como não poderia ser diferente, sobre a idéia de nacionalidade. A personalidade vista como um dado meramente jurídico, como uma espécie de ‘concessão’ do direito, não tem qualquer essência: é como um rótulo ligado a determinados entes (humanos, inclusive), à vista do qual a nacionalidade não é senão uma decorrência elementar. Todavia, se a personalidade é relacionada necessariamente ao ser humano, então a nacionalidade irá refletir atributos do homem, e nesta perspectiva será um fenômeno bem mais complexo.

E, quando se considera a personalidade de entes não humanos, tal polaridade aflora com especial destaque. Se a personalidade é uma ‘concessão’ da ordem jurídica, é indiferente que seja atribuída a entes humanos ou não; e, neste sentido, a nacionalidade atribuída a entes não humanos levará em conta apenas este dado, que é precisamente a personalidade jurídica tomada nesta acepção formalista. O mesmo não ocorre diante de uma visão mais ‘substancial’ de personalidade: neste caso, sendo referida necessariamente ao homem, a personalidade de entes não humanos será vista distintamente: a princípio, será considerada como uma aberração jurídica; depois, como uma conveniência, um mero instrumento voltado a fins específicos; e, finalmente, como um atributo da coletividade que a compõe e dos interesses que, remontando a essa coletividade, perpassam-na.

Esta última visão, portanto, rejeita a possibilidade de uma perfeita assimilação da personalidade jurídica do homem àquela das corporações. Sob tal visão, a personalidade destes entes é meramente um instrumento que atende a conveniências – no caso das sociedades comerciais, basicamente à necessidade de separação patrimonial; ou seja, ela é um dado que remete aos homens ‘por trás’ da entidade, sejam eles seus membros, seus controladores ou seus beneficiários. Neste caso, a nacionalidade poderá refletir não apenas a personalidade formal das entidades, com que o direito as ‘rotula’, mas os traços substanciais de sua existência, que subjazem àquele ‘rótulo’. Portanto, a nacionalidade poderá ser definida em consideração ao elemento humano que tais entidades necessariamente pressupõem; ou melhor: diante deste elemento, podem ser engendradas repercussões jurídicas ligadas à idéia de nacionalidade.

## 1.2 Corporações.

Vistos o que se reputou de ‘termos elementares’ à compreensão de nacionalidade, resta agora enfocar, neste capítulo que pretende estabelecer as bases para o desenvolvimento do tema, as corporações<sup>36</sup>. Se a nacionalidade é a categoria jurídica de que se trata, as corporações são os entes que, aqui, lhe são referidos.

---

<sup>36</sup> Não poderia esta dissertação, ao menos a esta altura, “definir o sentido” deste termo – ‘corporação’. Tal definição é um desafio que arrosta permanentemente este trabalho – e que, afinal, talvez nem seja superado. Corporação é tomada aqui num sentido abstrato, designando o sujeito que exerce atividades econômicas; é este universo – o econômico – a realidade que é confrontada ao direito e que, como fato, subsume-se à incidência dos preceitos ligados à idéia de nacionalidade e suporta as repercussões a isto ligadas. A corporação corresponde à subjetivação desta realidade, ou seja, à sua consideração a partir dos sujeitos que a engendram e a cujas ações corresponde. Ressalta-se que o sentido do termo ‘corporação’, sob tal acepção, contém as noções de ‘sociedade comercial’ e ‘companhia’ (sem restringir-se, obviamente, a elas): aquela, correspondente à definição do Código Civil Brasileiro, no Título II do Livro II (neste sentido, também, será utilizada eventualmente a palavra ‘empresa’); esta, idêntica à de ‘sociedade por ações’ e, neste sentido, definida pela Lei 6404/76. Entre todos estes termos, esta dissertação se centrará no primeiro e no último – corporação e companhia: esta, uma dada pessoa jurídica; aquela, uma dada unidade econômica, que pode ou não abranger várias pessoas, e pode ou não ser, ela própria, uma pessoa jurídica. De todo modo, esclarece-se que a noção mais restrita, ‘companhia’, está contida na de ‘sociedade comercial’, que por seu turno está contida na de ‘corporação’ – cuja definição é, em si mesma, um dos desafios desta dissertação e, neste sentido, um objetivo que só poderá ser atingido ao fim de todos os seus esforços.

Mas a que, nestes entes, é ligada a nacionalidade? Cogita-se aqui de duas respostas. Primeira: à sua condição de sujeito jurídico. Segunda: à sua condição de sujeito. Naquele caso, cogita-se da personalidade das corporações; neste, da sua existência.

### **1.2.1 Personalidade das corporações.**

A consideração de que entes não humanos têm personalidade remonta à idade média<sup>37</sup>; e a de que as corporações têm personalidade jurídica, ao início do século XIX. A teoria jurídica preocupou-se, durante séculos, com a personalidade de instituições como a igreja e o estado. No início da era industrial, o foco destas teorias altera-se sensivelmente, porque são confrontadas com a existência das corporações personificadas: tais teorias, então, tiveram que reconhecer o fato de que talvez a personalidade de todos esses entes – estado, igreja, corporações – não seja um atributo que decorra necessariamente de sua essência, mas um mero instrumento cujo sentido é referi-los direta e distintamente à ordem jurídica – vale dizer, torná-los sujeitos de direito.

Provavelmente, a igreja foi o primeiro destes entes a ser considerado ‘pessoa’. Comparato (1983, p. 266) alude a este fato, acentuando que sua personalidade, segundo os teóricos de então, nada tinha de fictício. Certamente, a personificação da igreja atendia a razões bem concretas. Pode-se citar, especialmente, a necessidade de justificar sua aptidão a ter direitos – em especial a propriedade<sup>38</sup>. Mas não apenas isto: sua personalidade plasmava a idéia de que esta instituição encerrava uma unidade, uma estrutura, um corpo; a assimilação à pessoa exaltava o caráter unitário da igreja, como estrutura monolítica e hierarquicamente organizada,

---

<sup>37</sup> Convém advertir que já o direito romano antigo reconhecia que entes não humanos podiam ser sujeitos de direito (MOREIRA ALVES, 1978, p. 171-179). Entretanto, “os juristas romanos não elaboraram (como, em geral, não o faziam, por não serem dados a abstrações) uma teoria sobre a pessoa jurídica” (1978, p. 172). Também Carvalho de Mendonça (1958, p. 83), em amplo apanhado das fontes, assim entende. Tais afirmações, deve-se reconhecer, não são imunes a questionamentos. De todo modo, os propósitos desta dissertação permitem-lhe que desconsidere eventuais aportes teóricos mais remotos do que aqueles referidos.

<sup>38</sup> Este mesmo raciocínio Gierke (1950, p. 44) emprega no contexto da personificação do estado: “A right involves a ‘Subject’; a ‘Subject’ of a right is a person; and a person has personality. If there are State-rights, there must be some person, with a personality, as their ‘Subject’”.

que age segundo desígnios próprios e que se destacava num cenário caótico de ordens normativas sobrepostas<sup>39</sup>.

Com a idade moderna, os estados vão se consolidando como um poder organizado que, de certa forma, arrosta a igreja. O poder espiritual coexiste com o poder político, cada um deles regulando, teoricamente, âmbitos distintos da existência humana. Gierke (1950, p. 40-44) relata que também a personificação do poder político, tal como ocorrera em relação à igreja, começa a ser cogitada. A princípio, tal tendência dá origem à noção de dupla personalidade, diante da oposição que, no âmago do estado, dissocia as figuras de povo e governante, de *respublica* e de rei. As teorias contratualistas, que põem na origem deste poder a vontade individual, afirmam então a existência de dois contratos: um entre os homens, que estabelece a sociedade civil; outro entre estes e o soberano, que permite o governo político. Gierke (1950, p. 50) atribui esta dupla personalidade do estado aos resquícios da época medieval, em que vigorava uma visão orgânica dos grupos sociais confrontando o poder real. A visão moderna de estado deveria suprimir este dualismo, assimilando o poder político à personalidade estatal. Segundo Gierke (1950, p. 60-61), Hobbes teria dado este passo.

A personificação do estado, dotado das feições monstruosas que lhe atribui a descrição hobbesiana, importa em repercussões similares àquelas ligadas à personificação da igreja: de um lado, o estado torna-se sujeito de direito, e a própria soberania – como resta claro em Grotius (2005, p. 431-440) – um direito disponível em situações determinadas, amplamente assimilado à propriedade; de outro, o estado consolida-se como unidade estrutural, traduzido na metáfora de organismo humano dotado de dimensão intelectual e corporal, de vontade e de ação – de governo e de governados. A personalidade do estado é um dado amplamente aceito nas teorias sobre sua existência, fundadas no direito natural (GIERKE, 1950, p. 44-61). Desde as teorias medievais, a personalidade de entes não humanos – antes a igreja, depois o estado – é algo quase intuitivo: essas instituições são pensadas e organizadas à semelhança do homem, dotadas de vontade e de poder de ação.

Tudo isto, entretanto, não significa que a personalidade das corporações, especificamente, tenha sido aceita pela teoria jurídica com tanta naturalidade. Nem tampouco que

<sup>39</sup> Cf. Hespanha (2005, p. 160-166), que designa este ‘cenário caótico de ordens normativas sobrepostas’ de “pluralismo jurídico”.

a sua personificação esteja ligada às idéias que havia séculos já trespassavam, na visão dos jusnaturalistas, as noções de igreja e de estado. A personalidade das sociedades comerciais – entre as quais a sociedade anônima teria, desde logo e cada vez mais, um destaque notável – está ligada a razões predominantemente econômicas; sua personificação está menos vinculada à assimilação destas sociedades àquelas instituições, do que à necessidade bem concreta e específica de resguardar os investidores capitalistas dos riscos envolvidos no empreendimento. Em suma: o fato de que as sociedades comerciais tenham passado a ser consideradas pessoas está menos ligado a uma necessidade teórica de reconhecer tal condição jurídica, do que à necessidade concreta de criar condições propícias ao capitalismo industrial, com que floresceram.

Não por acaso, as teorias que passaram a tratar da personalidade de entes não humanos agarraram-se à premissa de que se tratava de uma ficção jurídica, um artificialismo com que se alcançavam certas finalidades e se atendia a certas conveniências (PONTES DE MIRANDA, 1983a, p. 315-317). Os teóricos que descreviam o fenômeno como uma ‘ficção’ não viam senão o homem – referência necessária da norma de direito – por trás desse mero instrumento de técnica jurídica a que os tais ‘entes’ eram reduzidos. As teorias em torno da personalidade destes entes, entretanto, seguiriam os mais diversos rumos desde que, no florescer da era industrial, as corporações passaram a multiplicar-se em número, proporção e poder. A discussão já não tratava apenas de instituições como o estado e a igreja, cuja personificação remontava a construções seculares, ligadas a outros inúmeros aspectos; agora, as teorias sobre a personalidade de entes não humanos deveriam incorporar a existência variada e pulverizada das sociedades comerciais, que os civilistas teriam que assimilar àquelas instituições – todas sob a mesma condição de ‘sujeitos de direito’. O aporte jusnaturalista, desde a época medieval, tinha construído teorias, por assim dizer, ‘essencialistas’<sup>40</sup> sobre a personalidade destes entes, justamente porque se debruçavam sobre a igreja e o estado, cuja origem e existência eram vistas como algo sagrado, sublime, imperscrutável. Estas instituições não têm finalidades específicas, determinadas, facilmente compreensíveis; não têm origem definida, que remonte a fatos concretos e conhecidos; não têm expressão social de traços puramente concretos e inequívocos. São, portanto, objeto do conhecimento abstrato, especulativo, que investiga sua natureza e seus fundamentos a partir da razão – atitude, aliás, típica dos jusnaturalistas. As teorias sobre a personalidade destas instituições refletiam, portanto, toda a complexidade e a imperscrutabilidade

---

<sup>40</sup> O termo é usado, em acepção similar, por Comparato (1983, p. 258).

deste objeto. Quando a teoria jurídica passou a assimilá-las às corporações – agrupando-as todas sob a definição comum de entes não humanos personificados e sob a condição comum de sujeitos de direito – era preciso alcançar uma noção de personalidade que abarcasse todas elas: uma noção, portanto, mais instrumental e menos ‘essencialista’; e justamente porque este caráter instrumental da personalidade das sociedades comerciais era tão saliente, diante dos evidentes motivos concretos a justificá-la, a personificação de entes não humanos passou a ser vista como mera construção da técnica jurídica, como uma simples ficção, ainda que conveniente; mais ainda: porque as sociedades comerciais guardassem um contraste tão marcante com aquelas instituições, a tendência a afirmar o caráter fictício desta personificação foi tão marcante: uma vez forçados a agruparem umas e outras sob a mesma noção de sujeitos de direito, os juristas compreenderam como a idéia de personalidade poderia ser esgarçada a tal ponto que, abrigando realidades tão diversas, não seria mais que um mero artifício jurídico.

Entretanto, como se disse, as teorias sobre a personalidade jurídica de entes não humanos seguiriam caminhos variados a partir do surgimento deste novo contexto, em que as sociedades sempre exerceram – de forma espantosamente progressiva – um papel fundamental. Tais teorias partem, invariavelmente, de cogitações ontológicas: questionam se é possível afirmar a existência de entes não humanos como ‘seres’ que ‘coexistem’ com o homem no meio social; questionam se tal existência não pressupõe a do indivíduo, sendo apenas um instrumento ligado às finalidades e aos interesses deste; questionam, enfim, se é possível colocar esses entes e os indivíduos num mesmo plano ontológico, como atores de um mesmo contexto. Diante das respostas que dão a tais questões, estas teorias poderiam ser divididas em três grupos: as que afirmam a realidade efetiva destes entes, ligando a isto sua personalidade; as que negam tal realidade e, como as teorias que supunham fictícia a personalidade destes entes, entendem que sua personificação é mera expressão de técnica jurídica; ou as que simplesmente negam a existência da personalidade jurídica, supondo que todo sujeito de direito, humano ou não, está obrigado perante a ordem jurídica a observar os deveres prescritos e que, não havendo senão estes deveres, a personalidade é somente um “centro de imputação normativa”<sup>41</sup> – a que se chama, metonimicamente, ‘pessoa’. Estes três aportes teóricos, como se vê, diferenciam-se pela forma como relacionam o ente personificado ao homem: o primeiro não reconhece a primazia deste último, supondo a existência factual e efetiva desse ente, suficiente em si mesma e

---

<sup>41</sup> Expressão de Comparato (1983, p. 266).

equivalente, no plano ontológico, à do homem; o segundo supõe o homem como substrato do ente, negando a assimilação absoluta de um ao outro; finalmente, o terceiro equipara o homem e o ente, justamente por desconsiderar sua personalidade e por tratar, ambos, como sujeitos a que se atribuem deveres jurídicos.

As teorias sobre a personificação de entes não humanos, remontando à idade média, sofreram o influxo do que se convencionou chamar de filosofia do sujeito. Com Descartes, a consciência individual torna-se a condição de todo o conhecimento e, como tal, a única realidade que o próprio conhecimento não pode questionar (ZAMBRANO, 1947, p. 27). O indivíduo passa a ser a idéia nuclear de todas ‘visões de mundo’, especialmente da filosofia e das teorias políticas e jurídicas. Toda a construção teórica medieval em torno da personalidade – que, como já visto, tomava-a como algo substancial, existente em si – é confrontada a esta visão cartesiana: sendo algo de substancial, a personalidade fora um atributo tanto dos homens quanto das instituições, já que ambos traziam em si esta ‘essência’; entretanto, a partir do momento em que a personalidade passa a ser considerada como um atributo ligado à consciência, as teorias que cogitavam da personificação dessas instituições deparam-se, por assim dizer, com uma ‘primeira dificuldade histórica’. Além disso, se por um lado foi acentuado, de Descartes a Kant, o que se convencionou chamar de ‘subjetivismo’ (HABERMAS, 2000, p. 25-27), por outro lado deu-se o aparecimento ‘epidêmico’ das sociedades comerciais na idade contemporânea, no contexto da chamada ‘era industrial’. Diante disso, as teorias sobre a personificação dos entes não humanos arrostam uma ‘segunda dificuldade histórica’: ao se atribuir personalidade jurídica às sociedades comerciais, percebe-se que a própria personalidade, em si, é um instrumento voltado a finalidades específicas, concretas: não é mais um atributo ligado a uma substância essencial ou à consciência individual, mas mera categoria jurídica. Disto resultaram as teorias sobre a ficção da personalidade jurídica de entes não humanos, que acentuavam este seu caráter meramente formal. É neste contexto histórico, aliás, que a expressão ‘pessoa jurídica’ é criada<sup>42</sup>; melhor dizendo: aí se dá a distinção entre pessoas físicas e jurídicas. Com a filosofia cartesiana, esta distinção já se esboçara; antes disto, provavelmente não: a personalidade era algo de substancial, não necessariamente ligado à individualidade; e finalmente, quando a personalidade passa a ser atributo das sociedades comerciais e passa a ser vista como mero instrumento necessário à suas

---

<sup>42</sup> Pontes de Miranda (1983a, p. 284): “A expressão ‘pessoa jurídica’ vem do começo do século passado (A. HEISE, 1807). Substituiu outros, como ‘pessoa mística’ e ‘pessoa moral’. Empregou-a F. VON SAVIGNY, o que lhe deu o prestígio que se seguiu”.

finalidades, tal distinção torna-se nítida como nunca. A idéia de ficção, por tudo isso, seria recorrente nas teorias que primeiro consideraram tal contexto.

Mas tais teorias deram ensejo a uma reação. No século XIX, o desenvolvimento espantoso das ciências mitigou o subjetivismo que, no auge do romantismo, tomara proporções delirantes e que, agora, cedia espaço ao conhecimento empírico: o sujeito cognoscente emerge das profundezas do ‘eu’ para debruçar-se sobre a realidade circundante, sobre os fatos, a natureza, o mundo. Esta atitude se refletiria na teoria jurídica: o direito torna-se ‘fato social’ e sua realidade não é mais assimilada a uma mera criação do intelecto humano, mas às necessidades determinadas pelo convívio em sociedade<sup>43</sup>. Sob esta perspectiva, torna-se difícil fundar o direito sobre uma perspectiva individualista: Hauriou afirmaria, pouco após a virada do século, que as teorias contratualistas estavam definitivamente superadas<sup>44</sup>; o direito não se funda na vontade do sujeito, mas na necessidade social; não são mais os direitos subjetivos o pressuposto da ordem jurídica, mas sim o oposto: esta é condição à existência daqueles.

Esta visão positivista<sup>45</sup> decerto se refletiria nas teorias sobre a personalidade dos entes não humanos. Tais entes são descritos, sob tal visão, como realidades dadas, objetivas, existentes em si. No meio social, coexistem lado a lado com os homens, como entes de existência ‘equivalente’ – distintos por sua natureza, mas iguais por sua condição de atores no espaço da existência humana. Se o direito objetivo, positivo, formal se converteu, para usar a expressão de Hauriou, no “suporte de toda a existência jurídica” (1968, p. 35), então estes entes, sendo referidos ao direito, têm mesmo existência jurídica tão ‘real’ quanto a dos homens.

Na verdade, o positivismo diminuiu a importância da consciência individual como elemento fundamental à formação e à duração do que Hauriou descreve como

<sup>43</sup> Koskenniemi (2005, p. 268), referindo-se especialmente à literatura jurídica francesa de fins do século XIX e começo do século XX, observa que “[f]or them, the State becomes an ephemeral, almost transparent form, at best an instrument or a ‘function’ – sometimes a metaphor – for the actions of the social collectivity that encompass all aspects of the lives of individuals”.

<sup>44</sup> “*Coactus volui, sed volui*” (1968, p. 31).

<sup>45</sup> O termo ‘positivista’, aqui, é intencional: segundo Ross (1969, p. 13), é precisamente esta a ótica positivista, que vê o direito como realidade social. Desta ótica decorrerá tanto as teorias formalistas, como a de Kelsen, que cingem o direito àquele de fonte estatal (Ross (1969, p. 27-29) chama-as de “quase positivistas”), quanto as já citadas teorias ‘realistas’, que trazem para o interior do universo jurídico todas as ordens normativas objetivamente vinculantes.

instituições<sup>46</sup>. Estas só perduram no meio social porque são ligadas a idéias ‘subconscientes’<sup>47</sup>, que trespassam as mentes dos membros de um dado grupo. Por lhes dar este lastro subconsciente, o positivismo impede que sejam vistas como mero produto da criação humana; sendo ligadas a manifestações inconscientes e coletivas, tornam-se reais: deixam de ser meros produtos da razão abstrata, tornando-se ao revés objetos do conhecimento empírico, científico. Aquilo que Hauriou chamou de ‘instituições’, sob tal perspectiva, passa a ter existência factual: se não é mera representação da consciência, é fato; e sendo um fato que não pode ser considerado senão coletivamente, é um fato social. Neste sentido, a personalidade de entes não humanos não pode ser vista apenas como um produto de ficção; é antes um atributo de um ente real, que tem nesta realidade sua razão e sua necessidade.

O positivismo, entretanto, não permitiria apenas o aparecimento destas teorias ‘realistas’, como a de Hauriou; a mesma abordagem empírica a que submeteu o direito deu ensejo a teorias paradoxalmente opostas a essas – teorias que não apenas desconsideram a existência desses entes não humanos personificados, mas que negam a própria existência da personalidade jurídica. São as chamadas teorias ‘ultra-objetivistas’ (COMPARATO, 1983, p. 264), que compreendem o direito como ordem normativa cujo sentido é atribuir aos sujeitos deveres jurídicos. A partir deste pressuposto, negam que a ciência jurídica possa afirmar a existência da personalidade jurídica, tanto quanto a de direitos subjetivos; estes não são mais do que o resultado dos deveres atribuídos a todos os outros, que são obrigados a se comportar de certa forma em relação ao pretense titular do direito subjetivo (KELSEN, 1974, p. 186); e aquela não é senão o complexo dos deveres jurídicos, ligados a uma unidade básica a que se costuma chamar ‘pessoa’ (KELSEN, 1974, p. 243).

Esta corrente ultra-objetivista, portanto, permanece indiferente à efetiva existência dos entes não humanos. Restringe-se a investigar sua relação com o direito formal, questionando basicamente sua condição de sujeito de direito. Neste sentido, paradoxalmente, chega a um resultado próximo daquele alcançado pelas teorias realistas, antes mencionadas:

<sup>46</sup> Por mais que se evitasse, a expressão foi enfim utilizada, nesta frase, na acepção que lhe confere Hauriou (1968, p. 39-40): idéia que se realiza e dura juridicamente no meio social, que pressupõe um poder organizado e manifestações de comunhão pelo grupo social interessado. Sob tal definição, o autor inclui desde o estado até a norma de direito, sem excluir, entre estes dois extremos, todo o tipo de ente associativo.

<sup>47</sup> Hauriou (1968, p. 32): “si se va hasta el fondo de las cosas, las situaciones jurídicas que parecen mantenerse por sí solas están, en realidad, ligadas a ideas que persisten de una manera subconsciente en los espíritus de un número indeterminado de individuos”.

ambas fazem equivaler, perante o direito, as chamadas pessoas físicas e jurídicas; ambas restam por reconhecer umas e outras, sem qualquer distinção juridicamente relevante, como sujeitos de direito.

Confrontando esta posição, surgem então as teorias que voltam a ressaltar o caráter ‘instrumental’ da personalidade jurídica de entes não humanos. Elas combatem a visão formalista que se julga indiferente à distinção entre as noções de pessoa física e jurídica, assim como a visão realista que supõe a personalidade como um atributo necessário de entes não humanos. Contestam, em suma, a idéia de uma perfeita assimilação da personalidade dos homens àquela atribuída a entes não humanos.

Este novo aporte teórico não deixa de assinalar um retorno às teorias do começo do século XIX sobre a personalidade jurídica, que ressaltavam seu caráter fictício. Não que este ‘aporte’ reafirme tal caráter; mas vê a personificação de entes não humanos como uma expressão de técnica jurídica, que atende a finalidades específicas: vê, enfim, que à base desta personificação estão unicamente os interesses dos homens. Afinal, como disse Comparato (1983, p. 267), “não existem em direito interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens”.

Como representante deste novo aporte teórico, tão crítico em relação àqueles antes referidos, destaca-se Túlio Ascarelli. Analisando as sociedades anônimas, afirma que sua existência tem fundamento num acordo de vontades, plasmado no que chama de contrato plurilateral (1969, p. 255-312). Com isso, afasta a tese institucionalista que explicava a permanência das instituições em dado meio social diante das idéias inconscientes que o permeassem. Fundada na manifestação de vontade individual consciente – que, afinal, é pressuposto do contrato – a sociedade anônima é expressão dos interesses de seus membros – e jamais algo que os exceda. Sua personalidade, portanto, é reflexo desta sua finalidade, mero instrumento de técnica jurídica voltado aos objetivos que determinaram a existência da corporação.

Ascarelli (1969, p. 322) ressalta tal circunstância com especial ênfase:

“Com efeito, a possibilidade de criar um patrimônio ‘separado’ contrasta com o princípio fundamental de dever, em princípio, cada sujeito responder, com todo o seu

patrimônio, por suas dívidas; de deverem, portanto, vários sujeitos, que operem em conjunto, responder, todos e com todo o seu patrimônio, pelas dívidas contraídas na sua gestão coletiva.

É justamente por isso que, na sua origem histórica, a responsabilidade limitada dos sócios de uma companhia decorre de princípios excepcionais e se apresenta como um ‘privilegio’, que, por isso, pode ser baseado tão-somente num ato legislativo especial, que derroge o direito comum.

De outro lado, já lembramos, a função econômica da sociedade anônima não pode ser preenchida, a não ser se reconhecida a responsabilidade limitada dos sócios; a difusão das sociedades anônimas prendeu-se, justamente, ao reconhecimento da possibilidade de constituir uma sociedade anônima, independentemente de um ato legislativo especial em cada caso concreto, em consequência da generalização, no século XIX, das exigências econômicas decorrentes da revolução industrial”.

A partir desta visão, é possível tratar das corporações como entes fundados na expressão das vontades individuais, que confluem no contrato plurilateral que as constitui. Sendo fundada na vontade consciente dos indivíduos, a corporação passa a ser vista, em si mesma, como instrumento destas vontades – vale dizer, como meio de realização dos interesses daqueles que as manifestam. Este contrato plurilateral, mais do que um ato para a constituição formal da corporação, passa a ser visto como uma noção abstrata, cujas manifestações concretas não podem ser esgotadas *a priori*. Esta noção deve observar, inclusive, o dinamismo típico da existência corporativa, já que os interesses à base da corporação são cambiantes e nem sempre evidentes. Tal abordagem permite que se considere não apenas os interesses dos acionistas, que evidentemente se alteram ao longo da existência da corporação, mas também os de seus controladores. Mais ainda: esta abordagem permite discerni-los, para confrontar os interesses de uns e outros e assim identificar formas de exercício de ‘poder’ no âmago da corporações.

Em suma: o contrato plurilateral a que se refere Ascarelli é um acordo de vontades que se renova constantemente, seja porque se alteram aqueles que as manifestam, seja porque mudam as vontades manifestadas. Trata-se de uma categoria abstrata que resume, na forma de um acordo de vontades conscientes, todos os possíveis cenários que o dinamismo tão característico das sociedades anônimas é capaz de engendrar. Este ‘acordo’ determina não só a criação, mas a atuação das companhias; e justamente porque é necessário ligar as vontades que confluem neste acordo a interesses específicos, estes interesses tornam-se juridicamente cogitáveis.

Ao afirmar que tal contrato é o fundamento da corporação, Ascarelli ressalta o caráter instrumental de sua personalidade, que se presta aos interesses que determinam sua existência, sua atuação e seus fins. Ao homem é referido a tudo isto – existência, atuação e fins da companhia. Sua vontade consciente é o elemento que a constitui e que, em cada instante, justifica sua duração, seu ser no tempo. O homem e seus interesses explicam as companhias; sua personalidade apenas separa os patrimônios, juridicamente considerados, de uns e outros – tudo porque, para o bem da economia, convém que ambos, as companhias e os homens, sejam considerados pelo direito como sujeitos distintos. Para Ascarelli, as companhias não podem ter sua existência equiparada à dos homens, pois esta pressupõe – mais do que isso, expressa – os interesses destes últimos.

Portanto, Ascarelli contesta aquelas visões que, ligadas ao positivismo, ressaltavam a perfeita equivalência, perante o direito, entre pessoas ‘físicas’ e ‘jurídicas’ (COMPARATO, 1983, p. 267-275). Tais visões se negavam a distinguir a personalidade dos homens daquela dos entes não humanos: uma, por supor a efetiva realidade destes entes; outra, por desconsiderar ambos – homens e entes não humanos – como alvos da investigação jurídica, relegando-os em prol da noção de sujeito de direito. Ascarelli traz de volta o homem ao centro do problema; e permite, assim, que todas as questões relativas às corporações – a nacionalidade, inclusive – sejam-lhe referidas; mais ainda: ele isola a personalidade como uma espécie de membrana a separá-los da corporação; e inclui, no espaço delimitado por tal membrana, os interesses destes homens, a cuja realização a companhia se presta.

Fundamentalmente, é isto o que deve ser ressaltado da visão de Ascarelli: se a personalidade jurídica da corporação é mera técnica jurídica de separação patrimonial, então este dado não esgota todos os aspectos de sua existência. Considerando-se o tema desta dissertação, convém cogitar se a atribuição da nacionalidade deve considerar apenas este dado – a personalidade – ou, ao contrário, deve supor todos aqueles outros aspectos ligados à sua existência. Tal questionamento trespassa esta dissertação; e esta última hipótese, ao supor que a idéia de nacionalidade das corporações possa não se limitar à consideração de sua personalidade, não pode ser ignorada.

### 1.2.2 A existência das corporações.

Ao supor um contrato plurilateral como fundamento da existência das corporações, Ascarelli suscita uma questão fundamental: então sua existência reflete apenas a vontade humana? Ou, ao contrário, as corporações expressam idéias irreduzíveis àquela vontade?

A vontade, como pressuposto dos contratos, remonta à consciência individual. Ela deve expressar a ‘decisão’ de um sujeito supostamente capaz de tomá-la; e esta ‘capacidade’, em última instância, só pode remeter à consciência: somente o sujeito consciente é capaz de projetar as conseqüências de seus atos e, desta forma, tomar a decisão de praticá-lo. Sem a consciência, a ação não passa de um impulso; e, neste caso, não há ‘decisão’, pois o sujeito apenas age, sem considerar sequer a possibilidade de não agir. A vontade, sendo expressão de uma decisão interior do sujeito, está ligada à capacidade de projetar alternativas ao que foi decidido, pela elementar razão de que toda decisão consiste na eleição de uma dentre várias alternativas consideradas.

O caráter ‘consciente’ da vontade, neste sentido, é enfaticamente afirmado nas leis civis: são nulos os atos praticados por quem não tem, segundo presunção legal, capacidade de compreender os motivos, o conteúdo e os efeitos das próprias ações; são anuláveis os atos resultantes de vícios na manifestação da vontade, diante de erro, dolo e coação<sup>48</sup>; e a intenção das partes, enfim, é o dado essencial a ser considerado na interpretação dos atos jurídicos, conforme assinala o art. 112 do CC. Nas teorias dos contratos e dos atos jurídicos em geral, a vontade consciente e individual é elemento essencial, que lhes dá origem e fundamento; o que significa dizer que os contratos e atos jurídicos em geral são sempre criações do intelecto, manifestações da vontade humana a que o direito atribui efeitos e que não podem, portanto, ser cogitados sem referência a esse elemento – a vontade individual e consciente.

Cumprе ressaltar, neste sentido, as vastas repercussões ligadas à teoria de Ascarelli sobre as corporações, ao supô-las expressão de um contrato plurilateral. Foram mencionadas no capítulo anterior as visões positivistas sobre a personalidade das corporações; ali

---

<sup>48</sup> Sobre as hipóteses de nulidade a anulabilidade dos atos jurídicos, no Brasil, ver respectivamente os artigos 166-167 e 171 do CC.

se referiu à visão dita ‘realista’, que supunha a existência efetiva das instituições<sup>49</sup>, ontologicamente equiparadas ao homem. Esta visão, ao supor o direito como ‘fato social’, refere todos os objetos de sua investigação à sociedade; cada um destes objetos é considerado neste contexto fundamental, básico, no qual todo conhecimento é projetado; justamente por isso, o positivismo refere-se a si mesmo como um conhecimento empírico, já que a sociedade, sobre a qual se debruça, é uma realidade dada, factual – numa palavra, objetiva. O positivismo, portanto, põe o homem e a corporação sobre um mesmo plano, o meio social, no qual ambos ostentam a mesma condição de sujeitos.

Nesta visão dita ‘realista’, foi ressaltada a tese de Hauriou sobre as ‘idéias inconscientes’ à base das instituições, que seriam responsáveis pela duração destas instituições no tempo. Justamente por salientar o fundamento inconsciente das instituições – entre as quais, lembre-se, incluem-se as corporações – ele nega que sejam mera expressão da vontade consciente do homem. O abismo entre as duas visões – a de Hauriou e a de Ascarelli – é evidente. Naquele, a existência das corporações está ligada a razões alheias à consciência humana; neste, tal possibilidade é enfaticamente negada. Esta diferença básica entre tais visões tem repercussões vastíssimas – em especial na forma como se vê o objeto do conhecimento jurídico. Se este objeto tem, em si, elementos inconscientes e irracionais que lhe dão sustentação, então o sujeito cognoscente passa a tomar tais elementos como realidade dada, puro fenômeno cuja existência não pode ser explicada, mas tão-só reconhecida, revelada; ao contrário, se a existência deste objeto é fundada na vontade consciente, tudo nele expressa o conteúdo desta vontade, pois tudo atende aos fins a que tal vontade se dirige. Este é o cerne do problema: a vontade consciente dirige-se necessariamente a fins, pois uma ação humana sem qualquer finalidade não pode ser consciente. A ação consciente supõe finalidade, já que o homem não pode estar indiferente aos efeitos de suas ações, justamente porque é livre para realizá-las. A consciência dá ao homem a capacidade – mais do que isso, a obrigação – de projetar os efeitos de seus atos; a liberdade do homem é a própria possibilidade de eleger suas ações, justamente porque é capaz de compreender as inúmeras ações possíveis e projetar as conseqüências ligadas a cada uma. Portanto, na ação consciente do homem estão implícitos seus fins: se age considerando as conseqüências de seu ato, ele o faz com vistas a determinada finalidade. Quando Hauriou supõe idéias inconscientes à base das instituições – que, em sua concepção, compreendem não apenas os entes humanos

---

<sup>49</sup> Sobre a acepção do termo segundo as citadas teorias, especialmente em Hauriou, ver seção anterior.

personalizados, mas todo e qualquer fenômeno jurídico objetivo, incluindo a norma<sup>50</sup> – assume que tais instituições, e o próprio direito em si, tenham origem e fundamento em fenômenos inacessíveis à consciência; ao assumi-lo, não apenas impede que sejam vistos como pura expressão da vontade consciente, mas lhes dá existência autônoma em relação a esta vontade: se não são pura expressão desta vontade, são inteiramente independentes dela, pois a mera possibilidade de que sejam diversos, ainda que parcialmente, faz com que sejam ontologicamente distintos – e portanto reciprocamente autônomos. Diante disso, Hauriou contesta a visão de que tais instituições sirvam apenas às finalidades dos seus membros; estes, os membros, são agora um ‘grupo social’ dotado de idéias inconscientes e comuns em torno da instituição e dos propósitos que ela busca. Neste sentido, estas instituições têm ações e finalidades próprias, que não se confundem necessariamente com as daqueles que as formam. O rasgo de inconsciência posto entre a instituição e seus membros resta por dar-lhe autonomia; sua existência não pode mais ser explicada a partir dos fins individuais que confluíram para sua formação; graças a um fenômeno insondável, a instituição nasce como um ser distinto, parido de uma ‘idéia’ atribuída a seus membros: separados pelo espaço vago do inconsciente, uma e outros separam-se no fluxo convulso da realidade social.

Claro que à base destas teorias ‘realistas’ está toda a crítica que foi dirigida à filosofia da subjetividade<sup>51</sup>. O positivismo anunciou um terceiro estágio da evolução humana: depois dos estados religioso e metafísico, a humanidade viveria o estado científico. A investigação científica volta-se àquilo que é suscetível de observação empírica: aí está a realidade – e todo o conhecimento é referido a ela. Esta postura científica opõe-se frontalmente ao subjetivismo, segundo o qual todo o universo tem uma realidade mediata, já que não pode ser apreendido senão como representação do sujeito. O sujeito é o homem – ou, mais precisamente, sua consciência – e esta é o fundamento de todo o conhecimento. Esta visão centrada no sujeito iria redundar, mesmo no universo jurídico, num individualismo: tudo seria referido ao sujeito – e a própria existência do direito objetivo, segundo apontariam as teorias contratualistas, pressuporia o concurso da vontade individual. No século XIX, esta visão entra em crise (HAURIOU, 1968, p. 31). O conhecimento empírico volta-se à realidade exterior à consciência humana – e desde então

<sup>50</sup> Hauriou (1968, p. 31) abre seu ensaio intitulado “La teoría de la Institución y de la Fundación (ensayo de vitalismo social)” com a seguinte sentença: “Las instituciones representan en el derecho, como en la historia, la categoría de la duración, de la continuidad y de lo real; la operación de su fundación constituye el fundamento jurídico de la sociedad y del Estado”.

<sup>51</sup> Quanto ao tema, Habermas (2000, p. 24-63).

a devassa. Tal postura não se limita aos objetos de existência física; a ‘ciência’ passa a investigar o homem e ali, em seu interior e em seu entorno, também descobre ‘realidades objetivas’: a sociedade, o direito, a economia, a psique. Tais realidades, tendo existência em si, não podiam se fundar na consciência humana. Mais: esta não pode ser a explicação de todos os fenômenos ‘humanos’: os fatos sociais respondem a forças irracionais e inconscientes que, embora ligadas a fatores insondáveis, são reais. O próprio direito é exemplo disto: sua expressão real não pode ser considerada como pura expressão da vontade humana consciente. Sua existência é irreduzível a finalidades determinadas. Sua realidade é a contingência de fatores que de modo algum se restringem à consciência individual.

Este enfoque objetivista teve, possivelmente, o mérito de perceber o quanto há de pretensioso na visão subjetivista de mundo. Assumiu que muito do que se passa no contexto do convívio humano está ligado a fatores alheios à consciência individual; e denunciou o subjetivismo por mascarar estes fatores sob explicações abstratas. As “teorias contratualistas”, por exemplo, teriam escondido as relações de poder existentes na base do poder político; a “fé” na autonomia da vontade e na liberdade individual teria impedido que se visse o quanto as iniqüidades do mundo real coagem aquela vontade e limitam essa liberdade. A crítica ao subjetivismo ousou desmascarar, enfim, a pretensa racionalidade imperturbável dos fundamentos das ordens jurídica e social. Tais méritos podem, talvez, ser aqui reconhecidos. Todavia, este objetivismo restou por exceder-se; e as teorias objetivistas sobre as corporações, parece, são exemplos disto.

Neste contexto, ressaltam as teorias sobre a existência das companhias. Segundo se costuma afirmar, estas têm seu modelo de constituição herdado das grandes companhias colonizadoras européias, tão relevantes no contexto econômico da idade moderna (VALVERDE, 1953, p. 10-12). Tal afirmação, no entanto, deve ser vista com reservas. É verdade que havia traços característicos daquelas sociedades nessas companhias, sobretudo a divisão do capital em ações e a responsabilidade limitada dos sócios (ASCARELLI, 1969, p. 312). Mas há diferenças fundamentais, que afastam toda a funcionalidade da assimilação de uma à outra. As companhias colonizadoras eram vinculadas ao estado: sua fundação pressupunha um ato estatal, formalizado no que Ascarelli (1969, p. 315) reputa “‘carta’ da autoridade pública”; sua atuação dava-se por meio de privilégios, não raro de monopólios, sempre ligada aos estados; e sobretudo:

seus fins não podiam ser resumidos na expectativa de lucro, mas eram antes um instrumento de conquista colonial e de difusão dos valores – religiosos, em especial – às novas áreas conquistadas<sup>52</sup>.

A difusão das companhias está ligada a eventos históricos bastante concretos: fundamentalmente, à industrialização. Os empreendimentos industriais sempre necessitaram, desde o nascedouro, de algo básico: investimento. Tal necessidade deve ter sido especialmente notável no início da era industrial; isto porque a indústria era um ator econômico distinto, já que demandava intensa tecnologia, numerosos trabalhadores e abundantes insumos – além de vastas instalações e amplos esquemas de distribuição ao varejo. Tudo isto era rigorosamente novo naquele contexto: até então, o comércio e as atividades extrativistas dominavam o cenário econômico; e o desempenho destas atividades não pressupunha grandes aportes de capital. Desde o início as indústrias destacaram-se por seu porte econômico; e desde sempre, portanto, demandaram investimentos que poucos poderiam ter suportado. Mais ainda: todos estes investimentos traduziam-se num risco evidente, já que o retorno estava condicionado ao lucro que, esperava-se, a companhia pudesse gerar. Enfim, a atuação econômica das indústrias sempre esteve relacionada a dois fatores essenciais: investimentos e riscos. Desde sempre foi necessário incentivar os primeiros, justamente por afastar – ou mitigar – os segundos. Esta necessidade, precisamente, determinou a difusão – senão o próprio aparecimento – das sociedades por ações (ASCARELLI, 1969, p. 313-322).

A companhia foi elaborada como um instrumento propício a lidar com tais necessidades. Justamente por isso, seus traços distintivos têm justamente este sentido: limitar os riscos e mobilizar vasto número de investidores. Para este último objetivo, criou-se a possibilidade de subscrever o capital mediante títulos de fácil circulação. Para aquele outro, foi-lhe atribuída personalidade jurídica. A personalidade jurídica das companhias permitiu a distinção dos patrimônios da sociedade e dos acionistas e, deste modo, que sua responsabilidade pelas dívidas sociais fosse limitada. Dizendo de outro modo: com a personificação da companhia,

---

<sup>52</sup> Expressiva, neste sentido, a observação de Câmara Cascudo (1956, p. 15): “O sonhador da Companhia [refere-se à Geotroyerd Westindische Companie, ou simplesmente a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais], o letrado que delinear o plano, Willem Usselinx, não sonhara uma organização técnica de esbulho e violência, mas uma associação de comércio com intuítos evangélicos e financeiros, ensinando a Bíblia, afastando o ‘papista’, estabelecendo entrepostos, armazéns de recebimento para as curiosidades locais e açúcar, pau brasil, resinas, tabaco, couros, etc., transportada a carga por um sistema regular de navegação, aproveitando as monções certas”.

esta se torna sujeito de direito e portanto responsável por suas obrigações; ao acionista resta, no máximo, o risco de perder o investimento realizado na subscrição: o patrimônio da companhia, não o seu, responderá pelo eventual fracasso do empreendimento<sup>53</sup>.

No entanto, como Ascarelli (1969, p. 322) salienta, a responsabilidade limitada é algo excepcional: normal seria os diversos sujeitos – que, juntos, formam a sociedade – responderem pelas dívidas de seu empreendimento comum. A personificação destas sociedades, como já se disse, é mero instrumento jurídico com vistas a dar forma àquela ‘exceção’. Segundo a visão de Ascarelli, portanto, são os homens ‘por trás’ da companhia quem, agindo em conjunto, são os verdadeiros atores econômicos.

O homem, portanto, é o ponto fundamental a se considerar, quando se trata da existência das corporações. Aliás, a consideração do homem é fundamental em relação a qualquer ente a que se atribua personalidade. Entretanto, especialmente quanto às corporações esta premissa é evidente. Ao contrário do estado, por exemplo, as corporações têm origens e finalidades concretas; sua personalidade atende a razões evidentes; seu caráter instrumental, no sentido de que é uma organização destinada a distribuir lucros, é elementar. É também possível, em tese, remeter o estado ao homem, vendo-se neste a razão da existência daquele; o estado não existe por si mesmo, mas reflete e atende anseios humanos. Todavia, é problemático sustentar que a confluência das vontades conscientes dos homens explica a existência do estado; ou, o que seria ainda mais duvidoso, demonstrar que sua origem decorra daquela vontade – até porque tal origem pode ser apenas especulada. Tais dificuldades, entretanto, não existem em relação às companhias: sua constituição decorre da manifestação expressa de vontades individuais que, por necessidade jurídica, são conscientes; sua existência no tempo liga-se permanentemente àquelas vontades, na medida em que retrata os desígnios de seus acionistas, administradores ou controladores; e suas finalidades são necessariamente as desses homens, já que a sociedade não é senão um instrumento para a realização dos fins que determinaram sua constituição e continuam a justificar sua existência. As corporações, enfim, têm caráter instrumental: são um meio de realizar interesses humanos. Esta, basicamente, é a premissa a que remonta a teoria de Ascarelli; e desta premissa decorre toda a crítica àquelas teorias ditas ‘realistas’, que sustentavam a

<sup>53</sup> Ascarelli (1969, p. 319): “Realmente, à vista de não ser responsável pelas dívidas sociais, mas apenas da integralização da ação, o acionista arrisca, na pior das hipóteses, de perder o que deu ou prometeu dar à sociedade, ao passo que o risco do sócio de responsabilidade ilimitada é ‘ilimitado’”.

existência factual e efetiva das corporações, como entes distintos mas ontologicamente equiparados ao homem.

Com a teoria do contrato plurilateral, enfim, Ascarelli assinala um retorno ao subjetivismo que, sobretudo com os positivistas, tinha sido amplamente contestado. O indivíduo volta a ser a base de toda existência jurídica; sua liberdade e suas ações, a fonte e a medida de todas as abstrações que, permeando o convívio humano, foram supostas como naturais, reais, objetivas; e sua consciência, enfim, a portadora de todas as idéias e todas as finalidades. O homem volta ao centro do universo jurídico; as estruturas abstratas, que flutuavam por si mesmas, desabam sobre o solo duro desta realidade – o homem. Tudo existe em função dele, tudo lhe é referido, tudo é fruto de sua ação e, portanto, objeto de sua responsabilidade. Eis o ponto: toda idéia, toda abstração – tudo, enfim, o que o homem é capaz de pensar – tudo isto é a sua consciência; por isso, todo o fenômeno jurídico deve-lhe ser atribuído – e todas as suas conseqüências devem-lhe ser imputadas.

### **1.2.3 Corporações e pontos de referência para a atribuição da nacionalidade.**

A pessoa, já se disse, é o elemento nuclear a ser considerado no exame da nacionalidade. A personalidade é o suporte a que se liga a nacionalidade; esta, portanto, é um atributo daquela. Donde a conclusão, amplamente aceita pela teoria tradicional: se as corporações têm personalidade, a isto se liga sua nacionalidade.

Os termos desta relação, portanto, são claros: nacionalidade e personalidade – aquela é determinada a partir desta, à vista de elementos a esta ligados. Menos evidente é o conteúdo – e não apenas o conteúdo jurídico – de cada um destes termos. E ao se descer à complexidade inevitável de um e outro, para só então examinar aquela relação que os vincula, então esta relação, em si mesma, passa a ter contornos cada vez mais vagos.

Personalidade é o termo que designa a condição de sujeito de direito; neste sentido, pressupõe a ordem jurídica, a que necessariamente é referida. Este, precisamente, é o

enfoque das teorias objetivistas<sup>54</sup>: supõe-se o direito objetivo como realidade precípua, elementar; este direito contém regras, que incidem sobre os fatos, dando origem a efeitos jurídicos; tais efeitos são direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções. Neste esquema, a personalidade é mero efeito da incidência da regra de direito sobre um dado fato, que pode ser o nascimento do homem, o registro público da corporação, ou qualquer outro previsto nas normas jurídicas<sup>55</sup>.

Neste último sentido, personalidade é noção que pressupõe a ordem jurídica; ou seja: não tem existência *a priori*, mas é resultado da referência de determinada situação factual a comandos jurídicos. Estes comandos têm existência objetiva, enquanto a personalidade, ao contrário, existe como consequência lógica daqueles. Mas se pode supor outro sentido ao termo ‘personalidade’; pode-se compreendê-lo como um algo existente em si, vinculado à existência humana. Neste sentido, a personalidade não é uma concessão do direito, mas um atributo do homem, a que o direito pode até ser indiferente, mas que não pode suprimir. Mais ainda: neste sentido, a personalidade de que o homem é dotado difere substancialmente daquela atribuída às corporações; naquele caso, ela é um efeito natural da própria condição humana; neste, é um instrumento jurídico voltado a fins específicos, inevitavelmente ligados ao homem.

Como a noção de personalidade, a de nacionalidade também está envolta em grandes incertezas. A nacionalidade expressa-se, concretamente, no vínculo jurídico entre o estado e a pessoa – vínculo que determina discriminação, justamente porque as repercussões ligadas à nacionalidade decorrem precisamente da distinção entre nacionais e estrangeiros. Tal discriminação, entretanto, é algo em si questionável, na medida em que representa evidente exceção ao princípio da igualdade jurídica entre os homens: se todos são iguais perante a lei, não poderia a lei, em tese, discriminá-los por razões que ela mesma estabelece. Portanto, a nacionalidade supõe valores que a justifiquem; mais do que isso: é, em si mesma, também um valor.

---

<sup>54</sup> Conforme dito na seção 1.2.1.

<sup>55</sup> Pontes de Miranda (1983a, p. 354): “Toda personificação, ainda a dos homens, é efeito da incidência de alguma regra jurídica R que diga ser sujeito de direito, em dadas circunstâncias, *alguém*. Há o suporte fático (em que estão essas circunstâncias e alguém) e a incidência da regra. A entrada desse ser como sujeito de direito já é efeito; a atribuição de personalidade resulta de se ver, por cima do sistema jurídico de que faz parte a regra jurídica R, que esse ser é pessoa”.

Portanto, aquela relação de se falava, que vincula os termos nacionalidade e personalidade, torna-se problemática. Se esta é o suporte para a atribuição daquela, sob que sentido se deve compreender o termo ‘pessoa’? Por outro lado, se a nacionalidade se expressa, ao mesmo tempo, como vínculo jurídico e como valor, a que elementos se pode recorrer para determiná-la? Note-se bem: se a nacionalidade é vínculo jurídico, e se também é valor, sua atribuição pode ligar-se não apenas a dados normativos, mas também a determinações axiológicas, teleológicas ou mesmo irracionais. Mais ainda: este vínculo retrata a subjetivação do direito objetivo, que assim se remete aos sujeitos cuja existência o explica e delimita. Se a atribuição da nacionalidade tem por referência o sujeito, o fato de que sua existência possa não restringir-se à sua personalidade – ou melhor, o fato de que esta apenas simboliza o vasto universo de eventos que perfazem aquela – torna-se um problema fundamental no exame das formas pelas quais se usa atribuí-la.

Este problema é especialmente relevante quando se cogita a nacionalidade das corporações. Pois, em relação a estas, não apenas a noção de personalidade é incerta, mas sua própria existência é posta em debate. Não que se negue sua existência; apenas se discute se sua existência pode ser, por assim dizer, equivalente à do homem. Há os que afirmam tal equivalência: embora distintos por sua natureza, tanto o homem quanto a corporação teriam suas existências referidas a uma mesma realidade objetiva; tal realidade, segundo a teoria institucionalista, é o meio social; já segundo o positivismo jurídico, é o próprio direito. Mas há os que negam a assimilação da existência da corporação à do homem; negam-se a admitir que aquela possa ter interesses próprios, que não se confundam com os de seus membros; e afirmam, portanto, o caráter instrumental da existência da corporação, que não é senão um meio para alcançar propósitos humanos. Entre estes está Ascarelli.

A existência, como noção juridicamente cogitável, só é irreduzível enquanto referir-se ao homem. No universo jurídico, só o homem tem existência inquestionável, insuprimível, apodítica; tudo mais são abstrações que permeiam o convívio humano e que devem ser compreendidas, portanto, em consideração ao homem. Tais afirmações, no que se referem à corporação, são ainda mais evidentes: seu aparecimento está ligado a um contexto histórico específico, no qual ressaltam as razões concretas que determinaram seu aspecto jurídico, marcado pela separação patrimonial e pela possibilidade de pulverizar as formas de investimento; portanto,

estando a existência das corporações ligada a motivos palpáveis e óbvios, seu caráter instrumental ressalta.

E então, considerando que se trata, aqui, da nacionalidade das corporações, convém questionar: pode-se determinar a nacionalidade das corporações sem consideração a seus membros? A primeira resposta, quase intuitiva, é a seguinte: claro, desde o direito estabeleça critérios indiferentes a eles. Mas então se questiona: se a nacionalidade é também um valor<sup>56</sup>, este seu aspecto não pode determinar que ela seja atribuída segundo elementos, por assim dizer, à altura da sua importância? Dizendo de outro modo: se a personalidade jurídica das corporações é um mero dado formal, que não reflete todos os aspectos de sua existência e que mascara os verdadeiros interesses que determinam sua atuação, a idéia de nacionalidade não pode desconsiderar sua personalidade, atravessando esta ‘membrana’ que envolve as corporações e atingindo aqueles interesses?

Esta questão perpassa todo este trabalho. A mera possibilidade de uma resposta afirmativa motiva esta abordagem. Tal possibilidade, aliás, não é puramente abstrata; ao contrário, é justamente diante de evidências concretas que será cogitada. Exemplo: porque a atribuição da nacionalidade está ligada a valores, há diversas regras de direito que impõem um reforço aos critérios para a sua definição, a fim de que aqueles valores sejam efetivamente observados; outro exemplo: quando o direito objetivo liga a nacionalidade das corporações apenas a aspectos de sua personalidade jurídica, sem considerar os interesses individuais a que atende, o próprio aplicador do direito, diante das repercussões ligadas à nacionalidade, pode lhe atribuir sem considerar sua personalidade, mas sim aqueles interesses. No primeiro exemplo, o próprio direito concebe regras para reforçar, diante de valores específicos, a constatação do caráter nacional de uma dada corporação; no segundo, o aplicador do direito se permite fazer tal constatação, desconsiderando para tanto sua personalidade formal. Tais exemplos não nasceram

---

<sup>56</sup> E é, como visto, necessariamente um valor, pois a razão para que o direito atribua nacionalidade a alguém, ligando a isto repercussões específicas, necessariamente remonta a um fator alheio ao direito, já que o complexo de normas que determinam aquela atribuição, ainda que trespasssem as diversas hierarquias do direito válido, não pode justificar-se por si mesmo, pois não é algo lógico nem juridicamente necessário. Tal necessidade, como se reconheceu, pode estar ligada a razões concretas – em especial de ordem econômica e social; todavia, tais razões não podem ser vistas como premissas lógicas a que se liga a idéia de nacionalidade, pois, se supõem fatores contingentes, não são, também elas, justificáveis a partir de si mesmas. Na verdade, o fato de que haja tais razões concretas é, em si, uma evidência de que existem tais valores – no sentido aqui considerado e já descrito – à base da idéia de nacionalidade.

da pura abstração. São concretos, reais. E são elementos fundamentais no âmbito da pesquisa que deu origem a esta dissertação.

A questão que se põe, fundamentalmente, diz respeito à existência das corporações – e ao fato de que sua existência, em toda a sua expressão, pode ser o alvo dos preceitos ligados à idéia de nacionalidade. Foi ressaltado, aqui, o aspecto instrumental desta existência; contudo, não se desconsidera seu aspecto factual – ou seja: sua realidade social, nas inúmeras formas de sua manifestação concreta. Se é considerado aquele aspecto instrumental, então é inevitável a consideração dos homens por trás da corporação; se é considerado este outro aspecto, é o fenômeno a que corresponde sua existência que é levado em conta. Diante da idéia de nacionalidade, naquele primeiro aspecto ressalta a nacionalidade dos homens considerados e, neste segundo, o espaço em que este fenômeno se projeta e a que, assim, se vincula. Em suma: a idéia de nacionalidade, investindo-se sobre a existência das corporações, pode considerar as pessoas a cujos fins ela atende, ou o lugar a que se vincula – e daí engendrar condicionamentos à sua existência.

## **2. PRECEITOS LIGADOS À IDÉIA DE NACIONALIDADE.**

O tema da nacionalidade das corporações, ao contrário do acontece geralmente, corre o risco de ser excessivamente restrito; ou o de diluir-se no casuísmo insípido do direito comparado, tanto quanto no exame histórico das legislações e teorias pertinentes ao tema. São dois caminhos que devem ser evitados: por um lado, simplesmente concentrar-se nos ‘critérios’ legais de atribuição de nacionalidade às pessoas não naturais; por outro, simplesmente investigar a variedade destes critérios no tempo e no espaço.

Esta dissertação, como já ressaltado, pretende estar atenta a estes riscos que a espreitam; o que não significa, porém, que não abordará os critérios que o direito brasileiro – e que outras diversas ordens jurídicas – elegem para a atribuição de nacionalidade a entes não naturais, nem tampouco que ignorará por completo os exemplos concretos de que eventualmente tiver conhecimento. Mas definitivamente não se restringirá a isto.

Há algo que, talvez neste ponto desta dissertação, já esteja claro. A nacionalidade, quando vista simplesmente como a vinculação do ente não natural ao estado soberano, não se restringe ao que se costuma chamar de sua ‘bandeira’. Uma companhia pode ser considerada, perante determinada ordem jurídica, como suíça ou uruguaia ou brasileira. Entretanto, isto não esgota a questão. Uma empresa brasileira, por exemplo, pode ser impedida de obter uma concessão para exploração de radiodifusão no território deste país, por ter em seu

quadro acionário um dado percentual de sócios estrangeiros. Esta empresa tem a ‘bandeira brasileira’, mas não pode exercer aquela atividade porque a lei impede. Mas o que determina, ou justifica, esta vedação legal? Um valor? Um princípio? Um costume? Por ora, diga-se apenas haver um ‘fator’ que determina a existência daquela regra jurídica. Convém examinar que ‘fator’ é este; e então investigar o universo de preceitos e repercussões ligados à nacionalidade que, de alguma forma, atingem as corporações.

## 2.1 A ‘idéia de nacionalidade’.

Este capítulo tratará dos preceitos ligados à idéia de nacionalidade. Suporá, portanto, haver uma tal ‘coisa’ – a ‘idéia de nacionalidade’ – e preceitos a ela relacionados. Convém então explicar o que se entende por uma e outra das expressões mencionadas.

Não há – supõe-se – maior dificuldade em explicar o que se designa, aqui, por ‘preceito’. Preceito é norma jurídica. É regra abstrata a que estão ligadas repercussões jurídicas, que devem se produzir a partir da sua incidência: aí a norma encontra o fato, a previsão abstrata enquadra a realidade concreta, o direito desce ao fluxo do tempo e neste projeta sua marca. O preceito prevê – e a aliteração, premeditada, ressalta o prefixo: o preceito é anterior ao fato sobre que incide. Mas é também o resultado da experiência, o reconhecimento de aspectos da realidade humana que tendem a se renovar, a antevisão de eventos a que são ligadas repercussões jurídicas<sup>57</sup>. O preceito projeta-se sobre o futuro, mas reflete o passado. O que exatamente ele reflete – um valor, uma força, um poder – é algo talvez imperscrutável e decerto insuscetível a uma compreensão exata; mas ainda assim algo a se considerar: os preceitos, afinal, não vêm do nada.

---

<sup>57</sup> Pontes de Miranda, em passagem emblemática de suas influências mais marcantes, afirmou que “a regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete” (1983a, p. 8).

Para tal consideração, devem-se ter em conta os limites do fenômeno investigado – os preceitos. Tais limites são sua realidade, o fato de pertencerem a determinada ordem jurídica<sup>58</sup>; além disso, ou antes disso, há o fator que o origina e o justifica, que está por trás, que lhe serve de causa e explicação. Entretanto, não haveria sentido em considerar esta causa, se não fosse comum ao conjunto de preceitos aqui investigados. E é precisamente isto o que supõe esta dissertação: um dado anterior a que se ligam todos os preceitos aqui considerados e que, portanto, distingue-os como objeto desta consideração. Este ‘dado’ é o que se reputa, aqui, ‘idéia de nacionalidade’.

Que esta dissertação recorra a esta palavra – idéia – para cunhar tal expressão, isto denota talvez certa imprudência. Propondo-se aqui examinar determinados preceitos e repercussões jurídicas, todos eles se relacionam àquilo que se reputou ‘idéia de nacionalidade’; ou seja: justamente por estarem relacionados a ela, são aqui considerados. Onde a pergunta: se esta expressão é assim tão fundamental, por que esta palavra – ‘idéia’? Trata-se de um termo tormentoso. Encerra significações imprescindíveis a diversos sistemas filosóficos. E é, sobretudo nestes sistemas, o que há de mais profundo, mais distante e mais vago. ‘Idéia’ nos remete à essência, ao âmago, ao fundo comum de todas as coisas; opõe-se ao fenômeno passageiro, múltiplo, ilusório; desgarrar-se do tempo e do espaço; é a própria verdade que se revela à consciência pura, imune às ingerências dos sentidos, indiferente às contingências mundanas: “refleti – disse Sócrates, em célebre passagem do Fédon – que devia buscar refúgio nas idéias e procurar nelas a verdade das coisas” (PLATÃO, 1987, p. 106).

A idéia, neste sentido, é a verdade por trás da aparência; assim como a idéia de nacionalidade, nesta dissertação, é o que há por trás dos preceitos aqui considerados. Eis porque a palavra idéia, considerado aquele seu sentido mais profundo de que se falava, acentua o caráter essencial do que aquela expressão designa. Não se ignora que a palavra, tomada neste sentido, não se presta perfeitamente a tal assimilação. Platão, como se sabe, toma-a como um valor louvável – a idéia é a verdade, o belo e o bem<sup>59</sup>; tal conotação não se coaduna com o sentido da expressão ‘idéia de nacionalidade’, que de modo algum pode ser descrita como

<sup>58</sup> O esclarecimento destes ‘limites’, como já visto, traz à tona a noção positivista de validade – e situa-se no espaço da célebre distinção entre ‘o direito que é’ e ‘o direito que deve ser’. Neste sentido, ver as considerações feitas na seção 1.1.2.

<sup>59</sup> “[N]o mundo inteligível, a idéia do bem é a última a ser apreendida, e com dificuldade, mas não se pode apreendê-la sem concluir que ela é a causa de tudo o que de reto e belo existe em todas as coisas” (1997, p. 191).

valorosa – boa, bela, verdadeira; ao contrário, a ‘idéia de nacionalidade’ repousa sobre uma base axiológica problemática<sup>60</sup>, sempre relacionada a contingências históricas e a razões de ordem pragmática. Entretanto, tendo-se em conta esta ressalva, o termo dá expressividade à noção que se quer aqui estabelecer; assinala seu caráter fundamental e, ao mesmo tempo, vago; e estabelece a dualidade que, discernindo entre idéia e aparência, discerne também a idéia de nacionalidade e os preceitos a ela ligados<sup>61</sup>. Nesta dissertação, a ‘idéia de nacionalidade’ é aquilo a que todos os preceitos e repercussões aqui considerados remontam – aquilo que os determina, justifica e particulariza. A idéia, no sentido em que é empregada nesta dissertação, é o traço essencial que trespassa todas as manifestações de determinados fenômenos, e não a realidade última de todas as coisas. Como naquela imagem de Borges (1999, p. 36), “[...] as idéias não são eternas como o mármore, mas imortais como um bosque ou um rio”<sup>62</sup>.

A ‘idéia de nacionalidade’, em suma, é a base de todas as considerações dos capítulos 2 e 3 desta dissertação. Por estarem relacionadas a esta base, e só por isso, tais considerações são feitas; e por distingui-la, esta dissertação poderá submeter aqueles preceitos e repercussões a um juízo crítico. Portanto, esta ‘idéia’ é fundamental – posto que, ao mesmo tempo, não deixe de ser obscura: não porque não se possa, com suficiente segurança, reconhecê-la nos diversos fenômenos em que se manifesta, mas porque é problemático estabelecer as bases de sua manifestação. Desta obscuridade, ligada ao problemático fundo axiológico e teleológico da idéia de nacionalidade, já se tratou no capítulo anterior; também se mostrou, ali, como o vínculo jurídico que caracteriza a nacionalidade caracteriza-se pela discriminação. Todas estas considerações explicam por que é razoavelmente simples reconhecer as manifestações da ‘idéia de nacionalidade’, ainda que seja profundamente difícil cogitar dos valores que a engendram.

Entretanto, a idéia de nacionalidade não é apenas uma expressão que designa o conjunto de valores a “justificar” esta discriminação. Ela representa a necessária referibilidade destes valores aos sujeitos, em quem afinal se projetam. Esta idéia não pretende indicar, metonimicamente, a vasta manifestação destes valores – algo que talvez o faça a expressão

---

<sup>60</sup> Conforme seção 1.1.2.

<sup>61</sup> O próprio Platão emprega o termo em sentido próximo àquele aqui empregado. No Fédon, quando Sócrates diz que “o que é belo é em virtude do belo em si” (1987, p. 107), demonstra que a ‘idéia de belo’ remete àquilo que é comum e necessário a tudo o que é belo. Nesta dissertação, a ‘idéia de nacionalidade’ é o que há de comum em todos os preceitos e repercussões aqui considerados.

<sup>62</sup> Versos do poema “Amanhecer”, publicado pela primeira vez no livro “Fervor de Buenos Aires”, o primeiro de Borges.

“interesses nacionais”. Sua função discursiva é acentuar o fato de que tais valores se projetem sobre indivíduos, entes, sujeitos – e que assim alcancem uma expressão puramente subjetiva. A consideração destes valores, na idéia de nacionalidade, pressupõe a subjetividade, na medida em que somente há sentido em referir tal noção ao sujeito. Aqueles valores perfazem uma realidade objetiva, existente em si mesma; contudo, remontam duplamente à subjetividade: de um lado, porque tais valores existem nas consciências individuais, que os contêm; de outro, porque se projetam sobre os sujeitos, e nesta projeção assumem um sentido distinto. A objetividade daqueles valores, assim, transmuda-se num atributo individual e, neste sentido, em pura subjetividade. Cabe à idéia de nacionalidade mediar esta relação dialética ou, antes, ser a expressão abstrata desta relação. As noções de ‘interesses nacionais’ e ‘indivíduos nacionais’, ao serem relacionadas, manifestam a polarização entre as definições lógicas de objetividade e subjetividade; a idéia de nacionalidade sintetiza esta relação e, precisamente por isto, faz todo o sentido usar aquela palavra – idéia<sup>63</sup>. O propósito desta dissertação, em suma, não é investigar todos os condicionamentos impostos, em razão dos interesses nacionais, às corporações; seu propósito é verificar as formas pelas quais estes valores ‘subjetivam-se’<sup>64</sup>, de modo a não apenas confrontar o sujeito, mas a distingui-lo.

A nacionalidade, lembra-se, pressupõe diferenciação. O que caracteriza os nacionais, em relação aos estrangeiros, é que aqueles são distintos perante a ordem jurídica a que são vinculados. Esta distinção alcança as empresas; mais ainda: impõe uma definição formal, modelar e geral que nitidamente distinga as empresas nacionais das estrangeiras. Mas esta ‘distinção’ não se esgota nisto: empresas ‘nacionais’ podem ser – por assim dizer – “menos nacionais” do que outras; podem ser “insuficientemente nacionais”; numa palavra: podem ser *discriminadas* pela ordem jurídica, em razão de fatores ligados à nacionalidade. Todo preceito que impuser este tipo de ‘discriminação’ será manifestação da idéia de nacionalidade<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> “O racional, que é sinônimo da Idéia, adquire, ao entrar com a sua realidade na existência exterior, uma riqueza infinita de formas, de aparências e de manifestações, envolve-se, como as sementes, num caroço onde a consciência primeiro se abriga mas que o conceito acaba por penetrar para surpreender a pulsação interna e senti-la bater debaixo da exterior aparência” (HEGEL, 1976, p. 13).

<sup>64</sup> Recorre-se, aqui, à advertência de Hegel (1976, p. 43): “Introduzimos aqui estas definições lógicas da objectividade e da subjectividade para que se note, ao considerá-las (e dado que serão muitas vezes empregadas), que com elas acontece o que acontece com as opostas diferenças e definições da reflexão: transformem-se no que lhes é oposto por causa de seu caráter finito e da natureza dialética que dele lhes advém”.

<sup>65</sup> Pode-se supor que, diante desta simplicidade em se identificar as manifestações concretas da idéia de nacionalidade, este conceito seja inútil. Bastaria notar que todos os preceitos aqui analisados têm em comum a previsão de repercussões que discriminam em função da nacionalidade da empresa, dos homens a ela ligados ou da ligação entre aspectos de sua existência factual e o território do estado. A razão por que se recorre àquele conceito é

Portanto, é preciso que desde já se tenha isto em mente: o objeto desta dissertação é este fenômeno que se reputa ‘nacionalidade’, tendo em vista suas repercussões sobre a existência das corporações. Não basta investigar os critérios para a atribuição do que se convencionou chamar – em ilustrativa analogia às embarcações e aeronaves – de ‘bandeira’ da sociedade comercial. É preciso abordar os condicionamentos que a idéia de nacionalidade – vista como um valor ou um interesse – opera sobre a existência desses entes. Em suma: talvez fosse mais correto enunciar o tema deste trabalho da seguinte forma: ao invés de “nacionalidade *das* corporações”, este outro – “nacionalidade *e* corporações”. O tema duplica-se, é verdade. E é exatamente esta a intenção.

Aí, então, esta investigação terá um objeto extremamente complexo. Pois o que se chama ‘nacionalidade da corporação’ – ou seja, um atributo da personalidade jurídica deste ente não natural – passa a ser também confrontado a outras noções: à nacionalidade dos homens por trás das corporações – sejam eles os acionistas, os controladores ou quaisquer outros homens que, de alguma forma, se valham da “existência” deste ente; ou à ligação entre aspectos de sua existência concreta e o território do estado. Tudo o que possam significar estas obscuras expressões – ‘os homens por trás da corporação’, por um lado, e ‘o lugar da corporação’, por outro – estará em discussão. Esta dissertação não apenas adotará esta perspectiva, mas também tentará demonstrar que ela é imprescindível para a compreensão sistemática e conjuntural do amplo e aparentemente desconexo aparato normativo que, particularmente neste país, submete a existência das sociedades comerciais a múltiplos condicionamentos, e que repousa – todo este aparato – na base problemática do que aqui se reputa idéia de nacionalidade.

A nacionalidade das empresas, no sentido mais comum desta expressão, não passa de um rótulo, uma bandeira, uma insígnia que as distingue. Obviamente, a este rótulo estão ligadas relevantes repercussões. Mas tais repercussões têm a mesma natureza de outras não ligadas a isto: umas e outras discriminam em razão de fatores ligados à nacionalidade. O propósito desta dissertação é estudar tais repercussões como um só fenômeno; porque o são, de

---

puramente discursiva: os fatores que determinam a existência daqueles preceitos, embora não possam ser identificados com exatidão, devem ser considerados, na medida em que são imprescindíveis à crítica daqueles; portanto, tem-se que referir a tais fatores e extrair da linguagem uma forma de fazê-lo. Daí chegou-se à expressão aqui adotada – idéia de nacionalidade – que, como dito, acentua o caráter a um tempo fundamental e vago do conceito.

fato: entre uma ordem jurídica e a realidade, há somente as criações dessa mesma ordem jurídica – entre as quais os entes não humanos a que se atribui personalidade jurídica. Portanto, esta ordem como um todo, e particularmente ao submeter entes não humanos a condicionamentos ligados à idéia de nacionalidade, só pode referir-se à realidade – a nada mais. Tudo isto que existe entre a existência da corporação e a ordem jurídica (inclusive a própria expressão jurídica da corporação), e que esteja ligado à idéia de nacionalidade, perfaz um só objeto de investigação.

## **2.2 Suporte dos preceitos ligados à idéia de nacionalidade.**

Há apenas uma razão a indicar a relevância do estudo da nacionalidade como fenômeno relacionado à existência das corporações: o fato de que aquele fenômeno tem inegáveis repercussões sobre a existência destes entes. Estas repercussões – ao menos as que aqui se cogitará – são jurídicas. Portanto, decorrem daquele fenômeno jurídico básico e constante: a incidência do preceito abstrato sobre o fato concreto, e a conseqüente produção de efeitos. O estudo do tema deste trabalho desdobra-se por sobre os dois termos desta relação: cogita os preceitos – as regras que, ligadas à idéia de nacionalidade, condicionam a existência das corporações; e cogita os efeitos – as repercussões decorrentes da incidência destas regras.

Se os preceitos aqui considerados são aqueles cuja incidência determina condicionamentos à existência da corporação, e se estes condicionamentos são ligados à nacionalidade, resta saber: à nacionalidade de quem? A primeira resposta é óbvia: da própria corporação. Mas, como dito, isto não esgota a questão: tais condicionamentos podem levar em consideração a nacionalidade dos sócios, dos administradores, dos controladores, etc. Mas, ainda quando os preceitos levam em conta a nacionalidade destes homens, têm sempre em conta a relação destes homens com a sociedade – ou, dizendo mais simplesmente, a existência da própria sociedade. Finalmente, podem considerar a existência factual da corporação e, sob este aspecto, sua efetiva ligação com o território nacional.

A existência da corporação, portanto, é o suporte<sup>66</sup> para a incidência daqueles preceitos. Ela pode ser considerada sob três perspectivas distintas. Primeiramente, a corporação pode ser vista como mero *instrumento* à realização de finalidades específicas; sob esta perspectiva, importa considerar quem são aqueles a cujos fins ela se volta. Em segundo lugar, pode ser vista como um ente de existência factual, no tempo e no espaço: ela ‘materializa-se’ nos imóveis que ocupa, nos atos que por si realizam seus administradores e empregados, nos sinais que a distinguem. Finalmente, em terceiro lugar, pode-se considerar sua condição de sujeito de direito, de pessoa, de ente capaz de direitos e deveres – considerar, enfim, que a corporação pode, tal como o homem, ter personalidade jurídica.

Em torno deste suporte – a existência das corporações – giram as regras ligadas à idéia de nacionalidade das empresas. Tais regras podem simplesmente concentrar-se na sua personalidade, caso em que a nacionalidade fatalmente corresponderá àquela do país sob cujas leis foi a sociedade ‘organizada’. Tais regras podem ir além: supondo sua existência factual e, portanto, reconhecível no tempo e no espaço, elas atribuem a nacionalidade considerando o território no qual ela “existe” – e aí, como será visto, há vários problemas. Finalmente, tais regras podem desconsiderar a personalidade da sociedade (ou das várias sociedades que a compõem), mirando a nacionalidade das pessoas às quais a sociedade é assimilada.

Em suma: ou as regras concentram-se na personalidade jurídica da corporação, ou na sua existência no espaço, ou nas pessoas a que ela é relacionada. Todos os chamados ‘critérios de atribuição de nacionalidade’ invariavelmente são regras de um destes três tipos; e todos os demais preceitos ligados à ‘idéia de nacionalidade’ também repousam sobre estas bases. A existência das corporações como ente, como fenômeno, ou como instrumento: eis os suportes de todos os preceitos cuja incidência determina repercussões ligadas à idéia de nacionalidade.

Por fim, não se deve hesitar em afirmar que este trabalho se voltará, de forma predominante, sobre o caso brasileiro; abordará o fenômeno da nacionalidade, e sobretudo

---

<sup>66</sup> Este termo, ‘suporte’, é fundamental nesta dissertação. Designa os elementos que compõem a hipótese de incidência dos preceitos considerados. Mais do que isso: é a própria hipótese de incidência: o fato cuja ocorrência determina a incidência da regra. Conforme Ataliba (2004, p. 58), a hipótese de incidência é “a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato”. Este fato, em si mesmo, é o ‘suporte’ – ou seja, a ‘base’ sobre o qual a norma, enquanto manifestação lingüística, se ergue.

sua influência sobre a existência das corporações, segundo as peculiaridades de nossa ordem jurídica. Isto não significa, porém, que este seja um trabalho restrito ao estudo do direito brasileiro. Justamente por ser um fenômeno geral<sup>67</sup>, o estudo do caso brasileiro é uma forma de investigar um tema não apenas comum a diversas ordens jurídicas, mas que se situa justamente no contato – tão relevante, quando se trata da atuação das corporações – entre estas diversas ‘ordens’.

Portanto, o direito brasileiro será evidentemente objeto desta investigação; mas apenas como uma fonte de pesquisa – como um exemplo ilustrativo – para as conclusões que se pretendem alcançar. Tais conclusões remontam àquela noção básica acima esboçada: há repercussões, ligadas à idéia de nacionalidade, que condicionam a existência das empresas; e há sempre os preceitos cuja incidência determina aquelas repercussões. Interessa aqui a investigação de uns e outros – preceitos e repercussões; e sobretudo o fato de que ambos sejam fatores de extrema relevância no contexto das relações econômicas internacionais.

### **2.3 Critérios e regras de reforço.**

Os preceitos ligados à idéia de nacionalidade são normas jurídicas, cuja incidência determina repercussões jurídicas – positivas ou negativas, mas sempre discriminatórias. No que se referem às corporações, tais ‘preceitos’ não se restringem aos chamados ‘critérios’ de definição da ‘nacionalidade das empresas’; são também todas as demais regras que, ligadas à idéia de nacionalidade, determinam aquelas repercussões.

Esta dissertação chama esta última classe de ‘preceitos’ de ‘regras de reforço’. Conforme será explicado adiante, tal expressão justifica-se em função da finalidade

---

<sup>67</sup> Quando se alude a este ‘fenômeno geral’, não apenas se expressa o fato de que as corporações são entes cuja existência se projeta globalmente, na exata medida das atividades econômicas de que são protagonistas, mas também o fato de que as formas como os estados regulam sua conformação jurídica tendem a ser cada vez mais “convergentes”, para usar uma expressão de Hassmann e Kraakman, no famoso trabalho “The End of History” (2000). Portanto, se as corporações tendem a ostentar, em qualquer parte, um mesmo aspecto institucional, tendem também a ser reguladas, quanto aos demais aspectos de sua existência, de forma similar. Esta similitude é uma eloqüente razão a sugerir que se trate do tema como um ‘fenômeno geral’.

destas regras: reforçar a ‘idéia de nacionalidade’, diante da pretensa “maior relevância” dos interesses nacionais tutelados por tais preceitos. Por outro lado, este ‘reforço’ sempre assume um mesmo aspecto: ele sempre se refere à *realidade por trás* da personalidade jurídica – focalizando os homens a que a atuação da corporação se volta, ou o lugar onde tal atuação se dá.

De todo modo, será abordada inicialmente aquela primeira classe desses ‘preceitos’ – os critérios de atribuição da nacionalidade das sociedades comerciais. Em seguida, passa-se ao exame das chamadas regras de reforço.

## 2.4 Os critérios de atribuição da nacionalidade das corporações.

Como visto, há uma regra geral que estabelece os critérios de atribuição de nacionalidade às sociedades comerciais<sup>68</sup>. Esta regra determina o que se chama de ‘nacionalidade das empresas’ – ou seja, a nacionalidade como um atributo de sua personalidade jurídica e, portanto, uma bandeira, um rótulo, uma insígnia. Claro: ninguém duvidará que sociedades “brasileiras” possam ser, na verdade, amplamente ‘submetidas’ a estrangeiros; e, nesta hipótese, dizê-la ‘brasileira’ seria extremamente problemático<sup>69</sup>. Mas ainda assim o fato de que tenha a

<sup>68</sup> Note-se que, ao tratar dos ‘critérios’, esta dissertação pode referi-los às sociedades comerciais – ou seja, às pessoas jurídicas. O conceito de corporação que aqui se adota, lembre-se, não necessariamente se confunde com o de pessoa jurídica: corporação é o ente econômico que pode corresponder a diversas, a uma ou a nenhuma pessoa jurídica. Todavia, se aqui se trata dos critérios, então se cuida da nacionalidade como atributo da personalidade; logo, a sociedade comercial (a pessoa jurídica de fins econômicos) é a referência necessária.

<sup>69</sup> E tal ‘problema’ remontaria inevitavelmente à linguagem. Pode-se dizer: “segundo determinada norma do direito brasileiro, a companhia é brasileira”; e neste caso se estaria vinculando o sentido do termo a determinado preceito legal. Mas pode-se retrucar: “se o termo ‘brasileira’ não for empregado no sentido dado naquela norma, então dificilmente se pode empregar tal predicado em relação àquele sujeito”; e então se concluiria: “cogitando-se das repercussões jurídicas ligadas à nacionalidade da companhia, o fato de que aquela norma a considere ‘brasileira’ é relevante, ou determinante”. O problema, portanto, reside na funcionalidade da linguagem: o termo ‘brasileira’ tem determinada função sintático-semântica no discurso jurídico, conforme as fontes a que é referido e o contexto em que é empregado. Portanto, é instrumento de técnica jurídica, na medida em que seu emprego determina – ou facilita – operações lógicas no âmbito jurídico. Fora deste contexto, e alheio a estas específicas referências, o termo se dilui no plano semântico e, conseqüentemente, dá ensejo a infinitas possibilidades sintáticas – que podem ser contraditórias, inconciliáveis e, portanto, ilógicas. Faz pouco ou nenhum sentido, portanto, falar em empresa ‘brasileira’, sem especificar o contexto exato em que se emprega a expressão, e sem referi-la ao marco legal no qual é delimitada sua função sintático-semântica. Tal constatação poderia levar à seguinte conclusão: a nacionalidade das empresas é uma espécie de metonímia empregada em discursos jurídicos, um ‘nome’ que se dá à confluência de determinados elementos típicos capazes de engendrar determinadas repercussões. Se por nacionalidade das empresas se tomasse o símbolo x, então se concluiria que a constituição da empresa segundo a lei de determinado país determina ‘x’, que por sua vez determina todas as repercussões que, segundo o direito deste país, estão ligadas a isto. Em suma: a nacionalidade das empresas é expressão puramente artificial, mero instrumento de técnica jurídica. Esta conclusão espregueira esta dissertação do começo ao fim. Sua mera possibilidade motiva todas as abordagens que se permitiu este

‘bandeira’ brasileira é relevantíssimo. Portanto, é fundamental investigar os preceitos que a determinam – tanto quanto é fundamental não restringir a eles este estudo.

Esta regra geral implica uma distinção jurídica: sociedades nacionais são distintas das estrangeiras. E, se há tal distinção, deve haver repercussões ligadas a isto – ou, do contrário, nada a explicaria. Tais repercussões são importantes e serão analisadas no momento oportuno. Por ora, cabe concentrar nos preceitos que, uma vez incidindo sobre determinado evento, dão origem a tais repercussões. Estes preceitos, em tese, podem ser ilimitados, pois cada ordem jurídica pode eleger aqueles que lhe aprouver; por esta razão, restaria investigar aqueles que uma dada ordem jurídica adota, ou os que são comuns a diversas ordens jurídicas que então se considerariam. Entretanto, ao se analisar a questão mais a fundo, vê-se que não há – e talvez nem possa haver – esta multiplicidade de critérios. Convém explicar esta intrigante afirmação.

As regras para a definição da nacionalidade das empresas, pelo menos no contexto jurídico dos continentes americano e europeu, tendem a ser similares. Tais regras confluem para dois critérios clássicos: o local da sede e, sobretudo, o da organização da empresa (HADARI, 1974, p. 7-10). Tais critérios são, por assim dizer, antropomórficos: fundamentalmente, eles correspondem aos critérios para definir a nacionalidade das pessoas naturais – ou seja, a residência e o local do nascimento. Este antropomorfismo é sintomático, na medida em que se supõe a personalidade dos entes não humanos como idêntica, no plano jurídico, à das pessoas naturais: se empresas são ‘pessoas’, então elas “nascem” e se “fixam” em algum lugar. Estes critérios projetam para as empresas o que, para o homem, é sua existência temporal e espacial. O homem existe no tempo e no espaço: nasce e se fixa em algum lugar e, por ter nascido ou ter se fixado em determinado território, adquire a nacionalidade respectiva. De uma forma que não deixa de ser um tanto grosseira, estes critérios foram transplantados para atribuição de nacionalidade a entes que, embora fictícios, são juridicamente personalizados: a organização da empresa é seu nascimento, e sua nacionalidade é aquela do estado cujas leis regularam tal organização; a sede da empresa é onde se fixa (é óbvio que esta noção, como se mencionou, é problemática), e sua nacionalidade é a do país em cujo território ela o faz.

Obviamente, este estudo se depara com as peculiaridades que decorrem da diversidade de ordens jurídicas a regular o tema. Como dito, o fato de que repercussões jurídicas a se projetarem sobre a existência das corporações estejam ligadas à idéia de nacionalidade pressupõe que esta ordem jurídica, no âmbito da qual tais repercussões ocorrem, defina os preceitos cuja incidência as determinam. Dizendo de modo mais simples: se uma dada ordem jurídica concede um privilégio a empresas nacionais, ou impõe certas restrições a empresas estrangeiras, isto pressupõe que ela defina o que são – ou quais são – umas e outras<sup>70</sup>. Mas a existência de tais preceitos e repercussões numa dada ordem jurídica não é necessária: é possível imaginar uma ordem jurídica que não discirna empresas nacionais e estrangeiras; mais ainda: uma ordem jurídica que não preveja qualquer condicionamento – ligado à idéia de nacionalidade – à existência das empresas. A noção de que as empresas tenham nacionalidade não é necessária; nem mesmo a personalidade de entes não naturais é algo *a priori*, efetivamente existente. A personalidade destes ‘entes’ é atribuída pelo direito, que é criação humana; ora, este ‘criador’ pode preferir não lha atribuir, ou pode nem lhe ocorrer a possibilidade de fazê-lo: até o início do século XIX, sociedades comerciais não tinham personalidade jurídica<sup>71</sup>; e, no entanto, ninguém há de negar que antes disso já existissem tais sociedades, quanto mais o próprio ‘direito’.

Estas conjecturas, entretanto, têm pouco valor prático. Não só porque as diversas ordens jurídicas consideradas estabelecem regras condicionantes ligadas à ‘idéia de nacionalidade’, mas sobretudo porque estas diversas ‘ordens’ geralmente estabelecem, como dito, formas similares de exercer tais condicionamentos. Lembre-se que a atribuição de nacionalidade a entes não humanos é, por assim dizer, um antropomorfismo – que por sua vez decorre de um

---

<sup>70</sup> Obviamente, as leis de cada estado definem os critérios segundo os quais uma sociedade comercial é nacional ou estrangeira; e podem mesmo, neste último caso, definir qual a nacionalidade desta sociedade. Tal definição é sempre atribuída a algum dos chamados entes de direito internacional público – ou seja, a algum estado ou a algum organismo internacional. Diante disto – pode-se supor, a princípio – a questão torna-se problemática: no Brasil, determinada empresa pode ser considerada como de nacionalidade brasileira, ou argentina, ou alemã; entretanto, perante outro estado, esta mesma empresa – em tese – pode assumir outra nacionalidade. Cada estado elege seus critérios para tal definição; e tais critérios podem, logicamente, conduzir a resultados díspares. Mais ainda: a definição da nacionalidade pode ser relevante não apenas no âmbito interno de cada estado, mas no contexto do direito internacional público. Todas estas circunstâncias, todavia, não oferecem maiores dificuldades. A definição da nacionalidade não é relevante por si mesma, mas sim em função das repercussões jurídicas a isto ligadas. A mesma ‘ordem jurídica’ que estabelece critérios para a definição da nacionalidade das empresas, estabelece também quais sejam as repercussões. Logo, não há dificuldades: cogitando-se das repercussões jurídicas ligadas à nacionalidade das empresas no direito suíço, tem-se que verificar os critérios para a definição desta nacionalidade adotados por este ‘direito’. O mesmo se passa quanto a qualquer outro estado ou organismo internacional.

<sup>71</sup> Tal afirmação se assenta nas considerações da seção 1.2.1; de resto, atesta-a Carvalho de Mendonça (1958, p. 77-97).

silogismo simplório: seres humanos têm nacionalidade; seres humanos são pessoas; portanto, se determinados entes reconhecidos pela ordem jurídica são também pessoas, também têm nacionalidade. Todos os critérios de atribuição da nacionalidade – tratando-se, agora, de seres humanos – confluem para dois elementos básicos: a origem e o local onde o homem está fixado. Viu-se isto no capítulo anterior: o ser e o estar o homem como razão de seu vínculo a determinada ordem jurídica; a nacionalidade projetada no tempo e no espaço. Se foi dito que a atribuição de nacionalidade a entes não humanos projeta atributos humanos sobre estes entes, então os critérios de que se trata, neste caso, também estariam relacionados à origem e ao local em que esses entes estão fixados. Em duas palavras: à ‘organização’ do ente e à sua sede.

Como se pode quase intuir, trata-se de duas palavras que, no presente contexto, têm sentido altamente problemático. Poderia ser estabelecido, com simplicidade didática, que a nacionalidade dos entes não humanos é aquela do país sob cuja lei ele foi ‘organizado’ e em cujo território ele tem sede. Este, aliás, é o teor desses critérios na maioria dos países, entre os quais o Brasil<sup>72</sup>. Como se verá, estes critérios dão espaço a enormes perplexidades; tamanhas que, diante delas, é possível mesmo questionar sua utilidade.

Finalmente, pode ocorrer que o critério de atribuição da nacionalidade das corporações não contemple aspectos ligados à sua personalidade, mas elementos subjacentes a esta ‘máscara’<sup>73</sup> jurídica. Tais elementos tendem a ser as pessoas a quem a atuação da sociedade interessa – ou melhor, a cujos desígnios a sociedade responde. Na literatura jurídica de língua

---

<sup>72</sup> Já foi dito que esta dissertação, no desenvolvimento do tema, dedicará mais atenção à forma como a questão é tratada na ordem jurídica brasileira – ainda que sua pretensão não se restrinja a a isto. Na verdade, o direito brasileiro regula a matéria a partir de várias fontes: o Decreto-lei 2627/40, que continha toda a disciplina das sociedades por ações antes da vigência da Lei 6404/76, e cujos artigos 59 a 73 restaram incorporados à nova lei; e o novo Código Civil, sobretudo nos artigos 1.126 a 1.141 (capítulo IX do título II do Livro II). Pode-se citar, também, a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 11); entretanto, não se pode propriamente considerar este último dispositivo um critério de atribuição de nacionalidade, conforme será demonstrado a seguir. Tais critérios, como já dito, são basicamente dois: primeiro, a sociedade tem a nacionalidade do estado sob cujas leis foi ‘organizada’ (muito se discutirá, ainda, o sentido desta expressão); segundo, tem a nacionalidade do país onde está a sede de sua administração. Estes critérios, como também já dito, não são apenas consagrados na legislação brasileira: são adotados em praticamente todos os países americanos e europeus e tendem a ser regras uniformes nesses vários países (HADARI, 1974, p. 7-10).

<sup>73</sup> “Incidentalmente, advertamos em que o étimo, que, desde AUTO-GÉLIO, se atribuiu a persona, per-sonare, que o próprio CORSEN (...) adotou, é falso: não se trata de voz que sai da boca da máscara, ou através da máscara, – mas simplesmente, do verbo latino perso, personare, vindo do etrusco persu, cf. A. WALDE (...), conforme SKUTSCH (...), cp. A. ZIMMERMANN (...): máscara de teatro, gente com máscara” (PONTES DE MIRANDA, 1983a, p. 154).

inglesa, este tipo de critério reputa-se “test control” (MABRY, 1999; JONES, 2005; CIOFFI, 2006) – que, observa Comparato (1983, p. 366), tende a ser excepcional<sup>74</sup>.

Portanto, três tipos de critérios serão aqui abordados: o primeiro, ligado à organização (incorporação) da sociedade comercial; o segundo, à sua sede; o terceiro, aos seus controladores. Como antes observado, cada um destes ‘tipos’ traduz as três perspectivas sob as quais é possível ver a existência das corporações: como ente formal, real e instrumental. No primeiro caso, questiona-se o direito sob o qual a sociedade organiza-se; no segundo, o lugar em que ela existe; no terceiro, as pessoas a que ela serve.

#### **2.4.1 Primeiro critério: nacionalidade do país sob cuja ordem jurídica a corporação foi ‘organizada’.**

Pode-se simplesmente dizer: a nacionalidade de uma sociedade empresarial corresponde àquela do país sob cuja ordem jurídica ela foi organizada. Este é o teor dos dispositivos legais que regulam a matéria. Entretanto, ao se aprofundar o exame, teria que se questionar o que significa, em relação a uma sociedade (e às companhias, em particular), ‘organizar-se’; e, antes desta investigação, ainda outra – mais complexa – seria enfrentada: se uma sociedade organiza-se sob determinada ordem jurídica, que sentido há em se lhe atribuir a nacionalidade correspondente, se a referência a esta ordem jurídica é simplesmente necessária à sua própria condição de ente jurídico?

Portanto, dois problemas estão postos: primeiro, saber o que representa o fato de que uma sociedade tenha se ‘organizado’; segundo, saber como este ‘fato’ pode ser um critério de atribuição de nacionalidade. É necessário considerar a existência formal da sociedade como o resultado da subsunção de fatos às regras jurídicas; e, considerando que tal subsunção é um fenômeno geral e constante, distinguir os elementos que efetivamente permitem atribuir-lhe determinada nacionalidade.

---

<sup>74</sup> Note-se bem: é excepcional sua utilização como *critério*; como *regra de reforço*, é recorrente.

De todo modo, algo está claro: este critério supõe duplamente a personalidade jurídica: de um lado, porque repercute, como todo critério, justamente sobre ela – quando é o resultado da incidência dos critérios, a nacionalidade é um atributo da personalidade; de outro, porque tal personalidade é o suporte destes critérios, a hipótese cuja previsão abstrata determina sua incidência.

#### **2.4.1.1 Organização e subsunção: suporte para a existência.**

Um ente jurídico não natural – personificado ou não<sup>75</sup> – não tem existência formal sem supor a ordem jurídica. Obviamente, como já visto, tal afirmação pode até contrariar importantes aportes teóricos que pregam a ‘existência anterior e necessária’ de instituições como o ‘estado’ e a ‘igreja’. Entretanto, dificilmente se poderiam transpor estes aportes, ainda que lhes fosse dado todo crédito, para as sociedades comerciais – e para as companhias em especial. Sociedades comerciais, ao contrário dos homens, não têm existência juridicamente necessária<sup>76</sup>; ou melhor: sua subjetividade pode não ser reconhecida. Logo, a existência destas sociedades supõe determinada ordem jurídica, diante da qual uma constelação atos jurídicos são “consagrados” de forma a engendrar um ente jurídico, um sujeito de direito, uma pessoa. Em suma: a existência de determinada sociedade comercial deve necessariamente ser referida a determinada ordem jurídica, sem a qual os fatos característicos de sua existência – o contrato plurilateral, as manifestações de vontade, a execução do objeto social – serão fatos irreduzíveis a uma unidade<sup>77</sup> a partir da qual se possa considerá-los.

Neste sentido, pode-se supor que a determinação da nacionalidade da empresa seria fundamental, porque permitiria apontar a ordem jurídica a que sua existência estará

<sup>75</sup> É talvez desnecessário lembrar que as sociedades e demais ‘organizações destinadas a fins de interesse coletivo’, como bem caracterizou o art. 11 da LICC, podem não ser personificadas – seja porque não observadas as formalidades legais (caso, por exemplo, das chamadas sociedades irregulares), seja porque a própria lei lhes negue personalidade jurídica. Neste sentido, e com ligeiro exame do direito comparado, Túlio Ascarelli (1969, p. 261-262).

<sup>76</sup> É claro que tal afirmação supõe certos esclarecimentos. Primeiro, o que é “existência juridicamente necessária”? Segundo, os homens têm, necessariamente, existência jurídica? Tais esclarecimentos, presume-se, encontram-se na seção 1.1.3.

<sup>77</sup> ‘Unidade’ que, nas palavras de Comparato (que, por sua vez, decerto remontam – ainda que tacitamente – a Kelsen), correspondem ao chamado ‘centro de imputação’ (1983, p. 268).

referida. Mas tal afirmação seria tautológica: afinal, é a ordem jurídica a que a existência de uma empresa é referida que determina sua nacionalidade. Esta tautologia pode ser eliminada, desde que se ignore a noção de ‘nacionalidade’. Neste sentido, diz-se: uma empresa é submetida à lei sob cujo império sua existência se manifesta – e ponto. Nesta afirmação não há referência à nacionalidade; e, no entanto, há expressa e suficiente regulação da existência da empresa. Este é o sentido do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>78</sup>, cuja redação talvez tencionasse refletir a desnecessidade de se aludir à nacionalidade das empresas, para se definir a ordem jurídica a que sua existência é referida.

Portanto, a primeira questão de que se deve cogitar, quando se trata deste critério de atribuição de nacionalidade a entes não humanos, é esta: o que distingue esta nacionalidade, tomada nestes termos, da mera submissão (ou referimento) destes entes a determinada ordem jurídica. Como foi dito ainda no primeiro capítulo, Savigny tinha elaborado um ‘conceito’ de nacionalidade segundo o qual ela é o vínculo que liga (ou submete) a pessoa a uma ordem jurídica. No caso de entes não humanos, todavia, esta ‘submissão’ é um dado de sua existência jurídica; não pode, portanto, ser um também um atributo, uma qualidade, um adjetivo<sup>79</sup> deste ente, como é a nacionalidade. A nacionalidade não pode confundir-se com a submissão deste ente ao império de uma lei; nos limites desta confusão, o conceito de nacionalidade será inútil.

Para que se esclareça esta questão, é necessário discernir duas formas pelas quais ocorre tal ‘submissão’. De um lado, ela é pressuposto à existência do ente não humano; de outro, ela se traduz na disciplina de sua atuação no mundo jurídico. Como dito, um ente não humano só pode existir – juridicamente – se referido à lei; a própria noção deste ente pressupõe a subsunção de certos eventos – fatos e atos – às normas jurídicas; e sua existência é, em si, o

<sup>78</sup> Diz o art. 11 da LICC: “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”. O dispositivo não fala em ‘nacionalidade’; apenas em ‘obediência à lei’ de determinado estado.

<sup>79</sup> Explique-se melhor este ponto: se x é pressuposto à existência de y, x não pode ser um seu adjetivo. A própria etimologia do termo, por seu prefixo, denota que adjetivo refere-se a algo que está ao lado, como característica não essencial. Se é dito (a) “a mulher é bonita” e (b) “a mulher é um ser humano”, em ambas está presente a mesma função sintática de predicativo do sujeito ‘mulher’; mas em (a) há um adjetivo, enquanto em (b) há um substantivo. Se é sabido que toda mulher é um ser humano, então a frase (b) é inútil, a menos que nossa intenção seja explicitar o que significa o termo ‘mulher’. Mas, tratando-se de uma explicitação, esta não pode, por esta exata razão, ser classificada morfologicamente como um adjetivo. Ou seja, não se pode dizer: “esta mulher é um ser humano; aquela, não”. Mas é perfeitamente admissível a seguinte construção: “esta mulher é bonita; aquela não”. O ser bonita não é essencial ao conceito de mulher; o ser humana, é. Se a nacionalidade é um adjetivo que se liga a um sujeito, não pode ser um pressuposto à sua existência.

resultado desta subsunção. Entretanto, a submissão do ente não humano à lei não se resume a isto; uma vez reconhecida sua existência pela lei, esta também regula sua “atuação” como ‘ente’ a que se atribuem eventos juridicamente relevantes; neste caso, a lei não condiciona sua existência: ela a regula.

Em suma: é possível que a uma empresa, ‘organizada’ em país estrangeiro, sejam atribuídos eventos regulados por lei nacional. Os exemplos são múltiplos e corriqueiros. Neste caso, a existência desta empresa é referida à ordem estatal em que foi constituída, ou em cujo território é sediada; mas a ‘atuação’ desta empresa pode se ‘submeter’ a outra ordem jurídica. Tomada sob esta segunda acepção, a ‘submissão’ de que se tratou não se confunde com a nacionalidade em si mesma. Uma empresa estrangeira pode se submeter à lei nacional, se “atua” de forma justificar a incidência desta lei; mas o fato de que eventualmente se submeta à lei de um estado não significa que tenha tal nacionalidade, nem tampouco que sua existência pressuponha a daquele estado.

Quando se fala nestas duas ‘formas’ de submissão à ordem jurídica – a primeira, como constitutiva do ente, e a segunda, como reguladora de sua atuação – fica claro que esta primeira não é um critério de nacionalidade, mas uma condição de existência. A existência de uma pessoa jurídica sempre será considerada, em qualquer ponto do mundo, em referência a uma determinada ordem jurídica; sua existência jurídica – ou seja, a própria possibilidade de agir juridicamente – sempre decorrerá deste referimento. Portanto, a referência à noção de nacionalidade, ao se considerar como critério somente a subsunção dos fatos constitutivos a determinada ordem jurídica, é absolutamente inútil. Por exemplo: se uma companhia organizada sob leis brasileiras atua, sob qualquer forma, em país diverso, a autoridade deste país questionará se esta companhia é capaz de tal atuação; neste caso, poderá decidir – em tese, claro – considerando apenas o direito deste país, ou apenas o brasileiro, ou ambos, ou qualquer outro, ou ambos e qualquer outro, ou ainda um deles e qualquer outro<sup>80</sup>; de todo modo, ao resolver aquela

---

<sup>80</sup> Em tese, existem todas estas possibilidades: a aplicação do direito do país de origem; ou o direito do país onde a atuação da companhia se processa; ou de um terceiro sistema jurídico, não necessariamente estatal; ou ainda de todas as combinações possíveis das três alternativas anteriores. Na prática, tende a haver a restrição destas possibilidades, privilegiando-se sobretudo as duas primeiras. Mas não se pode nunca esquecer a premissa básica: um estado soberano pode regular a matéria da forma como lhe aprouver.

questão, terá subsumido determinados fatos a determinados preceitos jurídicos; e para isso, definitivamente, não terá sido necessário cogitar a nacionalidade da companhia.

Este, portanto, é o ponto fundamental – e o primeiro a ser considerado quando se examina a transposição da noção de ‘nacionalidade ligada à origem’, cujo sentido remonta necessariamente ao homem, a entes não humanos. Estes, ao contrário do homem, pressupõem a ordem jurídica: sua existência jurídica não é senão o resultado da subsunção de eventos característicos à lei; eles só existem, neste sentido, *juridicamente*. Portanto, se só se pode compreendê-los em referência a dada ordem jurídica, não faz sentido afirmar que sua ‘nacionalidade’ é a do estado respectivo. Tal afirmação seria ilógica e inútil: ilógica porque nacionalidade é um dado que adjetiva uma pessoa e, logo, não pode ser um elemento sem o qual ela não existe; inútil porque, em se admitindo que a existência de um ente não humano só pode ser compreendida com referência a determinada ordem estatal, não há qualquer necessidade em reafirmar que este ente tem a nacionalidade deste estado. Nacionalidade, nesta perspectiva, seria um termo sem ‘função’: a mera reafirmação de algo que já foi afirmado, e que só existe a partir de tal afirmação.

Em suma: a subsunção de fatos à ordem jurídica de um dado estado não é meramente um critério para a atribuição de nacionalidade a entes não humanos, mas sim condição de sua existência. Tal subsunção é necessária e constante. A partir desta subsunção, pode-se considerar que este ente ‘existe’. E somente a partir desta existência, convenha-se, pode-se dizer que este ente é brasileiro, ou argentino, ou grego. Esta subsunção, portanto, precede a atribuição de nacionalidade. Definir se determinada companhia submete-se (naquele primeiro sentido do termo) a determinada ordem jurídica não é uma forma de lhe atribuir nacionalidade; é, antes, uma condição a que se possa considerá-la existente.

Tal existência, insiste-se, decorre da incidência de preceitos jurídicos sobre determinados fatos; portanto, a definição do “direito aplicável”<sup>81</sup> sobre tais fatos precede – ou determina – a própria existência do ente. Uma dada ordem jurídica, em consideração a uma companhia, pode admitir que sua existência seja regrada por outra ordem jurídica, ou pode condicionar sua existência à subsunção dos fatos constitutivos a seus próprios preceitos; em

<sup>81</sup> “Direito aplicável”: uma expressão elíptica, mas amplamente difundida no direito internacional privado, que designa a ordem jurídica estatal que regula determinada hipótese.

ambas as hipóteses, não se cogita da nacionalidade da companhia: tudo o que se questiona é o direito aplicável aos fatos que, em tese, podem determinar, a partir desta aplicação, sua existência.

Por tudo isto, este critério de atribuição de nacionalidade – se fizesse corresponder a nacionalidade à mera subsunção dos fatos constitutivos à ordem jurídica respectiva – seria ilógico e inútil. Se é dito que uma companhia é brasileira porque organizada sob a lei brasileira, na verdade se diz: “há um contrato plurilateral, há pessoas que subscreveram ações, há um estatuto e um objeto perseguido, há capital e pessoas voltados a este objetivo – e, diante de tudo isto, o direito brasileiro reconhece a existência de uma sociedade anônima, assim como qualquer outra ordem jurídica pode também reconhecer”. Não se trata de nacionalidade: trata-se de existência.

Mas pode-se dizer – e esta costuma ser a objeção que se lança a esta premissa – que ainda assim este pode ser um critério de atribuição da nacionalidade; pois se uma companhia se organiza sob determinada ordem jurídica, poderá atuar perante outra, e esta última poderá considerá-la estrangeira por ter se organizado sob leis diversas. Entretanto, para que uma companhia possa atuar, ela tem que existir perante a ordem jurídica em cujo âmbito atua; portanto, sua existência sempre será referida a esta ordem, ainda que esta suponha, neste referimento, uma outra. Mas neste caso, insistiriam os defensores desta objeção, ainda assim o fato de ter se organizado sob uma ordem jurídica estrangeira determina sua condição de estrangeira; ao que se responderia: não, o ‘organizar-se’ é simplesmente a subsunção dos fatos constitutivos à ordem jurídica – subsunção necessária e constante; o ‘organizar-se’ é a realização dos eventos a que a lei condiciona a existência da companhia; o ‘organizar-se’ é a confluência de fatos sobre os quais incide a norma jurídica e que, assim, projetam repercussões – entre as quais a existência do ente; em suma, ‘organizar-se’ é simplesmente a subsunção de que se trata. Se uma ordem jurídica se remete a outra para reconhecer a existência de determinada companhia, não lhe define a nacionalidade – apenas projeta, a partir desta ‘ordem’, sua existência. Óbvio que, por fazê-lo, pode prever condicionamentos à atuação da companhia; mas então não se estará mais tratando de critérios de atribuição de nacionalidade, e sim das repercussões ligadas ao fato de que a incidência de uma ordem jurídica estrangeira seja pressuposto à existência desta companhia.

Tem-se de reconhecer, é verdade, que estas repercussões estarão ligadas àquilo que se chama, aqui, de ‘idéia de nacionalidade’. Entretanto, isto não faz com que a causa de que decorrem – a subsunção de fatos à lei e a conseqüente origem da companhia – possa ser considerada, rigorosamente, como um critério de atribuição de nacionalidade.

A consideração do fenômeno ‘nacionalidade’, em relação às corporações, é importante justamente quando, de alguma forma, ele influencia – como um fator alheio – nesta operação básica de subsumir os fatos constitutivos a um determinado ‘direito’. Por exemplo: uma empresa constituída no Brasil tem sua existência referida ao direito brasileiro; entretanto, por ter sede no estrangeiro, não tem nacionalidade brasileira. Neste contexto, em que a nacionalidade é um atributo do ente, faz sentido o emprego do termo.

A atribuição da nacionalidade, portanto, deve pressupor um ente existente – com o perdão da redundância e da ressonância. Ao ser suposta sua existência, poderá ser necessário, num determinado contexto jurídico, cogitar sua nacionalidade. Esta ‘nacionalidade’, portanto, será um atributo, uma qualidade, um adjetivo deste ente – ou seja, algo que, de alguma forma, *adjetiva* o que existe.

#### **2.4.1.2 Organização e registro: suporte para a atribuição da nacionalidade.**

Viu-se, acima, que o fato de que uma companhia tenha sido organizada sob a lei de um país não é, em si mesmo, um critério para a sua nacionalidade. É antes uma condição para a sua existência. Entes não humanos existem *juridicamente* apenas diante de uma ordem jurídica que os reconheça. Ao reconhecê-los, ela determina – de forma direta ou indireta, conforme ela mesma reconheça os fatos constitutivos, ou suponha tal reconhecimento perante outra ordem jurídica – sua existência. Seja qual for a forma de tal reconhecimento, entretanto, está-se ainda no plano da existência deste ente; e, se é cogitada sua ‘nacionalidade’, a questão sobre sua existência tem que estar já superada.

Portanto, para que uma sociedade empresária seja nacional ou estrangeira, tem que existir. Mas não apenas isto: tem que ter personalidade jurídica. Pois a nacionalidade, no sentido que aqui (especificamente nesta seção) se emprega, é mero atributo da personalidade; e a subsunção dos fatos constitutivos à lei, por ser justamente o que determina sua existência, é pressuposto dela. A questão que se põe, portanto, é a seguinte: se a “origem” da corporação determina um critério para a atribuição de sua nacionalidade, e se este critério não pode ser a mera subsunção dos fatos constitutivos à lei, a que exatamente este critério se prende?

No Brasil, para que uma companhia<sup>82</sup> esteja apta a funcionar – ou seja, a exercer as atividades previstas em seu objeto social – é preciso que tenha arquivado e publicado seus atos constitutivos<sup>83</sup>. Com isso, a companhia obtém o registro<sup>84</sup>, ato do poder público que atesta a existência dos atos que determinam sua constituição e que, sobretudo, lhes dá

<sup>82</sup> Propositamente, esta seção se centrará sobre as companhias, pois em relação a elas a questão ganha toda a sua profundidade. Além disso, cogitará do caso brasileiro: sendo necessário aprofundar o exame das regras pertinentes, é conveniente fazê-lo convergir sobre um só grupo de regras – no caso, as pertencentes ao direito brasileiro. Todavia, as considerações aqui feitas serão aplicáveis, no que couber, aos demais tipos societários; e, exceto pelas remissões ao direito deste país, certamente são aplicáveis a todos os demais países em que a organização das sociedades comerciais observar estes dois atos básicos – a constituição e a publicidade dos atos constitutivos.

<sup>83</sup> Lei 6.404/76, art. 94. Neste sentido, Carvalhosa (2002, p. 7)

<sup>84</sup> Pontes de Miranda (1984a, p. 170) aponta a distinção entre ‘registro’ (que chama de “registro”) e ‘arquivamento’ dos atos constitutivos no ofício competente: este “é um dos elementos” daquele outro. O mestre explica a distinção: “O arquivamento do contrato de sociedade é elemento necessário do registro da sociedade. O arquivamento é requerido por todos, alguns, ou qualquer dos sócios, no lugar da sede social, ou, se há filiais ou sucursais, na e em cada uma dessas. Feito o arquivamento, há o ato escrito sobre isso, que é o registro, com eficácia *ex tunc*, se o requerimento do arquivamento foi no quíndecênio. Ao registro segue-se a publicação, que é plus, oriundo de regra jurídica do Decreto n. 596, de 19 de julho de 1890, art. 29” (1984c, p. 171). A distinção entre registro e arquivamento é de questionável valor prático: a Lei 8934/94, que rege o “registro de empresas mercantis”, fala apenas em ‘arquivamento’ dos atos constitutivos (art. 32), empregando o termo ‘registro’ na acepção de ‘ofício’, ‘cartório’ – como, aliás, faz também o próprio Pontes de Miranda: “Registro de imóveis é o ofício público, em que dá a publicidade a atos de transmissão dos bens imóveis e aos direitos reais sobre imóveis ou a negócios jurídicos que a eles interessem” (1983b, p. 207). Na verdade, o que importa é ter em vista os efeitos do ato a que o mestre chama ‘registro’: ele atesta a existência do ato registrado, ao mesmo tempo em que lhe dá publicidade. Os ofícios, neste sentido, são arquivos públicos – e o adjetivo, aqui, comporta dupla sinonímia: são ‘públicos’ não só porque compõem a estrutura da administração pública, mas porque são sujeitos ao conhecimento do todos. Portanto, o que importa no ato de registro é justamente o ‘arquivamento’, que ao mesmo tempo atesta a existência do ato e torna-o público; o ato do oficial, que chancela este arquivamento, não traz qualquer acréscimo ao conteúdo do ato que é arquivado e que se torna público. Este ato compõe o trâmite de um procedimento administrativo, cujo resultado é o arquivamento do ato, ou a denegação deste arquivamento. O que importa é o arquivamento e a conseqüente publicidade atribuída ao ato arquivado; sendo público, o ato se presume conhecido – ou conhecível – por todos, e deste fato decorre a própria inviolabilidade de seu conteúdo. A lógica por trás de todo o registro público é a publicidade; e esta, por sua vez, é conseqüência da sujeição dos assentamentos (arquivos) ao conhecimento do público; donde a conclusão: toda a importância do registro decorre do arquivamento – e não há, ao menos no contexto desta dissertação, a necessidade distinguir entre este e o registro. Logo, tal distinção, da forma como a propõe Pontes de Miranda, pode ser relevante no estudo da própria atividade de ‘registro público’, enquanto questão de direito administrativo; quanto à matéria desta dissertação, basta ter em mente o sentido da lei: condicionar a eficácia do ato de constituição da sociedade anônima ao arquivamento no ofício competente, o que faz presumir a publicidade do ato.

publicidade. Portanto, o registro não apenas dá personalidade à sociedade anônima; ele seria condição, justamente por dar-lha, à eficácia do ato constitutivo<sup>85</sup>.

A isto, então, terá se referido o legislador, quando se refere à “organização” da companhia como critério para a atribuição de nacionalidade? Quando o art. 60 do Decreto-lei 2627/40 diz que “são nacionais as sociedades *organizadas* na conformidade da lei brasileira”, que significado tem o adjetivo ‘organizadas’<sup>86</sup>? Tal resposta pressupõe que se cogite do processo que conduz à criação da companhia, desde os primeiros atos de seus fundadores até a data em que se iniciam de suas atividades. Este processo divide-se em duas fases: a constituição e a personificação; e estas fases são rigorosamente sucessivas: primeiro, deve ser constituída a companhia; só após pode ser registrada. E então se volta à pergunta: o que se entende por “sociedades organizadas”, para o fim de lhes atribuir a nacionalidade brasileira? As que se achem constituídas? Ou já personificadas?

Já se viu, antes, que tal questão, ao ser posta nestes termos, não faz sentido. Uma companhia só existe se referida a uma ordem jurídica; o ‘organizar-se’ a companhia é, como dito, este referimento dos fatos constitutivos à lei regente. Portanto, se uma companhia ‘organiza-se’ sob determinada ordem jurídica, estará referida a esta ordem, sujeita a ela, e existirá no contexto de sua vigência e aplicação. Não faz sentido, portanto, dizer que é nacional a companhia ‘organizada’ sob a lei deste país: se uma companhia é organizada sob a lei do país, existe perante esta lei, e, se existe, sujeita-se a seus comandos; os condicionamentos ligados à nacionalidade são parte do conteúdo desta sujeição; logo, é contraditório supor que a nacionalidade a determine.

O organizar-se, insista-se, pode ser visto como mera subsunção. Se há um contrato, se há sócios, se há capital subscrito e objeto – se há, enfim, fatos que determinam a constituição de uma companhia, esta poderá em tese constituir-se sob qualquer ordem jurídica que, diante destes ‘fatos’, reconheça-lhe a existência. Os fatos existem e são sempre subsumíveis aos preceitos abstratos que os contemplem. Se brasileiros procedem, em território brasileiro, à

---

<sup>85</sup> Neste sentido, Túlio Ascarelli (1969, p. 296). Já Pontes de Miranda (1984a, p. 162-163), assume posição um tanto obscura: ele expressamente adota a “teoria da ineficácia da sociedade por ações irregistrada”; mas nega que o ato constitutivo, antes de registro, esteja sujeito a condição suspensiva: “o contrato, esse, ficou ultimado, concluído. O que falta não é elemento do contrato”. Que o registro não seja ‘elemento do contrato’, e que portanto não condicione sua eficácia, pode-se compreender perfeitamente; mas não está claro por que a sociedade seria, até o registro, ineficaz. A questão será adiante retomada.

<sup>86</sup> Idêntica terminologia é adotada no Código Civil de 2002, art. 1.126.

constituição do que supõem ser uma sociedade por ações, talvez a lei brasileira, diante dos atos realizados, não reconheça a existência desta companhia; mas é perfeitamente possível que outra ordem jurídica a reconheça. Neste caso, há simples subsunção e, em tese, esta companhia poderá atuar, como sujeito jurídico, nas relações reguladas pelas ordens jurídicas que a reconheçam.

Neste sentido, organizar-se é um fenômeno que se realiza de modo permanente, justamente porque a abstração do preceito jurídico fá-lo aplicável sempre que houver a hipótese a autorizar sua incidência. Portanto, sempre haverá, de um lado, os fatos e, de outro, os preceitos; se estes incidem sobre aqueles, e desta incidência resulta a existência de uma companhia, conclui-se que esta subsunção é permanente (na medida em que existência da companhia, em todos os seus momentos, a pressupõe) e indefinidamente possível (na medida em que aqueles fatos sempre poderão se subsumir a qualquer ordem jurídica que os reconheça como suficientes a determinar a existência da companhia).

Neste contexto, definitivamente, não há sentido na atribuição de nacionalidade à companhia, se é levada em consideração apenas a ordem jurídica sob a qual foi organizada. Se ‘organizar-se’ é precisamente determinar a própria existência – o que, por seu turno, implica a subsunção de fatos constitutivos à lei – então este ‘organizar-se’ sempre será pressuposto a que uma companhia exista perante qualquer ordem jurídica em que atue. Ainda que uma ordem jurídica X reconheça tal existência por referir-se à ordem jurídica Y, isto não afasta o fato de que, ainda assim, será sempre necessária que aquela a reconheça, pois só pode ‘atuar’ num determinado universo jurídico quem (ou o que) aí exista; logo, a existência da companhia perante a ordem jurídica Y, neste exemplo, é simplesmente um fato que, subsumido à ordem jurídica X, permite a esta reconhecer tal existência. Em suma: tratando-se apenas da subsunção de fatos à lei, não faz sentido cogitar do tema ‘nacionalidade’: tudo se resume a verificar tal subsunção como condição à existência da companhia; e, constatada tal existência (ou seja: verificado que a companhia organizou-se perante a ordem jurídica sob a qual quer atuar e, portanto, existir), então cogitar dos condicionamentos, inclusive aqueles ligados à idéia de nacionalidade, que esta ordem jurídica impõe.

Estas considerações já haviam sido feitas. Cabe notar, agora, que quando se limita o sentido do termo ‘organizar-se’ à mera subsunção dos fatos constitutivos à lei, desconsidera-se um dado fundamental: o registro. Fatos constitutivos são aqueles que

determinam a existência das sociedades – e, de modo geral, de todos os entes não humanos. A teoria jurídica ilustra o conjunto destes fatos – que, em alguns casos, são múltiplos e complexos – com uma espécie de figura metonímica: o contrato plurilateral. Diz-se tratar-se de uma espécie de metonímia porque a noção de um contrato é, aqui, um recurso de linguagem; não que se sustente não haver tal contrato: nesta dissertação ele não apenas é suposto, como tal suposição é base de suas conclusões mais relevantes – supondo-se haver alguma; mas o termo contrato, na verdade, apenas figura uma série de atos e procedimentos que, em conjunto, expressam manifestações da vontade dos sócios no sentido de constituir a sociedade. De todo modo, o contrato plurilateral é o fato<sup>87</sup> que, subsumido à lei, determina a existência das sociedades em geral, e das companhias em particular; e esta subsunção é, como visto, indefinida: qualquer ordem jurídica pode, em tese, reconhecê-los e estender-lhes os efeitos peculiares – ou seja, o reconhecimento da existência da sociedade. Repita-se pela enésima vez: tudo se passa no plano da existência; tudo se restringe à mera subsunção de fatos a preceitos jurídicos; o tema da nacionalidade, neste contexto, é impertinente.

Mas, como dito, todas estas considerações deixam de considerar um dado relevantíssimo: o registro. Também o registro é um fato, e, nesta medida, sua ocorrência é subsumida à lei e dela decorre os efeitos jurídicos característicos. Mas o registro, além de fato, de um dado da realidade, é também um ato jurídico público. O estado, a que se remete determinada ordem jurídica, realiza o registro, seja através dos órgãos da administração pública, seja mediante a delegação a terceiros. O ato de registro é necessariamente público, já que sua realização só faz sentido diante dos fins públicos aos quais é relacionada.

Já foi dito, acima, que a palavra ‘público’, ao predicar o ‘registro’, comporta dois sentidos: por lado, designa a natureza daquilo que é atribuído ao estado, ao ente público; por outro, refere-se à suscetibilidade de ser conhecido por todos, à completa sujeição dos conteúdos registrados ao conhecimento geral. Isto é o que há de mais interessante no registro, como instituto jurídico e como atividade tipicamente pública. O registro é uma espécie de ligação entre a

---

<sup>87</sup> Quem conhece a obra de Pontes de Miranda, sabe que se tem evitado, aqui, sua terminologia. Por exemplo, a expressão “suporte fático”, tão necessária à compreensão do fenômeno da subsunção na sua obra. Não porque se julgue tal terminologia falha ou inadequada. Absolutamente. Mas apenas porque, neste caso, teria que ser ‘importado’ para esta dissertação todo o sistema teórico que a fundamenta. E, embora se reconheça seu brilhantismo, julga-se desnecessário, para os propósitos desta dissertação, recorrer a ele.

realidade e o estado, entre a infinita multiplicidade do real, e a existência impalpável<sup>88</sup> da ordem jurídica: o registro traz o fato para o interior do estado, e lança o selo estatal sobre o evento singular da realidade fática. Há no registro, portanto, um quê de chancela, de reconhecimento, de declaração<sup>89</sup>. O estado, ao registrar, documenta – e como que incita a ordem jurídica a reconhecer o ato registrado, apresentando-o como um evento público, reconhecido em geral, atestado por todos.

O registro, portanto, é o primeiro dado a considerar, quando se trata de nacionalidade. Enquanto se via o fenômeno da ‘organização da companhia’ sob a ótica da subsunção, não fazia cogitar da nacionalidade: bastava verificar se os fatos se subsumiam à lei – de qualquer país – cuja incidência determinasse a existência da companhia (e só depois esclarecer as peculiaridades da sujeição da companhia a esta ordem jurídica, inclusive considerando os condicionamentos ligados à nacionalidade). Entretanto, agora se passa a considerar um dado a mais – o registro. O estado, o núcleo ao qual remonta toda uma ordem jurídica determinada, atesta a existência daqueles fatos; mais ainda: atribui à sociedade, cuja existência decorre da subsunção daqueles fatos à norma, personalidade jurídica. Trata-se, em suma, dos efeitos declaratórios e constitutivos do registro<sup>90</sup>. O estado toma perante si o fato, torna-o público, chancela-o; e a isto a ordem jurídica atribui repercussões relevantíssimas, especialmente em relação às companhias.

É verdade que o registro, em si, também decorre da subsunção dos fatos – basicamente, o contrato plurilateral – à lei. Mas o registro, em si mesmo, é também um fato a que

<sup>88</sup> O adjetivo talvez não seja o ideal, mas dá a idéia de algo que existe apenas como construção intelectual, ainda que compartilhada e “consagrada” em textos; enfim, algo sem corpo, sem existência física, que não se manifesta aos sentidos, ao tato, às mãos.

<sup>89</sup> Pontes de Miranda (1984a, p. 162), quanto ao registro das sociedades por ações, reconhece-lhe eficácia constitutiva: “O efeito constitutivo da personalidade, que tem o registro, é inegável. Não há a pessoa jurídica da sociedade por ações, nem das outras sociedades de direito privado, se não houve o registro. A entidade jurídica, personificada, passa a existir entre as outras entidades jurídicas. Antes do registro, a sociedade por ações não é sujeito de direito: os contraentes quiseram introduzir no mundo jurídico a pessoa jurídica, mas, antes do registro, apenas *criaram* a sociedade por ações”. Não se ousaria criticar a posição do mestre. Mas parece inegável a eficácia declaratória que *também* existe no registro público. Antes de mais nada, o registro serve a atestar a existência e o conteúdo do evento registrado; e a credibilidade deste ‘atestado’ deve-se justamente à publicidade do registro, pois se todos podem conhecer o ato registrado, sua existência e seu conteúdo submetem-se – em tese, obviamente – ao controle geral e irrestrito da sociedade.

<sup>90</sup> Tem-se, até aqui, referido a efeitos declaratórios e constitutivos, supondo que o sentido de tais noções, tal a sua notoriedade, seja razoavelmente conhecido, e que haja também razoável consenso quanto a ele. Em todo caso, esclarece-se que eficácia declaratória, nesta dissertação, é aquela que reconhece o fato jurídico – em sentido amplo – e, a partir disto, suas conseqüências; já a constitutiva é a que atribui ou modifica, ou suprime, os efeitos ligados a ele.

a lei liga efeitos. Portanto, a partir do registro, há outra operação de subsunção – e outros efeitos jurídicos que repercutem a partir disto. O detalhe, entretanto, é que nesta última operação – em que o registro é fato sobre que incidem as regras e a partir de que se operam efeitos – leva-se em conta um fato atribuído ao estado. A nacionalidade, aqui, começa então a manifestar-se: se o estado registra a companhia, reconhece-a; a ligação desta companhia à ordem jurídica, neste caso, é nítida, é distinta, é “consagrada”. Há no registro este elemento de consagração: a companhia não é simplesmente o resultado da subsunção dos fatos às normas; a companhia, além disso, é o ente reconhecido pelo estado.

Este reconhecimento, por si só, justifica que se atribua a nacionalidade à companhia. A mera operação de subsumir os fatos à lei não remete, a princípio, a uma ordem jurídica em especial; a subsunção, como operação lógica, ocorre necessariamente a partir da mera existência do preceito, sem que o próprio estado possa evitá-la; e, em tese, a lei de qualquer estado pode reconhecer nesses fatos a existência da companhia. Entretanto, ao se considerar a presença do registro público nesta operação, então ela necessariamente será remetida a um estado determinado<sup>91</sup>; pois somente um estado pode realizar tal registro – cuja natureza, como visto, é necessariamente pública<sup>92</sup>.

Portanto, tudo conflui para a seguinte questão: o “organizar-se” a sociedade, no sentido em que a expressão é empregada nas normas consideradas<sup>93</sup>, é simplesmente constituir-se (com o contrato plurilateral)? Ou é também personificar-se (com o registro)?

Uma sociedade só pode ser registrada no Brasil se sua constituição foi conforme a lei brasileira<sup>94</sup>. Logo, o registro supõe esta condição. Mas há, evidentemente, a possibilidade de que uma companhia constituída não tenha sido registrada. E há mesmo outra possibilidade que, em tese, não pode ser descartada: a de uma companhia que, constituída sob as leis brasileiras e aqui sediada, seja registrada em país estrangeiro. Não se trata, esta última possibilidade, de uma hipótese implausível, pois nada impede que a legislação de país estrangeiro

---

<sup>91</sup> É possível que o registro seja atribuído a um ente não estatal – particularmente, um organismo internacional. Neste caso, a conclusão é idêntica: este registro ligará a existência (e possivelmente a personalidade) da companhia à ordem jurídica que este organismo encerra.

<sup>92</sup> Tal afirmação, a rigor, deveria substituir a palavra estado por pessoa de direito internacional, segundo o sentido desta expressão no âmbito do direito internacional público (DINH et al., 2003, p. 413).

<sup>93</sup> Lembra-se: em especial, art. 60 do Decreto 2627/40 e art. 1.126 do Código Civil.

<sup>94</sup> Lei 6.404/76, art. 97.

permita o registro de companhia constituída e sediada no Brasil. Pode-se retrucar que o interesse prático em torno da hipótese é ainda questionável: se a companhia foi constituída segundo a lei brasileira, ela é registrável; logo, não há razão para que não se registrasse no país. Pode-se todavia replicar que, embora sua administração seja sediada no Brasil, suas atividades concentram-se no país em que registrada – e que apenas ocasionalmente foi de algum interesse invocar a nacionalidade brasileira. A questão é: uma companhia não registrada no Brasil tem, ainda que aqui constituída e sediada, a nacionalidade brasileira?

Antes de tudo, note-se que esta questão põe em relevo um detalhe fundamental, já ressaltado, no que concerne às companhias: a perfeita distinção entre a constituição e a personificação da sociedade. A constituição se dá, basicamente, com a anuência dos subscritores, em assembléia ou através de escritura pública<sup>95</sup>; a personificação, com o registro. Pontes de Miranda deixa claro que a constituição é um ato contratual – contrato plurilateral<sup>96</sup> – que se conclui com a formalização da ata da assembléia de subscritores, ou com a escritura pública a que alude o art. 88, §2º, da Lei 6.404/76. Segundo o autor (1984, p. 162-163), não se pode sequer falar do registro da companhia como uma ‘condição suspensiva’ do contrato; este registro não é “elemento do contrato”, e então não pode condicioná-lo.

Disto se pode depreender a seguinte conclusão: quando a lei fala em ‘organizar-se’ a companhia, refere-se não apenas a seus atos constitutivos, mas também a seu registro. Uma razão clara a impõe: o fato de que a nacionalidade – nesta acepção sob que agora é considerada, ou seja, como resultado da incidência das regras gerais que discernem as ‘companhias nacionais’ das ‘estrangeiras’ – seja um atributo da personalidade. De fato, surpreende que Pontes de Miranda (1984, p. 189) sustente que o sentido do termo ‘organizadas’ (empregado no art. 60 do Decreto-lei 2627/40 e no art. 1126 do CC) corresponda ao de ‘constituídas’. O próprio autor sustenta que a nacionalidade está ligada à personalidade<sup>97</sup>; portanto, por rigor lógico, deveria ligar a nacionalidade da pessoa jurídica ao ato de personificação – e não ao contrato plurilateral que é pressuposto desse ato. Enfim, uma sociedade não personificada – ainda que já constituída – não pode ter nacionalidade, se tal atributo for um

---

<sup>95</sup> Lei 6.404/76, especialmente artigos 80-88.

<sup>96</sup> Pontes de Miranda (1984a, p. 113) e Ascarelli (1969, p. 268), entre vários outros, adotam o termo.

<sup>97</sup> “Nacionalidade chama-se à relação jurídica entre a pessoa física (por extensão, a pessoa jurídica) e o Estado” (1983a, p. 278).

efeito da incidência das regras gerais a que ora se alude; logo, não faz sentido ligar a nacionalidade (apenas) a esta constituição.

É preciso, portanto, afirmar: o registro da companhia – e pode-se decerto estender a seguinte afirmação a todas as sociedades comerciais – é o pressuposto (ao lado da localização da sede da administração) para a incidência das regras gerais de atribuição da nacionalidade. Se este registro é feito segundo as leis deste país – ou, para ser ainda mais específico, se é feito sob a chancela do estado brasileiro – então estará presente aquele pressuposto.

Mas é preciso dizer mais: só há sentido nesta regra de atribuição de nacionalidade às companhias – que lha atribui conforme a ordem jurídica sob que se organizam – se é pressuposto que o verbo ‘organizar-se’ abrange também o registro. Não se defende aqui, como alguns autores, que companhias sem registro não possam ter nacionalidade<sup>98</sup>; apenas se está dizendo que a nacionalidade, nesta acepção restrita sob a qual é aqui vista (como atributo da personalidade, como bandeira, como rótulo), não pode ser atribuída a uma sociedade não registrada.

Em suma: o fato de que a companhia tenha se constituído segundo as leis brasileiras é irrelevante – diante do critério, ora considerado, de atribuição de nacionalidade – se esta companhia não for registrada no Brasil. Sem este registro, ela não tem personalidade jurídica; sem este registro, sua existência é mero efeito da subsunção dos fatos constitutivos à lei – e esta ‘lei’ corresponde a todos os preceitos, de qualquer ordem jurídica, a que tais fatos possam ser subsumidos; sem o registro, portanto, resta apenas esta ‘subsunção’, sem nada que vincule, *a priori*, a determinado estado nacional.

O ato de registro está no cerne da questão. É não apenas pressuposto à aquisição da personalidade, mas o “selo” do estado sobre a existência da companhia. Com o registro, o estado nacional reconhece a companhia, e liga sua existência a si. Com o registro, em suma, há o elo entre a companhia e o estado nacional, diante do qual há lógica em cogitar a incidência do que aqui chamamos de critério geral de atribuição de nacionalidade.

---

<sup>98</sup> Conforme indica Régnier (2002, p. 100-103).

### 2.4.2 Segundo critério: nacionalidade do país em cujo território está sediada.

A sede de uma sociedade comercial – e dos entes não humanos em geral – corresponde a seu domicílio. O domicílio indica o ponto no espaço a que o sujeito é referido. O sujeito, quando for um homem, obviamente não ocupa um lugar fixo; é irrequieto, desloca-se constantemente. Entretanto, ainda assim é possível referi-lo a um lugar: um país, uma cidade, uma vila, uma casa. Esta possibilidade pode não existir. Ela supõe estabilidade, isto é, uma ligação estável do homem a algum lugar. Vincular o homem a algum lugar é algo sempre problemático; entretanto, o direito sempre resolveu esta questão de forma razoavelmente simples: o lugar do homem é onde ele vive<sup>99</sup>, onde ele mora, onde é seu lar. Há nesta noção, está claro, um componente cultural: a palavra lar tem nítida conotação religiosa, política, mesmo poética. De todo modo, ela reflete aquela ligação estável de que se falou. Pode-se mesmo afirmar – não sem se sujeitar a críticas – que a noção de domicílio liga-se, na origem, à visão do homem como um ser sedentário. O fato de que os homens tenham passado a ‘viver’<sup>100</sup> em locais determinados – ou seja, tenham se fixado nestes locais – é decisivo à conformação jurídica e política dos diversos povos ao longo da história; esta fixação sempre expressou, de algum modo, a ligação do homem a determinado centro de poder – ligação que, como bem ressaltava Jhering<sup>101</sup>, manifesta-se não só como submissão, mas também como proteção. Não por acaso, esta fixação tende a ser, historicamente, um dado relevante à caracterização do estatuto do homem perante uma dada ordem jurídica (SAVIGNY, 2004, p. 42-43).

<sup>99</sup> O vocábulo tem invariavelmente estes dois sentidos, que não deixam de ser complementares: viver é ter vida, estar vivo; entretanto, a mera justaposição de um adjunto adverbial de lugar forja o outro sentido: viver é viver em determinado ponto do espaço, pertencer ao lugar, morar. Nas línguas inglesa e alemã, este duplo sentido do vocábulo é especialmente evidente em *live* e *lieb*.

<sup>100</sup> A forma verbal escolhida – “tenham passado a viver” – denota que houve uma passagem do nomadismo ao sedentarismo. Obviamente, esta ‘passagem’ pode ser contestada; mas é suposição razoavelmente aceita (AIMET, 1974, p. 11).

<sup>101</sup> “As instituições do Estado, nos tempos primitivos, podem assimiladas como os oásis do direito no vasto deserto da injuricidade que as cerca por todos os lados” (2003, p. 115).

O domicílio é a expressão jurídica desta ligação do homem ao lugar. É o ponto no espaço em torno do qual o sujeito de direito orbita, e ao qual é referido tudo o que lhe for juridicamente pertinente<sup>102</sup>. O direito supõe esta ligação entre o homem e determinado lugar; esta suposição, sob diversos aspectos e por inumeráveis razões, é necessária; e esta necessidade levou a que se desenvolvesse o conceito de domicílio. Domicílio, portanto, é a projeção do sujeito sobre determinado espaço geográfico. Trata-se, como a personalidade, de uma projeção: a um fato – o homem – está ligada a personalidade, que o faz capaz de direito e deveres, assim como o domicílio, que o liga a determinado ponto geográfico. O direito projeta o ser do homem – e diz: “eis a pessoa”; projeta-lhe o estar, o viver-em, o morar – e diz: “aí é seu domicílio”.

No caso dos entes não humanos, a noção de domicílio torna-se mais simples, por um lado, e mais complexa, por outro. A existência destes entes se manifesta em ‘lugares’ – escritórios, “bureaus”, estabelecimentos. Em muitos casos, uma sociedade comercial é como que ‘corporificada’ por determinado prédio, que passa a simbolizar sua existência no espaço<sup>103</sup>. Entretanto, se a sede é o domicílio, e se este é o lugar a que é referida a pessoa, a própria complexidade em torno da personalidade dos entes não naturais torna bastante complexa esta referência. Que um homem esteja referido a um lugar, é algo visível – é uma constatação que se dá aos sentidos de forma imediata. Isto não é assim tão claro quando se consideram entes não humanos; ao se dizer que eles ocupam um lugar, estamos projetando sobre o espaço os dados que determinam sua existência: neste sentido, o lugar que estes ocupam é sempre o lugar que os homens a ele vinculados<sup>104</sup> ocupam no exercício dos poderes e deveres decorrentes desta vinculação. O ente não humano, lembre-se sempre, não tem existência sensível; ou melhor:

---

<sup>102</sup> Neste sentido, Pontes de Miranda (1983a, p. 248).

<sup>103</sup> A existência do homem no espaço é sensível. A existência dos entes não humanos, ao contrário, é assimilada a atos e fatos jurídicos que convergem a um centro de referência, que existe como um fenômeno dado somente à consciência humana, incapaz de ser captado imediatamente pelos sentidos. Claro: talvez a mais notável distinção entre entes humanos e não humanos é o ‘corpo’, em cuja realidade a existência daquele se dá. Todavia, e justamente por isso, a existência do ente não humano no espaço será referida a um lugar – quase sempre a um imóvel; enquanto a existência do homem é referida a ele mesmo, a seu estar no mundo. Esta existência, portanto, é irremissível a um lugar definido (donde a necessidade do conceito de domicílio); a existência do ente não humano, ao contrário, só pode se manifestar – no espaço – em alguma sede. Por isso, dizia-se, é mais simples e simultaneamente mais complexa a noção de que o ente não humano tenha domicílio: mais simples porque sua posição no espaço tende a ser assimilada a elementos imóveis – o centro de administração, o estabelecimento, o escritório – enquanto o homem existe em constante deslocamento; e mais complexa porque a constatação de que a existência daqueles entes seja assimilada a determinado lugar é sempre discutível, o que obviamente não acontece com o homem, cuja existência traduz-se num dado sensível.

<sup>104</sup> Por “homens a ele vinculados” há que se entender todos aqueles cujas atividades materializam a existência do ente, inclusive os administradores, controladores, empregados, etc.

embora sua existência se perfaça em dados sensíveis, estes só são assimilados àquele ente na consciência. Em suma: sua existência se projeta em lugares – prédios, escritórios, estabelecimentos; mas a questão é: o que determina esta projeção? O que, exatamente, faz que se considere um dado lugar como a sede deste ente?

As leis brasileiras, por exemplo, ao estabelecerem as regras para a definição da sede destes entes, foram bastante razoáveis. Elegeram, como critério fundamental, o mais artificial possível: a sede é onde os atos constitutivos disserem. Tal critério não se liga a nenhum dado sensível – e nisto, precisamente, está sua razoabilidade. Entretanto, ao lado deste critério, há este outro: seu domicílio é o lugar onde funcionam as respectivas diretorias e administrações<sup>105</sup>. A definição do domicílio, portanto, está ligada a regras de conteúdo quase polares. De um lado, a regra artificial: a sede é onde os próprios sócios apontarem; de outro, a regra substancial – a sede é onde está a administração e a diretoria da pessoa jurídica. Quanto à primeira, não há o que dizer senão isto: a lei regente impõe que os atos constitutivos apontem o local da sede da sociedade. Quanto à segunda, duas dificuldades fundamentais ocorrem. Primeira: como definir a localização geográfica da diretoria e administração da companhia? Segunda: é possível defini-la? Ambas as questões, evidentemente, supõem uma terceira: o que é, afinal, administração e diretoria das sociedades?

Até aqui, falou-se do domicílio dos entes não humanos. Entretanto, quando se enfocam os critérios de atribuição de nacionalidade a estes entes, todas estas considerações necessariamente enfrentarão estas duas (ou melhor: três) dificuldades fundamentais. A razão disto é a seguinte: ao mencionarem a localização da sede como critério para a atribuição da nacionalidade, as leis brasileiras expressamente ressalvam: sede é o lugar em que localizada a administração da sociedade. Segundo este critério, portanto, não importa que a sede seja fixada segundo aquela primeira regra, mais artificial, antes referida: “sede é onde os atos constitutivos disserem”. Para a definição da nacionalidade das sociedades, o conceito de sede corresponde somente ao de localização da administração; e, sendo a administração um dado teoricamente

---

<sup>105</sup> A matéria está disciplinada no art. 75 do Código Civil Brasileiro: “Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é: (...) IV – (...) o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos. § 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados. § 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder”.

passível de ser constatado na realidade, tal localização pode não corresponder àquela apontada nos atos constitutivos.

E chega-se, enfim, à questão crucial: como definir o local onde a sociedade é administrada? Questão que, como dito, supõe outra: o que é, ou como se manifesta, tal administração?

Em resposta a tal questão, podem-se adotar três posturas.

Na primeira, o termo ‘administração’, nas normas jurídicas que prevêm os critérios de atribuição de nacionalidade, corresponde a comando, que a seu turno tem sentido suficientemente amplo para abrigar os conceitos de controle e o de gestão. Assimila-se o termo controle à noção de poder; e o termo gestão à de execução. Por ‘comando’, assim, entende-se tudo o que determina as ações da sociedade, seja por impô-las, seja por estar à frente de sua realização.

Na segunda postura, seria notado que aquela primeira talvez falhe ao discernir estas duas formas de comando. O termo gestão seria, segundo esta objeção, mera extensão do controle. Tudo, portanto, se restringiria a estabelecer as formas por que se manifesta este último. Tudo se resumiria a verificar, em cada sociedade, as formas por que se exerce o poder.

Mas, enfim, há também uma terceira postura, que é uma objeção contra esta última objeção: o fenômeno do poder é tão complexo, sujeito a um universo tão amplo de possibilidades tão sutis, que a tentativa de defini-lo será sempre redutora, simplista e, possivelmente, arbitrária. O controle se manifesta, sem dúvida, em fatos objetivamente demonstráveis; Comparato (1983, p. 36), em passagem que é simplesmente basilar no contexto de sua obra sobre o poder de controle nas companhias, diz que o controle é sempre referível à assembléia, ainda que não se manifeste simplesmente na mera propriedade das ações. Afirmá-lo, entretanto, não esgota as infinitas possibilidades e formas pelas quais o controle é exercido, ainda que se supusesse a assembléia como alvo indiscutível deste exercício. O que a teoria sobre o poder de controle nas sociedades deve explicar é se este poder supõe o homem como instância final do seu exercício. Se supõe, terá que se confrontar às teorias que remetem o exercício deste

poder não a indivíduos, mas a ‘organizações’ forjadas pelo próprio desenvolvimento dos mercados e das formas de atuação empresarial. Se não supõe, deve explicar qual a utilidade de identificar, juridicamente, uma instância não humana de exercício de poder – já que esta ‘instância’ não pode ser alvo da atuação jurídica: se a teoria do poder de controle nas sociedades não supõe o homem como instância final do exercício deste poder, então quem – ou o quê – pode responder por tal exercício?

Esta última objeção, que nega a possibilidade de que seja identificado, concretamente, o núcleo de poder em uma dada sociedade – ou melhor, nega a utilidade ou a conveniência de identificá-lo – marca um retorno a um critério (e fala-se, aqui, de critérios) menos pretensioso para a definição da nacionalidade. ‘Menor pretensão’, neste caso, corresponderia à eleição de dados mais ostensivos para tal definição; ou seja: dados extraídos da organização formal da sociedade, e não de ‘realidades’ mais substanciais – que decerto existem, mas cuja definição é sempre problemática.

Em suma, há três posturas que, teoricamente, dão sentidos diversos à expressão “sede da administração”. Na primeira, ao supor que a administração corresponda ao comando, assume-se que ela se manifesta tanto nos atos ostensivos (execução), quanto no poder que os determina (controle). Na segunda, assume-se que tudo se restringe ao controle, pois a execução é mera decorrência deste. Na terceira, ao contrário, afirma-se que ela se resume à execução, sendo imperscrutável a definição precisa das instâncias efetivas de poder em dada sociedade.

Entretanto, ainda que se assuma qualquer uma destas três posturas, a questão sobre a localização da sede fica em aberto. Pois não se questiona, aqui, quem ou o quê responde pela ‘administração’ da empresa; e sim *onde* esta administração é exercida. Claro: esta questão supõe que se defina o que significa o termo ‘administração’, para que então se relacione o que foi definido a determinado lugar. Mas então ocorre, como já dito, a seguinte questão: é sempre possível estabelecer tal relação? É sempre possível referir a administração a um determinado lugar?

É quase tentador responder que não. Considerando a estrutura e a forma de atuação das grandes companhias, soa muito artificial a suposição de que haja um lugar no qual

sua administração é exercida. E esta ‘artificialidade’ é tanto maior quanto mais se recorra a posturas ‘substanciais’ na definição do que seja este ‘administrar’. Se por ‘administração’ se entende o que antes se chamou de comando, então se deve considerar quem são os que efetivamente controlam a companhia; e mais: deve-se considerar a forma como exercem tal controle. Obviamente que, ao se supor as formas deste comando, ressaltará a conclusão que ele não é exercido – sobretudo quando se considera as grandes empresas, a respeito das quais a consideração da nacionalidade é sempre mais relevante – num local determinado, que sói chamar-se ‘sede’. Mesmo as pessoas mais alheias ao “grand monde” das grandes empresas sabem – ou ao menos intuem – que as decisões fundamentais a respeito das companhias não são tomadas atrás das mesas de escritórios. Tais decisões não têm lugar, não tem referência a um ponto no espaço. Elas são tomadas nos aviões, nos hotéis, nos restaurantes; por telefone, pela internet ou por qualquer das grandes dádivas da comunicação moderna. Não têm localização definível, não têm vínculo com espaços ou territórios, não têm pátria.

A grande lição que nos legou Galbraith<sup>106</sup>, neste sentido, foi a de que o comando das grandes empresas é irreduzível a pessoas, a lugares, a atividades típicas. A figura do grande capitalista, o proprietário do capital, já não é mais determinante no contexto do que ele chama de ‘grande empresa’, a que atribui o papel de protagonista no cenário econômico atual (1985, p. 36). O que vale, em relação a elas, são as formas explícitas e implícitas de organização, constante e necessariamente moldadas por intenso planejamento. O homem, em si mesmo, é peça desta organização: necessária mas substituível<sup>107</sup>. Galbraith concebe assim um cenário desolador, em que o homem é peça – como membro da organização, na condição de “tecnocrata”, e como alvo de suas atividades, na condição de consumidor – de uma ‘engrenagem’ cuja existência o acolhe e o suplanta. A economia determina – ou influi decisivamente – na forma como o homem está no mundo. E a economia funciona segundo a lógica das grandes organizações, para cujos fins a humanidade é “usada”. A noção de “tecnoestrutura” (1985, p. 57-64) como este suporte lívido da realidade, em que o homem se aninha e submerge, reduz o homem à condição de escravo, justamente porque implode as bases nas quais se assenta a idéia de liberdade. Este retrato gris da humanidade, entretanto, talvez a ponha na condição de vítima do próprio sistema

<sup>106</sup> Consideram-se, aqui, especialmente as obras “O Novo Estado Industrial” (1985) e “A Era da Incerteza” (1984).

<sup>107</sup> “Não foi para os indivíduos, porém para as organizações, que o poder na empresa e o poder na sociedade passaram. E a sociedade econômica moderna só pode ser compreendida como um esforço, inteiramente bem sucedido, de sintetizar na organização uma personalidade de grupo muito superior para seus propósitos à de uma pessoa natural, e com a vantagem adicional da imortalidade” (1985, p. 57).

que ela concebeu; e, isto considerado, deverá se questionar se é possível aceitar uma teoria em que o homem esteja sob tal condição; ou se, ao contrário, deve-se buscar uma forma de atribuir ao próprio homem tal realidade – e assim conceder-lhe a possibilidade de mudá-la.

Mas esta é uma discussão que ainda aguarda. Por ora, resta concentrar-se na questão que se punha: o lugar da administração. E aqui as ponderações do mesmo Galbraith (1984, p. 259-283), no que se refere às ‘grandes empresas’, são preciosas. Ele chama atenção para o fato de que centros de decisões não são referidos a algum lugar geográfico. Não há ‘salas de comando’; há apenas ‘comando’, exercido de forma fluida, ubíqua, quase espectral. Obviamente, esta descrição pode não ser pertinente no que se refere às empresas de menor porte; mas quando se fala em sociedades por ações, e sobretudo quando são focadas aquelas de maior tamanho e relevância no contexto econômico, estas observações são bastante adequadas – e ainda mais hoje, décadas após terem sido escritas.

Eis, então, o dilema: como definir o lugar da administração das companhias? Dilema que só recrudesce ao se considerar as corporações maiores e mais relevantes. Volta-se àquelas três posturas que, segundo visto, poderiam ser cogitadas diante daquela questão antes considerada: “o que é administração?” Estas posturas dão ao termo ‘administração’, no contexto dos dispositivos que estabelecem os critérios de atribuição de nacionalidade às empresas, um sentido mais ou menos substancial: ou a assimilam ao poder subjacente à estrutura formal da companhia, e que determina sua existência e atuação; ou a assimilam a esta estrutura mesma, formal e ostensiva, rejeitando a possibilidade de identificar com rigor as formas de exercício daquele poder; ou, finalmente, assimilam-na tanto ao poder quanto à estrutura formal.

Obviamente, a postura menos substancial – segundo a qual a administração corresponde às formas ostensivas de comando da sociedade – é a que, possivelmente, seja mais propícia a ser referida a um lugar determinado. Entretanto, mesmo nesta hipótese este referimento é problemático. Ao se considerarem, p. ex., as formas ostensivas de administração da companhia, deve-se ter em vista a atuação do conselho de administração e da diretoria. Ambos, no entanto, têm atuação dificilmente referida a lugares determinados – e tanto mais difícil é este referimento quanto maior a companhia. Quanto ao conselho de administração, sua reunião pode ocorrer em lugar diverso do que o estatuto considera como sede da empresa; já a atuação da diretoria é ainda menos ligada a um lugar determinado.

A grande ‘dúvida’, enfim, que permeia a compreensão deste critério está precisamente na suposição de que a administração das companhias – ostensiva ou não – seja exercida em ‘sedes’, escritórios, “bureaus”, prédios. Tais companhias têm, sem dúvida, estas ‘sedes’; mas de modo algum é aí o centro a partir do qual ela é administrada. Estas sedes são braços administrativos, cuja importância não é necessariamente maior que a dos diversos setores que a integram. A grande característica da administração destas companhias é dotá-la de uma ‘organização’ que sobrepara a todos estes setores, e que planeja sua atuação concatenada. Esta organização, diz Galbraith, não tem lugar. Existe onde as decisões são tomadas, nos diversos e muitas vezes peculiares cenários em que isto ocorre.

A expressão ‘sede da administração’, portanto, traduz um mero ponto de referência, um sinal de que o legislador se preocupa com o fato de que a companhia ‘esteja’ em determinado território. O sentido da regra é este: “é nacional a companhia que é comandada a partir do território da nação considerada”. E, ao supor que este comando realiza-se desde o local indicado como “sede”, o legislador satisfaz-se: “eis sua nacionalidade!”

Entretanto, diante do que foi dito, pode-se considerar a seguinte conclusão: “este critério não diz nada!” Ele só tem sentido ao se consentir com sua singela superficialidade. Neste caso, seria melhor que se considerasse como sede da administração simplesmente aquela que os atos constitutivos declaram; como dito, isto seria mais razoável. No mais, o critério de atribuição de nacionalidade às companhias segundo a localização da “sede da administração” se resolve, por assim dizer, em convenções: “aceitemos, de um lado, que seja possível definir o que é a administração da companhia; aceitemos também, de outro, que seja possível referi-la a algum lugar. E então concluamos em júbilo: as companhias têm nacionalidade!”

Não se duvida de que estas ‘convenções’ possam ter uma certa funcionalidade no contexto jurídico. Neste sentido, podem possibilitar à ordem jurídica assimilar realidades cuja complexidade, por si só, impede que essa assimilação seja total. Sua função, portanto, é simplificar a descrição destas realidades sob a forma de padrões lingüísticos que possibilitem ligar à sua ocorrência – ou melhor, à multiplicidade de fatos que possam se enquadrar na respectiva descrição – determinadas repercussões jurídicas. Tudo isto, enfim, é plausível. Entretanto, não há como ignorar o fato de que as ‘convenções’ de que se tratava têm

pouca correspondência na realidade a que se referem; e, neste caso, considerar que a própria utilidade deste critério, que as supõe, passa a ser duvidosa.

### **2.4.3 Terceiro critério: nacionalidade dos controladores (“test control”).**

Ao esclarecer os suportes sobre os quais incidem os critérios de atribuição de nacionalidade (e, de resto, todos os preceitos aqui considerados), esta dissertação mencionou três: a personalidade jurídica, a realidade de sua atuação e as pessoas por trás da corporação. A cada um destes três suportes correspondem os três critérios aqui mencionados. À personalidade jurídica, o critério da incorporação: a nacionalidade é a do estado cuja ordem jurídica concede tal personalidade; à existência factual, o critério da localização da sede: a nacionalidade é a do estado em cujo território sua existência se materializa, ou aquele a que ela remonta; e às pessoas por trás da companhia, o critério que as leva em consideração: a nacionalidade da companhia é a das pessoas que a controlam.

Deve-se ressaltar que se tratará, nesta seção, dos ‘critérios’ que atribuem às corporações a nacionalidade das pessoas a cujos interesses sua atuação se volta. Lembre-se que, na sinonímia adotada por esta dissertação, critérios são espécies de preceitos ligados à idéia de nacionalidade – tanto quanto são as regras de apoio; e registre-se, uma vez mais, que ambas as espécies de preceitos podem incidir sobre os ‘suportes mencionados’. Há, entretanto, uma diferença notável: os critérios – que são regras gerais de atribuição da nacionalidade – engendram um atributo da personalidade jurídica da sociedade. As regras de apoio, não. E nisto, precisamente, distinguem-se.

Tal distinção é relevante. A mera atribuição de nacionalidade a uma companhia – sua “rotulação” como, p. ex., brasileira, suíça ou argentina – engendra inúmeras repercussões. Tais repercussões são especialmente notáveis no direito internacional público e privado: a simples circunstância de que uma companhia tenha a nacionalidade de um estado determina a atuação deste último sobre inúmeros aspectos de sua existência – desde a tributação à defesa de seus interesses no plano diplomático. Tais repercussões não existem quando se tratam

das regras de apoio: estas simplesmente prevêm condicionamentos à existência da sociedade, ligados à idéia de nacionalidade; a incidência destas regras limita-se a determinar tais condicionamentos: sua nacionalidade, tomada como um atributo personalístico, não é afetada.

Donde este necessário esclarecimento: ao levarem em conta as pessoas a cujos interesses a corporação se volta, os preceitos ligados à ‘idéia de nacionalidade’ podem não apenas impor condicionamentos à sua existência, mas mesmo definir este atributo de sua personalidade jurídica – a nacionalidade. Neste último caso, são chamados de critérios. Disto se cuida neste item.

Entre estes critérios, pode haver aqueles que determinam a nacionalidade em função das pessoas a cujos desígnios a corporação atende. A literatura jurídica, sobretudo de língua inglesa, costuma referir-se a este tipo de critério como “control test” (MABRY, 1999; JONES, 2005). O termo controle, neste contexto, tem acepção bastante larga. Não corresponde, necessariamente, àquela proposta por Comparato (1983) na obra tantas vezes referida nesta dissertação; nesses critérios, o controle pode ser assimilado tanto à simples administração, como à propriedade de parte do capital social, ou a ambos os dados, ou ainda a nenhum deles. Comparato deixa claro que o controle, no sentido que propõe, não corresponde nem à administração da sociedade, nem à propriedade de determinada parcela do capital; ao contrário: ressalta, na linha dos apontamentos de Berle & Means (1987), justamente a possibilidade – cada vez mais freqüente – de que os controladores da companhia não sejam nem seus administradores, nem seus proprietários. O chamado “test control”, portanto, pode considerar a nacionalidade tanto dos administradores como dos acionistas; mas também pode ignorar estes dados, levando em conta a nacionalidade das pessoas que efetivamente exercem o poder de comando da sociedade.

Quando se trata deste tipo de critério, tem-se que considerar justamente esta última noção: poder de comando da sociedade. O controle, na acepção mais estrita, é justamente o poder de determinar as ações deste ente. E aqui, como invariavelmente tem ocorrido, cai-se num antropomorfismo: o controle corresponde ao poder de decidir a ação a se realizar; portanto, corresponde ao que, no homem, é sua consciência<sup>108</sup>. Entretanto, tal questão é obscura: a

---

<sup>108</sup> O paralelo com a ‘teoria finalista da ação’ é óbvio: nesta, a ação pressupõe a consciência de sua realização, razão por que o dolo (elemento subjetivo) integra a descrição típica. Na expressão do próprio Hans Welzel, a conduta é “o exercício de uma atividade final” (1956, p. 40). Se a ação supõe a consciência, esta torna-se uma “instância de comando” da conduta humana; nas sociedades, também capazes de ‘agir’ (ao menos no plano jurídico), à “instância

“instância última” de controle é sempre pressuposta como uma realidade “por trás” das formas ostensivas por que ele é exercido. Se uma decisão é tomada pela assembleia de acionistas, cogita-se do poder exercido por quem é capaz de aglutiná-los em torno de determinadas posições; se uma decisão é da administração, perscruta-se quem de fato lha impôs. Numa companhia (sobretudo nas de maior porte), em cujo centro de decisão se percebe um feixe intrincado de relações econômicas e humanas das mais variadas espécies, a definição desta “instância última de controle” pode ser não somente difícil, mas rigorosamente impossível.

Duas implicações estão ligadas a esta conclusão: primeira, os critérios de atribuição da nacionalidade em função das pessoas que exercem o ‘controle’ da sociedade contêm, por assim dizer, uma “inexatidão consentida”; segundo, eles podem assumir a forma de preceitos genéricos, relegando ao aplicador, diante do caso concreto, a definição de seus contornos precisos.

A “inexatidão consentida” a que se referiu decorre da dificuldade – ou, como cogitado, talvez da própria impossibilidade – de definir, no plano abstrato, o que seja controle da companhia. Sendo problemático defini-lo, estes critérios apegam-se a dados que, nos contextos específicos de sua aplicação, presumem-se correspondentes à manifestação desse ‘controle’. Assim, p. ex., relata Comparato (1983, p. 369) que, no contexto da Primeira Guerra Mundial, “uma companhia constituída na Inglaterra e, portanto, formalmente inglesa, foi, não obstante, considerada inimigo estrangeiro, pela *House of Lords*, porque todas as ações do seu capital, exceto uma, pertenciam a súditos alemães, e todos os seus diretores eram alemães, domiciliados na Alemanha”. Por tudo isto, estes critérios baseados no controle se apegam a dados diversos; e, como dito, tais dados podem corresponder tanto ao mero exercício da administração ou à mera detenção de determinada parcela do capital, como a elementos mais complexos, relacionados ao efetivo comando da corporação<sup>109</sup>.

---

última de comando” corresponde o ‘controle’ – na acepção mais profunda e estrita que autores como Comparato propõem.

<sup>109</sup> “Over the years, the US government has applied the control test in place of, or in conjunction with, the place of incorporation rule in the administration of a wide variety of laws and programs that seek to regulate corporate economic activities which affect crucial state economic interests. Although the specific formulation varies, the test as applied in those programs typically provides that a US company is one in which a majority of the voting stock is owned by US citizens. In certain cases, the company’s officers and directors also must be US citizens. Some formulations even take into account the nationality of the corporation’s debtors” (MABRY, 1999).

Mas tais critérios podem não se apegar a nenhum dado deste tipo. Neste caso, não definirão as formas por que se manifesta o controle; apenas determinarão, em função de princípios ligados à idéia de nacionalidade, que o aplicador atribua à companhia a nacionalidade daqueles a quem considera seus controladores. Vê-se que, assumindo esta forma, tal critério pode nem mesmo estar expressamente previsto em texto normativo; pode ser extraído de princípios que tutelam os interesses nacionais e que podem estar consagrados – sob as mais variadas formas – nos textos constitucionais e legais. Tais critérios, portanto, podem ser fruto de construção jurisprudencial que, atribuindo à companhia a nacionalidade daqueles a cujos interesses ela se presta, reconheça e tutele aqueles princípios<sup>110</sup>.

Em geral, todavia, a atribuição de nacionalidade às companhias segundo o controle é critério de utilização mais restrita que os dois outros já vistos. Hadari (1974, p. 7) afirma que, em geral, os países da “common law” tendem a adotar o critério da incorporação, enquanto os países da “civil law” tendem a prestigiar o critério da localização da sede. O “test control” tende a ser uma espécie de critério suplementar, aplicável a casos restritos e atendendo a finalidade específicas e excepcionais.

Tal ‘tendência’, entretanto, não significa que a consideração dos controladores, nos preceitos ligados à idéia de nacionalidade, seja rara. Ao contrário, tal consideração motiva inúmeros destes preceitos – seja na forma de critérios, seja na de regras de reforço. Nos Estados Unidos, p. ex., esta ‘consideração’ é largamente utilizada<sup>111</sup>. Também na

<sup>110</sup> Como visto (COMPARATO, 1983, p. 365-387), a própria origem do chamado “control test” deve-se a desenvolvimentos jurisprudenciais – ainda que, vale ponderar, no contexto da “common law”. No Brasil, entretanto, a extração de critério de atribuição de nacionalidade baseado no controle não teve ressonância na jurisprudência; neste sentido, confira-se dois históricos presentes do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 18.349-SP, Relator Ministro Mário Guimarães e do Recurso Extraordinário nº 26.927-SP, Relator Ministro Hanemann Guimarães.

<sup>111</sup> Conforme Mabry (1999). Destaque-se, neste ponto, a interessante observação de Denis Regis Barbosa (1996): “Em estudo de 1991, solicitado pelo Ministério das Relações Exteriores, tivemos oportunidade de mencionar: ‘Depois de décadas como o principal beneficiário da economia multinacional, os Estados Unidos começam também a temer o poder dos grandes grupos internacionais. A chamada emenda Exon-Florio permite agora ao Presidente dos Estados Unidos suspender as operações de *taking over* pelas quais uma empresa estrangeira assume o controle de uma empresa americana de forma que pudesse ameaçar a Segurança Nacional (Defense Production Act of 1950, Sec. 71, 50 U.S.C., App. 2158, *et seq.*, as added by the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, 5021, Pub.L. No. 100-418, 102 Stat. 1107, 1425-26). A legislação brasileira, tida por intervencionista, nunca teve um dispositivo de tal natureza em vigor. Segundo Barry K. Robinson, Practical Comments on the Exon-Florio Provisions and proposed Regulations, *in* The Commerce Department Speaks, PLI (1990) vol. I, pg. 197., os primeiros casos suscitados em menos de dois anos de vigência foram os da aquisição de uma fábrica de chips de silicone da Monsanto pela alemã Huels AG e a compra da General Ceramics pela Tokuyama Soda Co’. No Canadá, o Investment Canada Act, S.C. 1985, c. 20, tem dispositivo análogo”.

Europa, na Ásia e na América Latina<sup>112</sup>. No direito dos organismos internacionais há igualmente exemplos da aplicação do critério<sup>113</sup>.

No Brasil, a discussão a respeito da adoção deste critério está centrada na Emenda Constitucional nº 6, de 16.08.1995, que revogou o art. 171 da Constituição Federal (Hentz; Diniz, 2005). O dispositivo revogado<sup>114</sup> previa a distinção entre empresas nacionais e empresas de capital nacional, ligando a isto determinadas repercussões. Entretanto, a norma constitucional revogada não estabelecia um critério de atribuição de nacionalidade, conforme o sentido que se dá, nesta dissertação, à palavra ‘critério’; na verdade, esta norma era uma típica regra de reforço, na estrita acepção em que tal expressão é empregada nesta dissertação: estabelecia repercussões jurídicas em função de aspectos ligados à idéia de nacionalidade. O fato de que esta norma constitucional tenha sido revogada nem impede que o legislador eleja, como critério de atribuição de nacionalidade, aspectos ligados ao controle ou à propriedade da sociedade (ou, de resto, ligados a qualquer outro elemento escolhido pelo legislador); nem tampouco veda a produção de normas que distingam empresas nacionais em função destes mesmos aspectos, atribuindo-lhes em função disto repercussões específicas<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Neste sentido, interessante estudo, em perspectiva histórica, de Geoffrey G. Jones (2005). Sobre a adoção do “control test” no direito comparado, ainda: Hadari (1974); Erramilli (1996); Wallace (2005); Manóvil (2002).

<sup>113</sup> Veja-se, p. ex., o art. XXVIII do GATS: “For the purpose of this Agreement: (...) (m) ‘juridical person of another Member’ means a juridical person which is either: (i) constituted or otherwise organized under the law of that other Member, and is engaged in substantive business operations in the territory of that Member or any other Member; or (ii) in the case of the supply of a service through commercial presence, owned or controlled by: 1. natural persons of that Member; or 2. juridical persons of that other Member identified under subparagraph (i); (n) a juridical person is: (i) ‘owned’ by persons of a Member if more than 50 per cent of the equity interest in it is beneficially owned by persons of that Member; (ii) ‘controlled’ by persons of a Member if such persons have the power to name a majority of its directors or otherwise to legally direct its actions; (iii) ‘affiliated’ with another person when it controls, or is controlled by, that other person; or when it and the other person are both controlled by the same person”.

<sup>114</sup> Eis a redação: “Art. 171. São consideradas: I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 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 imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do “caput” se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

<sup>115</sup> Neste sentido, o Parecer CG-181 da Advocacia Geral da União (Diário Oficial da União de 22/01/1999, p. 7-10), a que foi dado enorme repercussão diante do entendimento quanto à “revogação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971”. Consta do parecer: “30. Assim, parece evidente que a EC nº 6/95 não constitui empecilho a que o legislador ordinário limite, no futuro, a aplicação de capital estrangeiro em determinadas atividades reputadas

De todo modo, quando se consideram aspectos como a nacionalidade dos controladores, administradores ou proprietários, a fim de ligar a isto repercussões jurídicas sobre as corporações, é notável o fato de que os preceitos que tomam por suporte estes aspectos são em geral regras de reforço, e não critérios; ou seja: estes preceitos atribuem repercussões ligadas à idéia de nacionalidade, sem contudo atribuir determinada ‘nacionalidade’ (bandeira) à empresa e, portanto, sem impingir tal atributo à sua personalidade jurídica.

#### **2.4.4 Conclusões sobre os critérios de atribuição da nacionalidade.**

Como já dito, o termo critério designa, nesta dissertação, uma das espécies de ‘preceitos’ ligados à idéia de nacionalidade. Constitui-se no que se chamou de ‘regra geral’, pois serve como um critério aplicável à generalidade dos casos, sempre que regra mais específica não os regularem; e tem sempre um efeito básico, a que se ligam todos os outros: ele determina a nacionalidade da corporação – entendida a nacionalidade como um atributo de sua personalidade jurídica.

Foi dito, também, que estas regras gerais – critérios – remontam a duas formas básicas de vincular a existência de entes não humanos a determinada ordem jurídica. Tais formas são ‘antropomórficas’, pois projetam nestes entes atributos humanos. A razão por que o

---

estratégicas para o País, com fundamento na soberania, na independência ou no interesse nacionais, estabelecendo, por exemplo, que em determinada atividade o capital estrangeiro fique limitado a determinado percentual do capital social ou do capital com direito a voto, ou que se submeta a determinadas exigências, ressalvados, quando cabível, casos de reciprocidade nos países de origem. 31. Tal limitação, acentue-se, encontra respaldo no transcrito art. 172 da Constituição, quando se refere ao interesse nacional, nos mesmos moldes do já citado art. 192, bem como nos arts. 1º (inciso I), 4º (inciso I) e 170 (inciso I), todos da Constituição de 1988, quando se referem, respectivamente, a soberania, independência nacional e soberania nacional. 32. Não parece, realmente, admissível que a simples revogação do art. 171 da Constituição possa ser interpretada como impedimento para que o legislador ordinário, presentes razões ligadas à soberania, à independência e ao interesse nacionais, estabeleça, em determinados casos, limitações à aplicação do capital estrangeiro no País. O engessamento, antes criado pela Constituição, ao definir empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, era, de fato, inconveniente. Assim, a desconstitucionalização da matéria atende aos interesses nacionais. Mas esse atendimento encontra-se fundamentado, justamente, na possibilidade de atuação do legislador ordinário, o que, de resto, é prática reconhecida nos países civilizados”. Em sentido contrário, Justen Filho (1998, p. 127) afirma que a revogação do dispositivo constitucional em questão implica “a impossibilidade das empresas se politizarem”, afirmando então a impossibilidade de qualquer discriminação entre empresas nacionais, independentemente da composição do capital. De mesmo opinião, Hentz; Diniz (2005).

fazem é evidente: o direito projeta atributos humanos sobre o ‘ser’ das sociedades, concedendo-lhe personalidade jurídica; em função disso, os critérios de atribuição da nacionalidade a estes entes focalizam sua origem e domicílio, justamente porque estes dados determinam a nacionalidade dos homens.

A companhia origina-se ao ‘organizar-se’. A questão que se põe, a princípio, é: sob qual ordem jurídica ela se organiza? E tal questão motivou a seguinte resposta: toda e qualquer ordem jurídica a que seus fatos constitutivos sejam subsumidos e, por efeito desta subsunção, sua existência seja determinada. Notou-se, então, algo fundamental: a mera subsunção não pode ser um critério para a atribuição da nacionalidade, pois a operação lógica que a caracteriza – a incidência<sup>116</sup> – não necessariamente é exclusiva, em cada caso, a uma ordem jurídica específica; pelo contrário, a subsunção é simplesmente a correspondência lógica entre fato e norma – e tal correspondência pode ser vista sem qualquer consideração sobre a nacionalidade. No plano do direito internacional, regras jurídicas de estados distintos podem incidir sobre mesmos fatos; logo, se esta incidência permite que determinados fatos engendrem a existência de um ente não humano, então esta existência não estará ligada a um estado específico, mas a todos aqueles cujo direito incidir sobre tal suporte fático e, assim, reconhecer tal existência. Por esta razão, concluiu-se que a ‘organização’ das sociedades, como um dado para a atribuição de sua nacionalidade, pressupõe o registro. Não apenas pela óbvia razão de que, sendo a nacionalidade um atributo da personalidade, e o registro um pressuposto desta, aquela supõe este último; mas porque o estado liga, com o registro, sua atuação à existência da companhia – marca-a, chancela-a, distingue-a com sua insígnia e seu selo. Com o registro, portanto, a existência da corporação fica necessariamente referida a um estado específico – e, só então, há sentido em considerar este dado como determinante para lhe atribuir nacionalidade.

Por outro lado, supõe-se que a corporação fixe-se em determinado lugar do espaço. Aí, pois, estabelece sua sede. Entretanto, não tendo existência sensível, torna-se problemático constatar onde uma dada corporação é estabelecida. As regras que se valem da localização da sede da companhia para estabelecer sua nacionalidade costumam estabelecer que esta corresponde ao local da ‘administração’ da companhia. Entretanto, viu-se que é bastante

<sup>116</sup> Lembre-se a lição de Pontes de Miranda (1983a, p. 36): “A incidência das regras jurídicas é infalível; isto é, todos os suportes fáticos, suficientes, que se compuseram, são coloridos por ela, sem exceção. A vontade humana nada pode contra a incidência da regra jurídica, uma vez que ela se passa no plano do pensamento”.

discutível a possibilidade de vincular esta atividade – a administração da companhia – a um lugar determinado. Mesmo que se tome por ‘administrar’ apenas as atividades formais e ostensivas de gestão da companhia (ou seja: aquelas atribuídas ao que lei reputa de “órgãos da administração”), ainda assim permanecerá a extrema dificuldade de definir seu lugar. De todo modo, o sentido desta regra é vincular a nacionalidade da companhia ao território onde seu comando se estabelece, onde sua existência é projetada e suas atividades, determinadas; e este comando, como visto, é irredutível a um lugar específico.

Donde a conclusão: estes dois critérios para a atribuição de nacionalidade às companhias, ao pretenderem dirigir-se a atributos da própria companhia (e não das pessoas a ela ligadas), são extremamente artificiais, formais, e, portanto, pouco efetivos no que se poderia chamar de constatação substancial de sua nacionalidade. Ao lhe atribuírem a nacionalidade do estado em que foi registrada, simplesmente impõem que se constitua conforme as leis deste estado, já que nesta hipótese o registro se impõe. Se isto basta à aquisição da nacionalidade – se basta que a constituição da companhia seja conforme as suas leis – então as companhias nacionais são todas aquelas que resultam da incidência destas leis sobre os atos constitutivos. Neste caso, esta distinção jurídica – ser ‘nacional’ a companhia – serve apenas para discerni-la daquelas cuja existência o direito do estado não reconhece senão indiretamente – ou seja, reconhece porque já reconhecida pelo direito de outro estado. Entretanto, mesmo neste caso, a existência desta companhia estrangeira perante a ordem jurídica nacional pressupõe a incidência dos preceitos desta última – e inclusive os condicionamentos neles impostos<sup>117</sup>. Por outro lado, ao lhe atribuírem a nacionalidade do país em que for sediada, estes critérios têm ainda menos substancialidade – justamente porque a definição do que seja a sede da empresa é tanto mais obscura quanto mais substancial pretender-se. Não é sem certo constrangimento que se vê a intenção do legislador de emprestar ares de substancialidade ao critério da sede, ao acrescer ao termo o adjunto “da administração”. Neste caso, as obscuridades pululam: se não há clareza na definição do que seja administração, tanto menos haverá na determinação de seu lugar.

Note-se, enfim, o que é fundamental: estes critérios são “artificiais” porque, restringindo-se ao ‘ser’ das companhias, e portanto sem pressupor as pessoas que lhe sejam relacionadas, dirigem-se a um suporte puramente artificial.

---

<sup>117</sup> Pense-se no seguinte exemplo: uma ordem jurídica hipotética permite que partidos políticos se organizem sob a forma de sociedade anônima; a existência desta sociedade, perante o direito o brasileiro, não seria reconhecida.

Ocorre o oposto, entretanto, quando se trata dos critérios voltados às pessoas a cujos interesses as companhias se voltam. Neste caso, ressalta a natureza instrumental das companhias – que são vistas como meios para a realização de determinados interesses. Mas aqui as dificuldades são ainda maiores, já que é necessário distinguir quem são as pessoas a cujos interesses a companhia se presta; ou, para dizer de modo mais exato, é necessário verificar quem determina a atuação da companhia, quem exerce seu comando.

A literatura jurídica, sobretudo nos Estados Unidos, tem ultimamente evidenciado as deficiências deste “test control”. Não apenas porque é problemática a definição de quem sejam seus controladores, mas porque nada autoriza a concluir que os interesses pessoais de controladores estrangeiros em relação à companhia distingam-se em função de sua nacionalidade<sup>118</sup>. De fato, pressupõe-se que os interesses por trás da corporação – independentemente de seus controladores – seja o êxito econômico: apenas em casos excepcionais, geralmente em contexto de guerra entre nações, é plausível cogitar que a atuação da corporação volte-se a interesses de uma dada nação. Neste sentido, propõe-se a superação do “control test” e a adoção de critério voltados à existência da companhia: a localização e a natureza de seus ativos, a “organização estrutural” da corporação e mesmo a nacionalidade dos empregados (MABRY, 1999).

Entretanto, se as objeções ao “control test” são procedentes, as propostas para substituí-lo incidem em velhos erros. A localização dos ativos, a organização da administração, o contingente de trabalhadores – tudo isto expressa a existência factual da companhia. Tal existência, contudo, é referida a um centro, a um núcleo, a uma individualidade a que todos aqueles fatos são referíveis. Só faz sentido cogitá-los, como critério de atribuição de nacionalidade à companhia, porque há esta referibilidade. Uma grande corporação japonesa, p. ex., pode ter uma subsidiária nos EUA; esta subsidiária pode ter sido organizada no país, ter seus ativos aí, ter empregados americanos; contudo, se o governo americano pretende investir em desenvolvimentos tecnológicos no setor de atuação da companhia, pode opor-se a contemplar esta companhia, pela óbvia razão de que aqueles desenvolvimentos podem ser utilizados em prol

---

<sup>118</sup> “Reliance on the control test makes sense only if one assumes that the individual persons who control the corporation are affected by their personal citizenship ties when making decisions on behalf of the corporation” (MABRY, 1999).

dos interesses da matriz japonesa<sup>119</sup>. A existência factual da companhia, em todos os seus aspectos (a localização de sua sede, a posição de seus ativos, o domicílio de seus empregados), sempre vai remontar a um ‘centro de imputação’; tudo o que encerra esta companhia, tudo o que expressa sua existência na realidade dos fatos, caracteriza sua atuação como sujeito (inclusive ‘de direito’); e, considerando esta atuação, tanto pode se considerar *o que* a determina quanto *as formas como* ela se dá. Este é o grande dilema que, quanto às corporações, arrosta a eleição dos critérios de atribuição de nacionalidade.

A corporação tem realidade. Atua como agente econômico. E toda sua realidade, toda esta atuação, remonta ao sujeito de direito que encerra. A este sujeito liga-se um atributo – a nacionalidade. A questão é: o que determina este atributo – os fatos em que se manifesta sua atuação, ou as pessoas que a determinam? A estas duas alternativas, acresce-se uma outra (justamente a mais tradicional e prosaica): tal atributo pode ser determinado simplesmente em função do estado-nação sob cuja ordem jurídica ela se organiza – ou seja, o estado que, mediante algum ato típico, consagra sua existência jurídica.

A conclusão sobre qual seja o melhor critério é rigorosamente inalcançável. Talvez porque não haja uma resposta que deva se aplicar a todos os casos. Sim, talvez a resposta mais rigorosa seja exatamente esta: o critério a ser eleito depende do contexto em que a nacionalidade da companhia é cogitada. Se a nacionalidade da companhia, p. ex., é fator condicionante de sua atuação em setor considerado “estratégico”, talvez o critério mais adequado seja aquele que considera seus controladores; se, por outro lado, sua nacionalidade é mero requisito para a sua atuação em um setor aberto à mais ampla concorrência, seria possivelmente mais correto atribuí-la em função do fato de que tenha sido organizada sob as leis de uma dada nação.

Esta resposta, entretanto, depara-se com uma dificuldade lógica: se o critério é o preceito que determina a nacionalidade da companhia, e se sua nacionalidade (na acepção ora

---

<sup>119</sup> Este exemplo não é aleatório: Mabry (1999) enfatiza a persistente preocupação (do governo americano em especial) em estabelecer regras que dificultem o acesso de tecnologias a estrangeiros, tendo em vista não apenas preservar as vantagens competitivas daquela economia, mas também imposições de segurança nacional. Já Vernon (1992), em célebre artigo, esclarece que a atuação das companhias transnacionais (TNCs) em busca de mercados pode envolver a aquisição de subsidiárias em países estrangeiros, como meio de proporcionar transferência de tecnologia; neste sentido, ressalta particularmente o caso de companhias japonesas instaladas nos EUA, donde o exemplo dado no texto.

considerada) é um atributo de sua personalidade, como pode a companhia ter nacionalidades diversas dependendo do contexto de sua atuação? A esta dificuldade lógica as ordens jurídicas, a brasileira inclusive, reagiram da seguinte forma: estabeleceram como critérios de atribuição da nacionalidade aqueles relacionados à localização da sede e sobretudo ao estado em que a companhia tenha se organizado; e previram, como regras de reforço, preceitos condicionantes da atuação das companhias em setores especiais, nos quais a existência factual e instrumental das corporações é levada em conta. No Brasil, especificamente, não existem mais *critérios*<sup>120</sup> baseados na nacionalidade das pessoas a cujos interesses as companhias se voltam<sup>121</sup>. A Emenda Constitucional nº 6, que revogou o artigo 171 da Constituição Federal, parece ratificar esta conclusão. Contudo, há numerosas regras que condicionam a atuação das companhias em função daqueles mesmos ‘dados’. Disto se tratará a seguir.

## **2.5 Regras de reforço.**

### **2.5.1 O capital, as companhias e o estado.**

Regras de reforço são espécies de preceitos ligados à ‘idéia de nacionalidade’. Distinguem-se, conforme a designação aqui adotada, dos chamados critérios. Estes definem *a nacionalidade da corporação* – entendido o termo nacionalidade como atributo da personalidade destes entes e, portanto, como bandeira. Aquelas impõem restrições à existência e à atuação das corporações independentemente da bandeira que ostentam, mas sempre em função da ‘idéia de nacionalidade’.

Como dito antes, esta dissertação não poderia se restringir a investigar aqueles critérios de atribuição de nacionalidade – as regras gerais. Não apenas porque o objeto da investigação, neste caso, seria muito simples e restrito, mas também porque relegaria a

---

<sup>120</sup> O grifo ressalta que o termo é usado estritamente na acepção proposta neste trabalho.

<sup>121</sup> A menos que, na linha do que se disse no item anterior, tal critério seja estabelecido por construção jurisprudencial – o que, segundo as pesquisas aqui realizadas, não parece provável.

investigação do que talvez seja o mais importante aspecto do tema: os condicionamentos impostos à existência e à atuação das corporações que, ainda que não decorrentes de sua ‘bandeira’, são ligados à idéia de nacionalidade – e, em última análise, aos ‘interesses nacionais’.

No caso específico do Brasil, e não apenas neste, esta é uma expressão-chave: interesses nacionais. Ela povoa a legislação brasileira, nas inumeráveis formas pelas quais ela aborda, regula e limita as atividades econômicas. Esta expressão, tanto quanto a própria “idéia de nacionalidade”, são noções ligadas a um fenômeno complexo, geral e vastíssimo que sói chamar-se nacionalismo.

A abordagem jurídica do nacionalismo não se restringe, no que concerne à existência e à atuação das corporações, à investigação dos critérios que determinam sua bandeira. Pelo contrário, estes critérios, como visto, dizem muito pouco – quase nada. A corporação é expressão do capital, cada vez mais insubmisso aos vagos limites – territoriais e jurídicos – do estado. O capital “brota” onde quiser, com a forma que lhe convier – com nome, com personalidade, com capacidade jurídica. Para resumir, como um “ser” juridicamente distinto.

Diante do capital, o estado – a nação – reage. E tal reação pode se dar em dois sentidos: para o “bem”, com a liberação das amarras ao seu livre fluxo e, sobretudo, à variada expressão disto; e para “mal”, com o recrudescimento dos obstáculos a este fluxo e com os condicionamentos a que este capital “brote”, livre e soberbo, na forma de sujeitos da cena econômica.

Este é o contexto – que não é novo, mas que permanece atual e absolutamente determinante sobre a realidade – em que se insere esta investigação. De um lado, a incrível facilidade com que o capital, fluindo como uma seiva furiosa por todo o globo, “brota”<sup>122</sup> em qualquer parte – ou quase – na forma de relevantes atores econômicos; de outro, as formas – geralmente grosseiras, raramente engenhosas – com que os estados nacionais reagem a isto.

## **2.5.2 O alvo das regras de reforço.**

<sup>122</sup> A metáfora – que compara o capital à seiva e as companhias aos brotos – parece ser razoavelmente ilustrativa. De todo, convém cortar, desde logo, possíveis desdobramentos do impulso ilustrativo; afinal, destes ‘brotos’ não necessariamente nascerão belas flores, nem tampouco frutos saborosos.

Como dito, as regras de reforço – como todos os preceitos ligados à nacionalidade – têm como suporte a existência das corporações<sup>123</sup>. Todavia, diferentemente do que ocorre com os critérios, as regras de reforço não atribuem uma dada nacionalidade às corporações – nacionalidade que se assoma como um atributo da personalidade e que determina, por isto, numerosas repercussões. Ao contrário, aquelas regras engendram repercussões sem supor ou determinar a nacionalidade do ente considerado; e, ainda assim, estão ligadas à idéia de nacionalidade. Nisto precisamente estas regras diferem dos critérios: aquelas têm aplicação específica, na medida em que não pressupõem nem determinam a nacionalidade (bandeira) da corporação e, assim, não engendram todas as repercussões ligadas a este ‘fator’; estes têm caráter de regra geral não só porque se aplicam, a princípio, à generalidade das companhias sujeitas à ordem jurídica a que pertencem, mas sobretudo porque a nacionalidade destes entes desencadeia, automaticamente, todas as repercussões ligadas a tal atributo.

É muito natural, diante disso, que os diversos ordenamentos não limitem os condicionamentos ligados à idéia de nacionalidade àqueles critérios; assim como é natural que tais critérios tendam a ser formais, superficiais: aplicando-se à generalidade dos casos, eles devem ser simples, objetivos, diretos. Por isto, como se disse, a nacionalidade das pessoas por trás da companhia cada vez menos é suporte para estes critérios, e é cada vez mais suporte para as regras de reforço. Aqueles critérios, baseados em dados ostensivos da existência da companhia, tendem a ser superficiais: dirigem-se apenas à superfície, à máscara, à ‘persona’ – e não contemplam toda a realidade por trás e em torno disto. Esta ‘realidade’, todavia, é inegável: todos sabem que corporações que ostentam uma determinada nacionalidade podem estar sob o controle, a administração ou a propriedade estrangeira. Os ordenamentos jurídicos não ignoram este fato. Mais ainda: todos sabem que sua existência determina resultados concretos – lucros, mercados, poder – que sempre remontam a esta realidade subjacente, de que a personalidade da corporação

---

<sup>123</sup> Isto não significa, obviamente, que os critérios e as regras de reforço pertencentes a uma mesma ordem jurídica tenham idênticos suportes – ainda que se deva reconhecer que determinados preceitos possam assumir, conforme a ordem a que pertencerem, uma ou outra forma. Por exemplo: a detenção de determinada parcela do capital social por nacionais pode ser, num determinado país, um critério de atribuição de nacionalidade; e, em outro, apenas uma condição ao exercício de determinados direitos. Entretanto, aquele ‘dado’ não pode ser, ao mesmo tempo e numa mesma ordem jurídica, uma e outra coisa.

é simples máscara. Mas todos sabem que todas estas considerações nem sempre são relevantes – ou melhor: podem ser relevantes somente em determinados contextos, ditos ‘estratégicos’.

Portanto, é muito natural que nos diversos ordenamentos jurídicos os preceitos ligados à idéia de nacionalidade não se restrinjam àqueles critérios (regras gerais), mas abarquem também regras que imponham condicionamentos à existência e à atuação das companhias. Tais regras têm o seguinte alvo: a realidade subjacente à existência formal deste ente jurídico<sup>124</sup>; e apenas o seguinte efeito: condicionar sua atuação no preciso contexto que motivou a existência da regra.

O que fundamenta todas as chamadas regras de reforço é a suposição de que esta realidade subjacente, em si mesma, possa ser examinada e distinguida à luz da idéia de nacionalidade. Diz-se ‘realidade subjacente’ porque, ao menos até este ponto, não se definiu o que, efetivamente, está ‘por trás’ – ou ‘em torno’ – de uma corporação. De todo modo, esta ‘realidade’ ou corresponde aos fatos que determinam a ‘atuação’ da corporação, ou aos interesses a que esta se volta – ou seja: ou considera sua existência factual, ou sua existência instrumental. No primeiro caso, cogita-se do ‘lugar’ daquela atuação – e, então, do vínculo entre a corporação e determinado território; no segundo, cogita-se das pessoas a cujos interesses a corporação se presta – e, então, do vínculo desta ao estado de que aquelas são nacionais.

O alvo das regras de reforço, portanto, é a realidade subjacente das corporações que se projeta na forma de duas abstrações: o poder sobre as corporações e a localização de sua existência – abstrações que refletem as duas realidades sobre as quais atua o poder soberano: a população e o território. Ou estas regras se dirigem às pessoas, ou ao lugar a que a existência das corporações remonta. Voltadas a estes alvos, estas regras prevêm seus suportes – que tanto podem a ser as mais diversas manifestações concretas daquele poder, quanto as múltiplas formas pelas quais a existência de uma corporação pode ser referida a um território. Tais suportes, portanto, são numerosos e ilimitáveis. Já aqueles alvos são apenas dois: o lugar onde a corporação existe; e os homens que estão por trás dela.

---

<sup>124</sup> Esta é uma conclusão rigorosamente lógica nos casos em que, como ocorre no Brasil, a existência formal das corporações – e especialmente sua personificação – é determinante para a atribuição da nacionalidade. Noutras palavras: se esta existência formal é, em si, o suporte para tal critério, não pode ser, ao mesmo tempo, das regras de reforço; só se cogita da incidência destas últimas nos casos não abrangidos pelas regras gerais (critérios): justamente por isso são chamadas, aqui, regras *de reforço*.

### 2.5.2.1 Corporação e pessoas.

Quem, afinal, está por trás de uma corporação?

Teoricamente, pode-se dizer: “estão os homens; toda e qualquer expressão de poder remontará, em última análise, a homens; e por mais que o exercício deste poder seja assimilado a ‘estruturas’ ou ‘sistemas’, estes últimos não se mantêm sem o pilar da consciência humana individual”. Esta afirmação – como se deveria saber – é plena de conseqüências; e ainda assim, ou justamente por isso, quase não se pode resistir à tentação de assumi-la definitivamente. Mas não convém – ao menos por enquanto. Trata-se aqui das regras de reforço – ou, para ser mais específico, de um dos alvos de sua incidência; este ‘alvo’, todavia, pode não ser apenas o homem: este alvo é a instância última de poder, aquilo que determina sua atuação – e esta instância não necessariamente deve ser assimilada à vontade humana.

O que é fundamental notar, aqui, é o seguinte: se o alvo destas regras é o suposto ‘núcleo’ conformador da existência da corporação, a que os resultados de sua atuação remontam, todos os aspectos dessa ‘realidade’ subjacente à sua existência formal podem ser, teoricamente, suportes para as regras de reforço ligadas à idéia de nacionalidade; e estes aspectos, que são inúmeros, nem sempre expressam aquele núcleo de que se falava. É, aliás, muito natural que isto ocorra: sendo terrivelmente problemático definir quem ou quê está, em última instância, ‘por trás’ de uma corporação, o legislador passa a considerar os mais diversos aspectos desta realidade subjacente – sem necessariamente assumir que o aspecto considerado represente o núcleo, o centro nervoso, a última instância de poder<sup>125</sup>.

<sup>125</sup> Quando se consideram as regras de reforço, uma certa visão ‘essencialista’ da existência das companhias é, a um só tempo, fundamental e insuficiente. Designa-se como ‘essencialista’ esta visão porque pressupõe que a existência da companhia remonte a um núcleo, a um centro, a um elemento primevo e essencial de que ela decorre e a que ela se dirige. Este essencialismo, aliás, é projetado a partir de duas idéias: a origem, a fonte, o que a determina; e o fim, a meta, o que a justifica. Fim e origem tendem a ser assimilados um ao outro, e mesmo confundidos: todos os fins são projetados a partir da idéia original; toda a origem remonta ao fim que a justifica. A noção de que a companhia tenha esta essência é fundamental no que tange ao estudo das regras de reforço – pois todas elas apontam em direção àquela noção. Contudo, estas regras têm suporte nos diversos aspectos da realidade por trás da existência formal das corporações e, como é óbvio, nem sempre estes suportes expressam aquele elemento essencial perseguido. Esta visão essencialista, entretanto, acaba sempre supondo uma força anterior atuando sobre a realidade concreta. Os diversos aspectos considerados pelas regras de reforço são expressões desta realidade. O elemento essencial – ou seja, aquilo

Entretanto, ao considerarem estes aspectos da realidade subjacente à existência formal da companhia como suporte de sua incidência, estas regras certamente reconhecem neles a expressão daquela instância última de poder. Esta realidade subjacente é formada por inúmeros eventos que – em tese – podem ser considerados pelo legislador: a conformação do quadro acionário, do controle, da administração... Se as regras de reforço os tomam como suporte de sua incidência, é porque supõem que eles expressam ou representam ou retratam aqueles que detêm o poder de conformar a existência da corporação.

Donde a conclusão: o estudo destas regras deve considerar a visão – de juristas, de economistas, de filósofos – sobre a corporação como algo instrumental, dirigido à realização de projetos e voltado, portanto, a fins. Não haverá acordo, certamente, sobre quais sejam estes fins. Entretanto, a consideração destes fins caracteriza as regras de reforço: elas se dirigem a aspectos que, em tese, os expressam ou representam ou retratam.

O ponto-chave desta investigação é o seguinte: considerados esses fins, eles necessariamente remontam a um ou vários ‘sujeitos’ – ou seja, a noção de fim está necessariamente ligada à de subjetividade. Esta é uma premissa lógica: só o sujeito pode agir segundo uma finalidade própria, irremissível a qualquer outro ente. No contexto jurídico, o conceito de sujeito corresponde ao de pessoa. Portanto, se a companhia serve de instrumento aos fins de determinadas pessoas, a questão é definir quem são elas. Tal definição recairá, assim, sobre outras pessoas. As regras de reforço, basicamente, passam a considerar estas outras pessoas como causa para impor condicionamentos à existência e à atuação das corporações. Donde a questão: ao impor tais condicionamentos, quem – ou o quê – deve ser considerado? E por quê?

Esta questão, há que se admitir, está mal formulada. Mas não é por acaso que se insiste nestas expressões – “pessoas por trás”, “realidade subjacente”, “instância última de poder”. Como dito, não se pode desconsiderar o caráter instrumental da existência da corporação: ela existe para realizar determinados fins; e estes fins não podem ser apenas os dela mesma –

---

que determina essa realidade – é sempre ideal, indescritível, anterior a todo o fenômeno cognoscível, justamente porque projetado a partir deste. Se as regras de reforço consideram, por exemplo, o quadro acionário, este quadro não é mais que uma representação dos supostos ‘verdadeiros interesses’ por trás da companhia; e estes interesses remontam, em última análise, a elementos inapreensíveis, ainda que consideráveis: a vontade humana individual ou o sistema em cuja “engrenagem” o homem se insere. Sempre é suposto ‘algo’ subjacente à realidade considerada: “além das cortinas, palcos azuis e infinitas cortinas”, já dizia a canção. Este ‘algo’ é um vetor; ele aponta direções em vista das quais a existência da corporação deve ser compreendida. O que as regras de reforço pretendem é descobrir tal direção, elegendo os aspectos que a apontam.

supondo-se que ela mesma possa tê-los. A existência de uma corporação supõe a de outro ser: ela não existe por si mesma, nem para si mesma. Há sempre algo ou alguém que determina, que conforma, que dirige sua existência – e, portanto, alguém a cujos interesses ela atende. Enfim, a corporação é sempre uma máscara jurídica que cobre algo ou alguém que está ‘por trás, por baixo, na essência’.

A questão, entretanto, é mais complexa: o que significa estar ‘por trás’ da corporação? O que significa ser a sua essência? Ainda que se assuma o caráter instrumental da existência da corporação, tem-se que esclarecer o que significa, exatamente, ser ‘instrumento’ – afinal, convém responder: instrumento de quê?

A corporação “age” em função de interesses. Estes interesses motivam permanentemente sua existência e, portanto, determinam sua atuação. Toda atuação da corporação, por óbvio, pressupõe a vontade e a ação humanas<sup>126</sup>. Os atos da corporação são atos de homens que a compõem, representam, administram, controlam. É questionável se todos estes atos – que perfazem toda a atuação da corporação – possam sempre remontar a uma instância última e nuclear; ou melhor, é questionável a possibilidade de se definir, em todos os casos, esta instância. Mas não há dúvida de que a corporação ‘atua’ através da ação humana; e que esta ação, por sua vez, remonta a interesses<sup>127</sup> que a impõem e a justificam<sup>128</sup>.

A atuação das corporações se expressa nos diversos eventos cujo conjunto plasma sua existência. Esta atuação, que é sempre humana (isto é, mediante o homem), remonta a instâncias de poder, que a determinam. Quanto a isto, não pode haver dúvida: o fato de que a

<sup>126</sup> Como visto seção 1.2.2, sobretudo diante das lições a respeito do “contrato plurilateral”, de Ascarelli.

<sup>127</sup> Que interesses são esses? É possível defini-los? Talvez não. Talvez se tenha que admitir uma irresistível e incontornável desordem no seio de corporação; e, neste caso, que sua atuação é apenas a expressão dos feixes de interesses em constante confronto. Talvez, portanto, tenha-se que admitir a existência, no núcleo fundamental da existência do ente, de um arranjo caótico de forças contingentes. Esta possibilidade caótica afasta a hipótese de uma instância última, de um centro de interesses a partir do qual toda a atuação da companhia é determinada. Diante da desordem, restaria encarar a “ação” inapreensível do acaso – e cuidar apenas dos resultados disto.

<sup>128</sup> Carvalhosa (2002, p. LXVIII) observa que as legislações podem seguir a chamada “corrente institucionalista”, que atribui aos controladores da companhia “a missão de perseguir preferentemente os objetivos que beneficiem a comunidade e o próprio Estado”. Ainda segundo o autor, “[a]dotou-se, com efeito, no nosso direito societário vigente, o institucionalismo germânico da *empresa em si* (‘Unternehmen an sich’), segundo o qual os controladores e seus administradores deveriam administrar a companhia sob sua própria responsabilidade, para o bem da *empresa* e de seus empregados e no interesse comum do povo e do Estado”. Com todo respeito ao grande autor, parece questionável que o mencionado ‘institucionalismo’ contemple o “interesse” do “Estado”; além disso, diante tudo o que já mencionado, é extremamente irrazoável supor que a atuação da companhia remonte a interesses que não os dela mesma, ou aos daqueles que determinam sua atuação.

corporação exista pressupõe, justamente, que sua atuação seja referida a algo que a determina. Aí concentra-se o poder que matiza toda sua atuação. Se aqui se trata da incidência das regras de reforço, então se deve supor que elas tentarão determinar quais aspectos da corporação expressam esta instância de poder; mas não só isso: se estas regras estão ligadas à idéia de nacionalidade, os aspectos considerados devem estar relacionados a esta idéia. Ou seja: o alvo destas regras também serão pessoas, pois só em relação a elas é possível considerar aquela idéia – só pessoas têm nacionalidade. Portanto, se as regras de reforço vão além da existência formal da corporação, determinando condicionamentos em função da nacionalidade das pessoas que de alguma forma são ligadas a ela, então estas pessoas devem expressar, nessas corporações, sua instância de poder. Se estas regras de reforço têm por alvo uma realidade além da existência formal das corporações – o que seria esta ‘realidade’ senão as instâncias de poder, as pessoas a que é atribuída, em última análise, a atuação da corporação?

O que resta analisar, portanto, é como estas regras definem – ou poderiam definir – os suportes de sua incidência, considerando os alvos que miram; ou, para ser mais exato, como elas definem aqueles que exercem o poder sobre a corporação. Tal questão é balizada por duas posturas opostas. Em primeiro lugar, supor que esta instância de poder corresponda à propriedade da corporação. Ou seja: detêm o poder aqueles que possuem a maior parte das ações<sup>129</sup> e quem determina sua atuação, portanto, são seus proprietários. Em segundo lugar, supor que o exercício deste poder não seja simples decorrência da propriedade das ações – e que ‘controle’ e ‘propriedade’ da corporação são noções bastante (e às vezes completamente) distintas.

A primeira postura, à toda evidência, é obsoleta – sobretudo ao se considerar as grandes companhias. O reconhecimento de que o controle é dissociado da propriedade da companhia é mais do que natural, considerando as características básicas da relação companhia-acionista no contexto atual. Os acionistas, proprietários da companhia, são cada vez mais uma massa anônima, mutante, quase indefinível de investidores – tão alheios à companhia quanto qualquer outro investidor, em relação aos títulos em que investe. Estes acionistas, via de regra, não exercem qualquer influência sobre a atuação da companhia; tal atuação responde a

<sup>129</sup> As considerações a seguir expendidas levam em conta as companhias (sociedades por ações), em que o exercício do poder assume contornos bem mais complexos. É conveniente – crê-se – fazê-lo: não só porque as considerações aprofundam o tema que, em relações a outros tipos societários, é necessariamente singelo; mas também porque as companhias são, de longe, o tipo societário mais relevante na cena econômica.

mecanismos de exercício de poder cada vez mais distantes daquele modelo clássico em que a assembleia de proprietários definia seu destino. Em geral, os típicos direitos dos acionistas são delegados a representantes<sup>130</sup>, que formam uma casta intermediária entre os proprietários e executivos (COMPARATO, 1983, p. 36-67); estes últimos, por sua vez, formam uma classe de profissionais – muitas vezes erguidos à condição de celebridades – cuja atuação responde aos humores dos investidores. Entre uns e outros – investidores e executivos – existe um abismo, tão grande quanto aquele que separa o grande público das grandes estrelas. A distinção entre proprietário e controlador das corporações já fora apontada desde a década de 1920, com o trabalho seminal de Berle e Means<sup>131</sup>; desde então, todavia, só fez recrudescer: hoje mais do que nunca é evidente o abismo que separa os proprietários das corporações daqueles que determinam sua atuação; as teorias de Berle e Means, e depois de Galbraith (1984; 1985), são ainda mais pertinentes nesta sociedade do espetáculo: a relação que liga os investidores aos executivos – e portanto os proprietários à companhia – é cada vez mais um fenômeno midiático, protagonizado pelos meios de comunicação, pelos grandes bancos e por “informações de bastidores”. A extrema pulverização do capital fez da companhia e do poder sobre ela exercido um “fenômeno de massa”: se, por um lado, isto denota uma ‘democratização do poder’, por outro isto demonstra um alheamento progressivo dos proprietários – e um poder tanto mais concentrado quanto incontido personificado nos grandes executivos.

Mas mesmos estes executivos talvez não sejam a instância última de poder nas corporações; talvez eles apenas o exerça ostensivamente, sob a batuta de seus verdadeiros controladores. Entre os executivos e os investidores-acionistas, há os que controlam e manejam os grandes fluxos de capital – que vêm e vão neste circuito polarizado pela multidão destes acionistas, de um lado, e a companhia, de outro. Estes grandes fluxos de capital – tanto maiores quanto maior a companhia – formam grandes canais cujo leito é definido justamente por aqueles

---

<sup>130</sup> Ressaltam, neste contexto, os mecanismos de representação dos sócios nas instâncias de deliberação societárias, que formam a chamada “proxy machinery” (COMPARATO, 1983, p. 52).

<sup>131</sup> “De tudo quanto se disse até agora conclui-se que o acionista da moderna sociedade anônima renunciou a uma série de direitos definidos em troca de uma série de expectativas indefinidas. O objetivo final do aumento de poder dos diretores e do ‘controle’ é a redução constante do número de coisas com as quais o acionista pode contar e do número de exigências que este pode fazer com a garantia de serem atendidas. Por conseguinte, pouco mais resta ao acionista, em termos legais, do que a vaga expectativa de que um grupo de homens, com o dever nominal de administrar a empresa em seu benefício e em benefício de outros como ele, realmente cumpre essa obrigação. (...) Em consequência disso, chegamos a uma situação a uma situação a uma situação em que o interesse individual do acionista foi claramente subordinado à vontade de um grupo controlador de administradores, mesmo que o capital da empresa se constitua de contribuições conjuntas talvez de muitos milhares de indivíduos” (1987, p. 221).

que têm mais capital: bancos, companhias de seguros, fundos de investimento e grandes grupos com tal poder econômico que atraem, em torno deles, grande quantidade do capital disperso<sup>132</sup>. A lógica do poder responde à confluência dos capitais. O poder corresponde à capacidade de canalizá-los; e será tanto maior o poder quanto maior o capital canalizado. O que atrai o capital disperso são os grandes fluxos; e quem (ou o quê) dirige estes fluxos controla a companhia, que absorve o capital e que, em tese, tem o “dever” aumentá-lo.

Enfim, se são feitas tais divagações, é para esclarecer que a propriedade das ações não significa, necessariamente, controle da companhia; ou, mais exatamente, este controle não reflete necessariamente a composição do quadro acionário. E o controle corresponde justamente ao exercício do poder sobre a companhia – ou seja, é o que determina sua atuação e sua existência. O controlador pode não ser o acionista majoritário; pode, aliás, nem ser acionista. O controle não supõe a propriedade das ações; supõe, isto sim, o poder de canalizar capital – cujo aporte alimenta a companhia, e cuja retirada a fulmina.

As regras de reforço, se têm por alvo as pessoas cujos interesses a corporação persegue, devem apontar aqueles que determinam a atuação desta companhia: pois é lícito presumir – desconsiderando, aqui, o possível altruísmo que talvez caracterize o capitalismo moderno – que quem tenha tal poder utilize-o em benefício de seus próprios interesses. Sob a ótica das regras de reforço, lembre-se sempre, a companhia é algo instrumental: útil a determinados fins – fins que não são apenas os dela própria. Aquelas cujos interesses confundem-se com os fins da companhia – estes são os alvos das regras de reforço. É óbvio que, ao elegerem seus suportes, estas regras partem, muitas vezes, de raciocínios canhestros; e esta conclusão, conforme se tentará demonstrar, decorre justamente do fato de que os ordenamentos não se atentam para a distinção fundamental entre participação acionária e controle – entre propriedade e poder.

---

<sup>132</sup> “Acompanhando a concentração do poder econômico, brotando dele e tornando-o possível, difundiu-se cada vez mais a propriedade das ações. Isso acarreta uma mudança fundamental ao caráter da riqueza – a relação entre o indivíduo e sua riqueza, o valor dessa riqueza e a natureza da própria propriedade. A dispersão da propriedade de empresas independentes parece inerente ao sistema acionário. Esse sistema já foi longe, está crescendo rapidamente e parece um processo inevitável” (BERLE & MEANS, 1987, p. 69).

### 2.5.2.2 Corporação e território.

Se as regras de reforço têm por alvo a instância de poder nas companhias, uma questão vem à tona: como referir esta instância à idéia de nacionalidade?

Esta questão não é tão simples quanto aparenta. De fato, parece haver uma resposta quase intuitiva: as regras de reforço consideram a nacionalidade daqueles que exercem tal poder. Tal resposta, entretanto, supõe que o poder seja sempre referível a determinadas pessoas, remontando sempre a determinados sujeitos. Esta premissa, crê-se aqui, é justificada pelas considerações feitas logo acima. Mas outra resposta, que complementa aquela, também deve ser considerada: tais regras consideram o local de onde o poder se projeta.

Este aspecto é de toda relevância. Na verdade, as regras de reforço miram nas pessoas a cujas finalidades a companhia se volta; entretanto, podem fixar-se não na nacionalidade destas pessoas, mas no local de onde seu poder sobre a companhia é exercido. Este, portanto, é o segundo aspecto a se considerar, ao se tratar do alvo das regras de reforço: primeiro, as pessoas por trás da companhia; depois, a forma como a idéia de nacionalidade se projeta sobre elas. O alvo destas regras, portanto, não é apenas identificar essas pessoas, mas referir sua atuação a um dado território.

Este referimento, como foi esclarecido anteriormente, leva em conta dois fatores: a origem e o território – ainda que aquele quase sempre remonte, direta ou indiretamente, a este último<sup>133</sup>. A nacionalidade pode estar ligada não apenas ao nascimento (no caso dos entes não humanos, à constituição) da pessoa em determinado território, mas também à fixação desta pessoa dentro de seus limites. A idéia de nacionalidade não se projeta somente a partir da origem; também a vinculação da pessoa com o território é fator determinante.

No caso das pessoas jurídicas, este dado é relevantíssimo. Sua existência, como dito, projeta-se em três níveis: é formal ao ser reconhecida pelo direito; é factual ao expressar-se na realidade, nas múltiplas formas de sua atuação; e é instrumental ao caracterizar-se como meio à realização de fins alheios. Quando se considera o alvo das regras de reforço, os dois

---

<sup>133</sup> Conforme seção 1.1.2.

últimos ‘níveis’ são levados em conta: não apenas elas podem considerar as pessoas por trás da companhia e as respectivas nacionalidades, mas também o espaço a que estas pessoas estão ligadas – o território em que, no exercício do poder sobre a companhia, atuam. Em suma, as regras de reforço podem não se preocupar apenas em discernir as pessoas que exercem o poder de determinar a atuação da companhia, mas em indicar o lugar desde onde tal poder é exercido.

Tal preocupação, considerado o contexto em que se inserem estas regras, faz todo o sentido. A nacionalidade das pessoas que controlam a companhia não reflete o compromisso desta com os interesses da nação<sup>134</sup>. Tais pessoas tendem a perseguir os fins que justificam a existência da companhia e que, grosso modo, podem ser sintetizados na fórmula seguinte: lucro e poder. Isto posto, pode o legislador julgar mais relevante identificar não apenas quem controla a companhia, mas o lugar donde o faz. Mais ainda: pode o legislador julgar que as finalidades perseguidas pela companhia não remontem a uma instância última de poder, a um núcleo restrito e recôndito, mas à confluência de fatores que moldam sua existência: os trabalhadores, os proprietários, os credores, os fornecedores, os consumidores<sup>135</sup>... Neste caso, presume-se que a ligação destes fatores com determinado espaço geográfico é determinante a impor à companhia repercussões jurídicas ligadas à idéia de nacionalidade.

Claro: nestes casos as regras de reforço costumam valer-se de conceitos como ‘sede’, ou ‘sede da administração’, ou ‘centro de controle’, etc<sup>136</sup>. Mas não se limitam a isto: podem mirar na localização dos principais centros de produção, no domicílio dos trabalhadores, na posição dos ativos, no destino dos investimentos e mesmo em aspectos mais simples como a residência dos controladores e/ou administradores (MABRY, 1999). Em todos estes aspectos, vê-se nitidamente sua vinculação a um lugar: supõe o legislador que isto seja

---

<sup>134</sup> Esta premissa, como já dito, é pressuposto básico do excelente artigo de Linda Mabry (1999), já referido em várias oportunidades.

<sup>135</sup> Esta é uma possibilidade que polariza o discurso desta dissertação. Supondo a existência instrumental da companhia, e portanto os interesses alheios a que se presta, a instância a que remontam estes interesses pode ser vista como um núcleo de concentração de poder, mas também como um espaço aberto e vago de fatores múltiplos em relação dinâmica, complexa e provavelmente imperscrutável. Ou seja: partindo-se do instrumento (a companhia) até os interesses a que se presta, pode-se adotar uma perspectiva que convirja até uma instância final baseada na consciência humana individual, ou uma perspectiva que dilua esses interesses em diversos aspectos e que, assim, remonte à realidade social. Entre estas alternativas polares – de um lado, a companhia como instrumento da consciência individual e, de outro, como expressão de um contexto vasto, dinâmico e irreduzível àquela consciência – todas as tentativas de definir a realidade subjacente à companhia são possíveis.

<sup>136</sup> Neste sentido, as normas reguladoras da chamada “sociedade européia”, altamente preocupadas com tal aspecto (conforme Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho da União Européia).

determinante a demonstrar a relação da companhia com a nação, justamente por inserir os principais aspectos de sua existência factual nos limites de seu território.

Já foi dito o quanto pode ser problemática esta perspectiva. Entretanto, considerava-se ali a pretensão de relacionar a instância de poder da companhia a um determinado local. Como visto, as regras de reforço podem, em tese, desconsiderar a existência de uma tal instância, ainda que sempre suponham o caráter instrumental da corporação que, desta forma, sempre atende a determinados interesses. Tais interesses, entretanto, podem estar ligados a fatores conjunturais; e estes, por seu turno, podem estar sujeitos à influência do “meio”, vale dizer, do contexto geográfico em que estão inseridos. Neste sentido, não importa notar *que* interesses são estes; mas *onde* eles atuam. Verdade que esta perspectiva enfrenta três grandes dificuldades: primeira, explicar por que elege determinados fatores conjunturais capazes de influenciar aqueles interesses; segunda, demonstrar que o “ambiente” realmente influi na sua conformação; e terceira, justificar por que, ou em que medida, estas premissas anteriores são ligadas à idéia de nacionalidade – afinal, o fato de que determinado aspecto da existência da corporação responda às ingerências do meio não significa, absolutamente, seu compromisso com os interesses nacionais.

Este é o problema: as regras de reforço miram aspectos dificilmente referíveis à idéia de nacionalidade – justamente por que é sempre difícil identificar o compromisso dos elementos considerados com os interesses da nação. A única saída – pode-se cogitar – seria sempre referir, em última instância, ao homem; afinal, somente em relação a este a nacionalidade, a rigor, faz sentido. Ainda assim, os problemas permanecem – seja porque é complexo apontar os homens aos quais a existência da corporação é referida, seja porque é problemático afirmar, mesmo em relação a estes, o compromisso com a nação.

Em todo caso, convém considerar este detalhe: as regras de reforço supõem a existência instrumental da corporação e, portanto, os interesses que a determinam; estes interesses remontam a pessoas, mas também se inserem em determinado contexto espacial, geográfico. Essas regras, portanto, levam em conta estes dois aspectos: a nacionalidade das pessoas a cujos interesses a corporação se presta; e o lugar desde onde estes interesses se projetam.

### 2.5.3 Os suportes das regras de reforço.

Como visto, as regras de reforço têm por alvo a realidade subjacente à existência formal da corporação. Sem dúvida, esta existe e atua como sujeito de direito e, nesta condição, tem uma determinada nacionalidade; todavia, aquelas regras não se limitam a considerar este atributo da personalidade, voltando-se sobre *o que* determina a atuação da corporação. Este é seu alvo: a realidade subjacente à personalidade, que pode ser figurada tanto como uma instância de poder, quanto como uma ‘atuação’ vinculada a determinado território.

Esta “realidade subjacente”, que determina a existência e a atuação da corporação, encerra uma noção complexa, dificilmente traduzível em preceitos abstratos. Na verdade, como visto, é até mesmo discutível que se possa estabelecer tal noção, na medida em que aquela “instância” pode ser irredutível à vontade consciente, tanto quanto a um lugar determinado. Em todo caso, é indiscutível que as regras de reforço apontam para esta realidade atrás da “máscara” que representa a existência formal da corporação; e, visando a este alvo, estabelecem como suporte de sua incidência dados que, em tese, manifestam aquela ‘realidade’.

Estes suportes, se considerados diante do alvo de incidência dessas regras, são tanto mais ostensivos quanto menos rigorosos ao traduzir o alvo visado. Como dito, o que justifica as regras de reforço é a “necessidade” de o estado confrontar, com base nos valores e interesses nacionais, a extrema mobilidade do capital e suas repercussões econômicas e sociais. Por isto, ele deve identificar não só a origem deste capital, mas sua suscetibilidade de refletir aqueles interesses; todavia, este é um dado vago, muitas vezes fugaz e instável, quase sempre difícil de verificar. Donde a necessidade de buscar elementos mais concretos, mais claros e mais estáveis a manifestar aquela sujeição econômica.

Estes elementos – concretos ou não – são os suportes das regras de reforço. Em tese, tais suportes podem ser divididos em dois grupos.

Primeiramente, há os suportes ostensivos, cuja verificação remonta à conformação institucional da corporação. São ostensivos porque se baseiam em elementos caracterizadores da existência formal das sociedades, ainda que se prestem a retratar os interesses que determinam sua atuação. Baseiam-se, em geral, na propriedade do capital social.

Em segundo lugar, há os suportes conceituais, baseados não em dados concretos, mas em noções jurídicas que podem corresponder a uma variedade indeterminável de situações. Tais noções geralmente apontam para aquelas categorias já descritas – controle, poder, comando – e assentam-se na própria projeção semântica destes termos.

### **2.5.3.1 Suportes ostensivos.**

Em relação aos suportes ostensivos, estes podem ser relacionados à administração e à propriedade das sociedades comerciais. Quanto à administração, não há maiores detalhes a abordar: devem-se considerar aqueles que compõem os órgãos correspondentes<sup>137</sup>; registre-se apenas que, segundo a lei brasileira, estes ‘membros’ deverão ser “pessoas naturais residentes no país”<sup>138</sup> – o que faz lembrar que, como dito, as regras de reforço têm por alvo não apenas a nacionalidade das pessoas a cujos interesses a corporação se presta, mas também o vínculo destas pessoas com o território respectivo. Quanto à propriedade da sociedade, várias questões vêm à tona, na medida em que seu quadro acionário pode ser composto por outras sociedades e, neste caso, dar origem a ‘agregados econômicos’ que podem, em si mesmos, ser suporte para as regras aqui consideradas.

Neste contexto, estas regras podem centrar-se nas ligações jurídicas entre a sociedade considerada e outros entes jurídicos. A sua atuação, assim, será referida à destes últimos; e todos eles, em conjunto, conformarão um ‘ente jurídico’ específico – não necessariamente personificado – que, para determinados efeitos legais, é tomado como ‘único’. A

---

<sup>137</sup> No Brasil, os órgãos de administração, nas companhias, são a diretoria e o conselho de administração (conforme LSA, art. 138); nas demais sociedades, a administração é exercida por quem for designado no contrato social ou em ato separado dos sócios (CC, arts. 1010-1021); finalmente, especificamente quanto às sociedades por cotas de responsabilidade limitada, facultam-se a adoção de qualquer dos dois modelos (CC, arts. 1060 e 1053, par. ún.).

<sup>138</sup> LSA, art. 146.

lei estabelece diversas modalidades de ligações entre sociedades comerciais – desde a mais completa sujeição de uma a outra, até os mais tênues e efêmeros laços de parceria.

A legislação brasileira regra algumas destas modalidades. Por outro lado, a produção normativa e jurisprudencial de organismos internacionais<sup>139</sup>, além de extensa literatura (veiculada inclusive no âmbito destes mesmos organismos), trazem à tona outras figuras especialmente relevantes. Em todos estes casos, há sempre a relação entre duas ou mais sociedades empresariais (pessoas jurídicas); e, por força desta relação, essas sociedades são consideradas, para determinados efeitos (inclusive jurídicos), conjuntamente.

Como suportes desta espécie, devem-se considerar, de acordo com a legislação nacional, as sociedades coligadas, controladas, subsidiárias integrais e os grupos de sociedades. Segundo o Código Civil de 2002, as sociedades coligadas abrangem as controladas<sup>140</sup>, as filiadas<sup>141</sup> e as de simples participação<sup>142</sup>. Esta terminologia é praticamente idêntica à adotada pela LSA<sup>143</sup>, com a diferença de que não é tratada, nesta última, a figura prevista no art. 1100 do CC. Todavia, na LSA é prevista a figura do “grupo de sociedades”, assim como a da “subsidiária integral”. Aquele corresponde ao vínculo explícito entre sociedades controladas e controladoras<sup>144</sup>; esta expressa a forma mais completa de submissão de uma sociedade a outra: a propriedade total de seu capital<sup>145</sup>.

---

<sup>139</sup> Ressalta-se especialmente a Organização das Nações Unidas (ONU), no âmbito da qual destaca-se a Conferência sobre Mercado e Desenvolvimento (UNCTAD), além da Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), este último de profícua produção literária sobre o tema.

<sup>140</sup> Conforme art. 1098. A noção de controle no Código Civil, tal como na Lei de Sociedades Anônimas (art. 116), é assimilada ao poder de determinar as decisões assembleares e a atuação da administração.

<sup>141</sup> Art. 1099: “Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”.

<sup>142</sup> Art. 1100: “É de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento do capital com direito de voto”.

<sup>143</sup> Art. 243: “O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. § 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la. § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

<sup>144</sup> Art. 265: “A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”.

<sup>145</sup> Art. 251: “A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira”.

Finalmente, noções congêneres são utilizadas no plano internacional, para enquadrar a atuação de conglomerados econômicos baseados na atuação de companhias em diversos países. Neste plano, a terminologia baseia-se em noções razoavelmente consolidadas na literatura jurídico-econômica internacional<sup>146</sup>, que projetam aquelas formas de ligação jurídica para as chamadas “corporações transnacionais”<sup>147</sup>. Neste sentido, ressalta a noção de “parent enterprise”, que corresponde ao ente a que se sujeitam as sociedades controladas ou coligadas. Estas duas últimas, por sinal, correspondem respectivamente à “subsidiary enterprise”<sup>148</sup> e à “associate enterprise”<sup>149</sup>.

Em todos estes suportes, a sociedade comercial (como pessoa jurídica de existência distinta) é considerada num contexto mais abrangente, em que sua atuação é inserida. Assim considerada, toda esta atuação remonta a um ‘ente’ maior, que perfaz uma constelação de atores econômicos articulados em torno de mesmos fins e que, por esta exata razão, são tratados como algo único e distinto<sup>150</sup>. Este ‘algo único e distinto’ corresponde a uma dada noção jurídica que serve de suporte às regras de reforço e que pode designar, como visto, desde um ‘ente

---

<sup>146</sup> Veja-se neste sentido o sítio da UNCTAD (doravante, UNCTAD, 2008), em que há a definição dos elementos que compõem a estrutura das “corporações transnacionais” (TNCs, segundo a sigla em inglês). Tais definições correspondem àquelas adotadas pelo Fundo Monetário Nacional (FMI, 2004) que, por sua vez, remontam àquelas do “Benchmark Definition of Foreign Direct Investment” (OECD, 2008)

<sup>147</sup> “A TNC is an enterprise, which is irrespective of its country of origin and its ownership, including private, public or mixed, which comprises entities located in two or more countries which are linked, by ownership or otherwise, such that one or more of them may be able to exercise significant influence over the activities of others and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others. TNCs operate under a system of decision making which permits coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres” (UNCTAD, 2008).

<sup>148</sup> “An incorporated enterprise in the host country in which another entity directly owns more than half of the shareholders’ voting power, or is a shareholder in the enterprise, and has the right to appoint or remove a majority of the members of the administrative, management or supervisory body” (UNCTAD, 2008).

<sup>149</sup> “An incorporated enterprise in the host country in which an investor, together with its subsidiaries and associates, owns a total of at least 10 per cent, but not more than half, of the shareholders’ voting power (the figure may be less than 10 per cent if there is evidence of an effective voice in management)” (UNCTAD, 2008).

<sup>150</sup> “Regardless of which form is utilized to establish the MNE as a unified economic entity, it is the interaction between transnational control of MNEs and the sovereignty of nation-states which generates the most significant legal, socio-economic, and political conflicts concerning the MNE. The crucial question is when and to what degree will nation-states recognize the existence of the transnational control. The regulating states must choose the national law applicable to the corporation under consideration. The state must decide when and for what legal purposes a corporation which is part of an MNE is subject to local law and when it is subject to foreign law. Such decisions could be looked upon as determinations of whether the corporation is a local national as opposed to the national of another state. Many times, in making such decisions the regulating state must also decide when and for what legal purposes a corporation should be treated not only as an independent entity operating exclusively within its own boundaries, but also as an integral part of a large enterprise headquartered and controlled from abroad. One who accepts such a broad use of corporate nationality may find it helpful to speak in terms of attributing a nationality to, or disregarding a nationality of, the corporation, when ever a state faces the need to choose the national law applicable to an MNE” (HADARI, 1974, p. 5).

distinto'<sup>151</sup> até uma mera relação jurídica. Lembra-se que a atuação conjunta de sociedades pode corresponder a uma simples coligação de empresas, em que uma detém parte do capital da outra, sem controlá-la; mas também pode corresponder a um grupo de sociedades que, em si mesmo, pode ostentar existência jurídica distinta da dos entes que o compõem<sup>152</sup>. De todo modo, seja como um ente juridicamente distinto, seja como uma mera relação jurídica, este é, em muitos casos, o suporte das regras de reforço.

Neste sentido, o direito brasileiro contém regras importantes. Lembra-se, de início, a norma que impõe, em relação aos grupos de sociedades, que a sociedade controladora seja brasileira<sup>153</sup> – o que impede, em tese, que grupos controlados por estrangeiros possam atuar no país<sup>154</sup>; além disso, a LSA impõe que a sociedade controladora seja efetivamente controlada por “pessoas residentes ou domiciliadas no país”, reforçando a noção de que o controle seja exercido desde o território brasileiro – noção que, como visto, está ligada à idéia de nacionalidade<sup>155</sup>. Por outro lado, no caso da sociedade subsidiária, a proprietária será necessariamente sociedade brasileira<sup>156</sup>. Note-se, ainda, que segundo o entendimento de Pontes de Miranda (1984a, p. 196), “a filial que se criou e personificou no Brasil, de acordo com o direito brasileiro, também precisa de autorização do Governo Federal, porque a relação de filialidade, relação de contrôle, a despeito da independência patrimonial, cria situação delicada, de que se teve exemplo no Caso Trunfo”.

No direito alienígena, regras com suportes desta espécie são também freqüentes (UNCTAD, 2006). Os mais diversos setores econômicos são sujeitos a regulações

---

<sup>151</sup> É o caso, p. ex., da chamada “sociedade européia”, cuja existência supõe a de sociedades constituídas em mais de um estado-membro da União Européia, conforme Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho da União Européia. Comparato já alertara para a sua natureza similar à de um grupo de sociedades (1983, p. 291).

<sup>152</sup> Não se desconhece a existência de opiniões contrárias à que supõe a personalidade jurídica do grupo de sociedades no direito brasileiro. Contudo, sem entrar nesta polêmica, basta notar que o art. 269, VII, da LSA impõe “a declaração da nacionalidade do controle do grupo”; portanto, para os fins desta dissertação, convém considerar o grupo como um ‘ente jurídico distinto’, em relação ao qual faz sentido considerar determinada nacionalidade.

<sup>153</sup> LSA, art. 265, § 1º: “A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas”.

<sup>154</sup> Lembra-se que o grupo estará regularmente constituído após o registro da ‘convenção’ na Junta Comercial (art. 271 da LSA); e tal registro só é possível se observada a regra relativa à nacionalidade do controlador.

<sup>155</sup> “O principal objetivo da inserção, em nossa legislação, de disposições acerca dos grupos de sociedades formais foi a intenção do Governo brasileiro, na década de sessenta, de desenvolver a economia com base em grandes conglomerados nacionais. Daí a exigência de nacionalidade brasileira nas sociedades de comando e controladora dos grupos de sociedades” (CAMINHA, 2007).

<sup>156</sup> LSA, art. 251.

restritivas, que impõem condicionamentos baseados nas relações entre as empresas nacionais e estrangeiras (FINANCIAL TIMES, 2006). Tais condicionamentos costumam ocorrer, inclusive, em legislações especificamente voltadas à regulação dos investimentos estrangeiros direitos (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2007). Os exemplos são freqüentes e constantes, tanto nos países mais pobres, quanto naqueles mais desenvolvidos<sup>157</sup>.

Todos estes suportes – baseados em noções que designam as relações entre companhias de algum modo vinculadas entre si – não prescindem, em geral, de dados ligados à divisão do capital social e, especialmente, ao controle acionário das companhias. Em outras palavras: o suporte é, via de regra, a propriedade da companhia, expressa na divisão do respectivo capital. Neste sentido, a descrição abstrata das hipóteses consideradas é sempre similar: sua incidência está ligada à detenção, por nacionais ou estrangeiros, de determinada parcela do capital.

Na verdade, a maioria das regras de reforço tem por suporte, pura e simplesmente, a divisão do capital social. Tais regras incidem quando estrangeiros detêm determinada participação acionária, caso em que impõem condicionamentos à companhia. Os exemplos pululam. Cita-se a legislação regulando a navegação de cabotagem<sup>158</sup>, os serviços de tv a cabo<sup>159</sup>, os serviços de transportes rodoviários de carga<sup>160</sup>, a aviação civil<sup>161</sup>, as atividades de radiodifusão de sons e imagens, de mineração e de colonização em faixa de fronteira<sup>162</sup>. No direito estrangeiro, regras com tal suporte são igualmente comuns<sup>163</sup>.

<sup>157</sup> “En algunos países de Asia, en un contexto de políticas más activas e integradas de atracción de inversiones, se han impuesto condiciones que buscan asegurar mayores encadenamientos entre la IED y las empresas locales. En Europa y Estados Unidos, las trabas a algunas de las principales adquisiciones transfronterizas se han asociado a la sensibilidad política con relación a la compra de ‘campeones nacionales’, a cuestiones de seguridad nacional, al temor de perder empleos o a las preocupaciones respecto de los estándares de responsabilidad social e corporativa y protección social” (CEPAL, 2006).

<sup>158</sup> Decreto-lei nº 2784/40, art. 2º: cinquenta por cento do capital social mais uma quota ou ação, no mínimo, deverão pertencer a brasileiros.

<sup>159</sup> Lei nº 8977/95, art. 7º: cinquenta e um por cento do seu capital votante deverá pertencer a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

<sup>160</sup> Lei nº 6813/80, art. 1º: pelo menos quatro quintos do capital social, com direito a voto, deverão pertencer a brasileiros e a direção e administração caberá exclusivamente a brasileiros.

<sup>161</sup> Lei nº 7565/86, art. 181: a concessão será dada à pessoa jurídica brasileira com pelo menos quatro quintos do capital com direito a voto, pertencentes a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social.

<sup>162</sup> Lei nº 6634/79, art 3º e Decreto nº 85064, arts. 10, 15, 17 e 18: em faixa de fronteira, o capital de empresas de radiodifusão pertencerá somente a pessoas físicas brasileiras, pelo menos cinquenta e um por cento do capital das empresas mineradoras e de colonização pertencerá a brasileiros.

<sup>163</sup> Para exemplos de regras deste tipo nos EUA, ver Mabry (1999).

Finalmente, ainda considerando as regras de reforço com suportes ostensivos, vale ressaltar que estes últimos podem não estar ligados à propriedade do capital, mas ao ‘vínculo’ entre os fatores que supostamente determinam a atuação da companhia e o espaço territorial da nação; neste caso, é a própria expressão espacial destes fatores o dado a ser considerado. As regras podem supor, assim, a residência ou domicílio dos administradores, controladores, empregados; ou a localização dos centros de direção e comando indicados nos atos constitutivos; ou mesmo a posição dos principais ativos ou estabelecimentos (MABRY, 1999). Obviamente, todos estes dados podem ou não ser ostensivos, na medida em que se possa ou não constatá-los a partir da mera observação dos atos jurídicos que conformam a existência da corporação – em especial seus estatutos.

#### **2.5.3.2 Suportes conceituais.**

O segundo grupo das regras de reforço tem suportes conceituais. Ao contrário dos suportes ostensivos, eles baseiam-se em noções abertas que expressam a sujeição da corporação a determinados atores e sua vinculação ao respectivo território.

Tais regras são também bastante comuns. Sua proliferação – que, comparada ao outro grupo das regras de reforço, é bem mais recente – deve-se a duas razões fundamentais: por um lado, a visão que, a partir da obra seminal de Berle & Means (1989), erodiu as bases das teorias tradicionais que não distinguem entre a propriedade e o controle das companhias; por outro lado, o cenário político da década de 1970, marcado por intenso “nacionalismo” e conseqüentes medidas protecionistas (KENNEDY JR., 1992; SAFARIAN, 1999).

De fato, tendo textura mais aberta, regras deste tipo tendem a ser mais elásticas, abarcando as diversas hipóteses que podem caracterizar as instâncias de poder na corporação. Ao contrário dos suportes ostensivos, que se baseiam em dados formais, os suportes conceituais contemplam o dinamismo e as sutilezas que caracterizam o exercício do poder nas corporações. Justamente por se basearem em noções de sentido substancial, dão ao aplicador a possibilidade de enquadrar as mais diversas realidades nestas regras.

Regras com este tipo de suporte, portanto, são mais afetadas à imensa complexidade do fenômeno que encerra o exercício do poder nas corporações e sua vinculação efetiva com determinado território. Contudo, por terem sentido mais amplo e substancial, apresentam dois problemas recorrentes: o primeiro, relacionado à maior dificuldade de precisar as hipóteses de sua incidência; o segundo, o maior arbítrio dado ao aplicador da regra. Obviamente, quanto mais claro e ostensivo o dado que determina a incidência da regra, mais simples é sua aplicação. Mais do que isso: sendo claras as hipóteses de incidência das regras, há menos espaço para a discricionariedade do aplicador. No caso das regras de reforço, cuja aplicação é em muitos casos atribuída a agentes administrativos, tais considerações são de toda a relevância.

Ainda assim, pode-se afirmar que, considerando a finalidade destas regras, a previsão de suportes conceituais é cada vez mais necessária. Não só porque, como dito, aqueles dados ostensivos – sobretudo os relacionados à propriedade das ações – são cada vez menos aptos a retratar as relações de poder na companhia; mas também porque a própria verificação desses dados ostensivos tornou-se problemática, na medida em que se acentua a quantidade e complexidade das formas de domínio indireto do capital social<sup>164</sup>.

De fato, cada vez mais a propriedade das corporações está em mãos de entes não humanos, que por sua vez podem ser constituídos por outros entes desta natureza. Sem dúvida, esta ‘cadeia’ remontará ao homem, por mais extensa que seja. Entretanto, torna-se difícil, por um lado, identificar os homens que, em última análise, estão à base desta ‘cadeia’; e, por outro lado, a própria estrutura institucional destes entes não humanos, voltada à concentração do capital disperso e portanto marcada pela extrema mobilidade dos respectivos investidores, acentua aquela dificuldade.

---

<sup>164</sup> “Once a direct investment relationship has been established, all subsequent capital transactions between the direct investor and the direct investment enterprise and among affiliated enterprises resident in different economies are considered to be direct investment. In other words, the direct investment relationship extends to certain other enterprises indirectly owned by the direct investor. Thus, the direct investment enterprises comprise: (i) subsidiaries (enterprises in which the investor owns more than 50 percent); (ii) associates (enterprises in which the investor owns 10-50 percent); and (iii) branches (wholly or jointly owned unincorporated enterprises) either directly or indirectly owned by the direct investor. In the OECD’s Benchmark Definition (OECD, 1996) the treatment of indirectly owned direct investment enterprises is referred to as the ‘Fully Consolidated System’. Countries have reported difficulties in obtaining the level of detail needed to track the chain of ownership of indirectly owned enterprises, particularly for multinational corporations that have a large global base. Only 11 of the 61 countries surveyed in the 2001 SIMSDI update fully applied the Fully Consolidated System for their inward FDI transactions” (PATTERSON et al., 2004).

Esta talvez seja a mais relevante questão, quando se tem em mira as regras de reforço. Sem dúvida, a maioria destas regras tem por suporte a divisão do capital social (em especial, do capital votante) e, portanto, o quadro de acionistas. Quando se percebe que o capital das companhias – sobretudo as de maior porte – é controlado por outras companhias (ou qualquer outro ente não humano), então estas regras, em muitos casos, perdem sentido. Se sua finalidade é impor condicionamentos ligados à idéia de nacionalidade, e seu alvo é a realidade subjacente à companhia, estas regras perdem sentido quando nesta ‘realidade’ se consideram outras companhias. Traduzindo: se um preceito impõe certos condicionamentos a empresas cujo capital seja detido, num dado percentual, por estrangeiros, ele não se aplica a empresas cujo capital seja detido, em percentual superior àquele fixado, por uma empresa nacional; contudo, o capital desta última pode ser detido majoritariamente por capital estrangeiro. A regra, neste caso, perde sentido.

Este exemplo básico ilustra uma dificuldade que pode ser bastante acentuada, na medida em que os sucessivos elos da cadeia de investidores – as companhias controladoras de companhias controladoras de companhias – podem tornar profundamente remota a origem destes investimentos. Muitos países – Dinamarca e Estados Unidos, por exemplo – desenvolveram instrumentos legais baseados no ‘conceito’ “ultimate beneficial owner” (UBO)<sup>165</sup>, tentando contornar tais dificuldades. Outros ‘conceitos’ como “effective voice in management”<sup>166</sup>, ou “controle de fato” (“control in fact”<sup>167</sup>) foram também utilizados com tal finalidade. Diante destes conceitos, uma multiplicidade de fatos pode caracterizá-los<sup>168</sup>.

Lembra-se que estes conceitos não apenas auxiliam a identificar as instâncias de poder nas corporações – e então verificar a nacionalidade daqueles que o exercem – mas também a vinculação da corporação ao território do estado. Esta vinculação pode se depreender de vários aspectos relacionados à existência da corporação, desde o domicílio dos que exercem seu controle até a localização de seus principais ativos, passando pela situação dos seus empregados. Os suportes deste tipo estabelecem conceitos que tanto podem descrever a instância

<sup>165</sup> Conforme Patterson et al. (2004, p. 25).

<sup>166</sup> Conforme UNCTAD (2008).

<sup>167</sup> Conforme Mabry (1999).

<sup>168</sup> Em relação, p. ex., ao sistema regulatório norte-americano, Cioffi (2006): “Subjects such as investment, marketing, product design, production plans, and financial strategies are considered within the ‘core of entrepreneurial control”.

de poder da corporação, quanto a sua situação espacial, geográfica; no primeiro caso, elas se prenderão à nacionalidade dos controladores; no segundo, à vinculação da corporação ao território.

Em todo caso, estes conceitos são cada vez mais utilizados como suportes destas regras. Mais do que isso: em geral, eles são complementares aos suportes ostensivos – uma espécie de reforço para as regras de reforço. São, em suma, os desdobramentos mais incisivos da idéia de nacionalidade que, na forma de regras de conteúdo aberto, visam a abranger toda a sutileza e complexidade da realidade a que se voltam. Ao invés de se agarrarem a dados concretos que em tese expressem tal realidade, eles recorrem a noções que a enquadram em esquemas representativos de relações de poder e de vínculo ao território. Estes esquemas manifestam-se em palavras – noções, conceitos; e toda complexidade das regras que as tomem por suporte resulta, inclusive, dos problemas em torno da linguagem. Tais problemas remetem ao fundo de toda a questão, na medida em que se cogita da correspondência de sentido entre a palavra e a realidade descrita. De todo modo, tendo suporte em tais palavras, estas regras se valem de ‘elasticidade’ dos respectivos sentidos e, então, dão ao aplicador as ferramentas mais efetivas para submeter a realidade às finalidades da lei.

#### **2.5.4 O espaço das regras de reforço.**

Ao ser dito que as regras de reforço são espécie de preceitos ligados à idéia de nacionalidade, ficou esclarecida sua finalidade. Justamente por voltarem-se teleologicamente para essa ‘idéia’, aquelas regras são objeto deste estudo. Não foi dito, ali, o que exatamente corresponde a esta idéia; e provavelmente seria impossível fazê-lo: a idéia de nacionalidade é uma noção puramente formal e abstrata, uma ferramenta discursiva sob a qual se insere, no texto, todo o universo de valores, tradições, paixões e princípios ligados à nacionalidade. A finalidade das regras de reforço, portanto, é atender a todos estes fatores, projetando-se sobre as pessoas. A

questão que resta, agora, é a seguinte: em que hipóteses podem fazê-lo? Quando e onde são estas regras necessárias (ou desejáveis)<sup>169</sup>?

Por trás destas questões, certamente, está a noção de limite ao poder de produzir tais regras. Donde se indagar: por que existiriam limites? Não pode o soberano produzi-las sempre que lhe convier?

A hipótese de que haja tais limites está ligada a uma premissa básica: regras de reforço são, por definição, discriminatórias; logo, diante do princípio da igualdade de todos perante a lei, a discriminação só pode ser admitida excepcionalmente. Jhering (2003, p. 107) já dizia: “a igualdade perante a lei tanto para nacionais quanto para estrangeiros é o traço fundamental de todo o direito atual. A expressão jurídica disso é o princípio de que o homem como tal é o sujeito de direitos”. Tendo em vista sua excepcionalidade, cumpre definir os limites desta exceção – ou seja, o espaço em que há sentido cogitá-la.

Até aqui, mencionaram-se os alvos e os suportes das regras de reforço. Tendo em vista que estas regras normatizam a existência das companhias e estão ligadas à idéia de nacionalidade, seu alvo só pode ser o que naquela existência é relacionado a esta idéia; e seus suportes são os dados que expressam aquele alvo. Portanto, ao fixar os alvos e suportes, fixa-se a realidade sobre que as regras incidem; e, diante dela, foi possível cogitar os traços fundamentais deste tipo de norma. Até aqui, portanto, foram vistas as hipóteses<sup>170</sup> sobre que tais regras incidem; com isto, realiza-se o exame do preceito – a previsão, a descrição prévia e abstrata da hipótese que, uma vez ocorrida, determina a incidência. No próximo capítulo haverá a investigação das repercussões. A incidência é marco divisório destes dois capítulos: aqui, o que a precede – o preceito; ali, o que a sucede – as repercussões. Entre um e outro, entretanto, há uma questão

---

<sup>169</sup> Convém ressaltar que esta dissertação considera estes dois adjetivos – necessárias e desejáveis – como predicados destas regras. Sua existência, portanto, resulta do fato de serem necessárias, ou somente desejáveis. Obviamente, é ousado dizer que, alguns casos, são apenas desejáveis. Contudo, como se sabe, tais regras estão ligadas ao exercício da soberania – como de resto todas as outras – e, ao menos em tese, é dever desta investigação considerar que o poder soberano possa agir não apenas segundo suas “necessidades”, mas segundo seus “desejos”.

<sup>170</sup> Quando se refere às ‘hipóteses de incidência’ – expressão que, como já dito, foi consagrada por Geraldo Ataliba (2004) – deve-se notar que esta dissertação não desce ao casuismo destas hipóteses, restringindo-se àquilo que lhes é comum na generalidade dos casos. Não se preocupa, aqui, em descrever todos os casos contemplados por estas regras – o que, provavelmente, seria impossível. A preocupação é descrever os elementos comuns a elas, tomando-os dedutivamente das premissas que amparam esta dissertação – em especial a existência instrumental das companhias, de um lado, e sua existência factual (no espaço e no tempo), de outro – tudo isto à luz da idéia de nacionalidade como núcleo a que remontam todas essas regras.

relevante: o espaço onde tais preceitos são possíveis – noutras palavras, os limites à sua existência.

Esta é uma questão que se situa ainda no exame dos preceitos. Mais ainda: situa-se no exame das regras de reforço. Em relação aos critérios, não há que se cogitar de limites à sua previsão: estabelecendo distinção entre companhias nacionais e estrangeiras, eles necessariamente abarcam toda a realidade considerada. Não é o caso das regras de reforço: aqui, certas companhias, diante de certas circunstâncias, são submetidas a condicionamentos ligados à idéia de nacionalidade. É preciso verificar em que casos isto é possível – até porque esses condicionamentos, sendo discriminatórios, só podem ser excepcionais. Portanto, resta verificar os limites à previsão deste tipo de preceitos; e, considerando-se a estrutura desta dissertação, deve-se fazê-lo aqui.

#### **2.5.4.1 Base para a discriminação.**

Como dito ainda no capítulo anterior, a nacionalidade distingue-se – juridicamente, ao menos – pela discriminação. Antes de tudo, é um traço distintivo que separa os nacionais de todos os demais elementos<sup>171</sup> considerados – e liga a isto repercussões jurídicas. Quando o ‘elemento’ considerado é o homem, tal discriminação é por princípio intolerável – ainda que ela exista e seja, tal existência, um fato de mais alta relevância. Entretanto, nesta dissertação considera-se outro ‘elemento’ – a corporação, pessoa não humana. Convém investigar se isto muda a abordagem da questão; e, se muda, então examinar a premissa de que a discriminação, se aplicada às corporações, é também excepcional.

A corporação é um centro de imputação normativa<sup>172</sup>. A ela se agregam fenômenos da realidade jurídica: ela adquire direitos, ela assume deveres – e é capaz de perseguir aqueles e responder por estes. Se uma corporação estrangeira atua sem qualquer laço formal com

---

<sup>171</sup> Diz-se “elementos” porque, como deve já estar claro, a nacionalidade é um atributo não apenas do homem ou mesmo de pessoas; é possível cogitar da nacionalidade de embarcações e aeronaves, por exemplo.

<sup>172</sup> Como já dito, esta expressão é trazida por Comparato (1983, p. 268) ao abordar a teoria kelseniana sobre a personalidade jurídica.

a autoridade estatal nacional, não pode ser submetida às repercussões previstas na ordem jurídica respectiva. Este alheamento determina sua insujeição à soberania do estado considerado; alheamento que, ao contrário do que ocorre com a pessoa humana, não está ligado à presença. Este é um dado relevantíssimo: a corporação tem, por assim dizer, uma existência ubíqua: ela existe onde estão seus estabelecimentos, onde atuam seus agentes. Uma corporação pode ser alheia a determinada ordem jurídica e, ainda assim, atuar no “espaço” regulado por esta última; ou seja: há ‘presença’ e, ao mesmo tempo, insujeição jurídica. O adjetivo “estrangeira”, aplicado à corporação, designa antes de tudo sua insujeição à soberania nacional; não por acaso, as discriminações ligadas a esta condição são drásticas<sup>173</sup>: no caso brasileiro, p. ex., a atuação da sociedade comercial estrangeira é simplesmente vedada, a menos que autorizada, sob condições específicas, pelo poder executivo federal. Portanto, quando se trata das discriminações decorrentes da aplicação dos critérios de nacionalidade, sua existência é não apenas justificável, mas necessária.

Todavia, estas considerações – que fazem sentido ao se considerarem as repercussões ligadas aos critérios de atribuição de nacionalidade às corporações – não se aplicam quando se tem em mente as regras de reforço. Aqui se trata de empresas de ‘bandeira’ nacional – mas que, em razão de certas características, submetem-se a condicionamentos ligados à idéia de nacionalidade. Estas corporações são sujeitas à soberania do estado que edita aquelas regras. Sua discriminação, portanto, não decorre de sua insujeição àquele poder soberano. Todos os comandos jurídicos que este estado dirige à ‘corporação nacional’ necessariamente a atingem, pela simples razão de que sua existência formal pressupõe o reconhecimento por este mesmo estado – e disto, por si só, decorre a possibilidade de lhes impor sanções jurídicas e, assim, submetê-las àqueles comandos.

Por outro lado, estas regras atingem as pessoas a que a atuação da corporação remonta – e, em última instância, os homens a cujos interesses estas pessoas se prestam. Neste caso, se estas regras discriminam as corporações – seja em função das pessoas a

---

<sup>173</sup> No Brasil, regula a matéria o Decreto-lei 2627/40, art. 64: “As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira (art. 60)” Em idêntico sentido, referindo às sociedades comerciais em geral, o Código Civil, art. 1.134.

que remontam, seja em função de aspectos de sua existência que mostram sua vinculação ao território – discriminam também os homens a quem elas servem. Nesta hipótese, portanto, a discriminação seria tão intolerável quanto àquela ligada à nacionalidade mesma destes homens; nesta hipótese, portanto, tais regras deveriam ser consideradas ainda mais excepcionais.

Todavia, esta correspondência é ilusória: a discriminação entre homens nacionais e estrangeiros difere substancialmente daquela que decorre da incidência das regras de reforço. Isto porque estas regras – ainda que acabem por discriminar, em última análise, os homens a cujos interesses as corporações atendem – fazem-no em função da corporação e de seu papel como ator social. Como visto anteriormente, tais regras têm por alvo os homens (e a respectiva nacionalidade) por trás da corporação, ou os aspectos de sua existência factual que denotem sua vinculação ao território. Entretanto, o fato de que sejam estes os alvos só se justifica por força de sua relação com a corporação. Como dito, a existência – não apenas formal, mas factual e instrumental – desta última é o suporte de todos os preceitos ligados à idéia de nacionalidade. Portanto, a justificativa para a discriminação que decorre das regras de reforço remonta à própria corporação – ainda que, como dito, os homens a ela ligados sejam o alvo e mesmo o suporte destas regras<sup>174</sup>.

Assim, a discriminação ligada às regras de reforço justifica-se pela atuação das corporações na realidade<sup>175</sup>. Logo, distingue-se daquela que separa os homens entre nacionais e estrangeiros – ainda que, naquele caso, os homens por trás da companhia possam ser o alvo e o suporte destas regras. Esta atuação, portanto, é o dado de que se parte ao considerar a existência – ou melhor, a possibilidade de existir – destas regras.

No caso das corporações, esta atuação é econômica. Disto decorrem dois aspectos a considerar: primeiro, os fins desta atuação; depois, os meios. Quanto aos fins, tudo

---

<sup>174</sup> Esta afirmação não contraria as considerações feitas anteriormente. Como foi dito desde o capítulo anterior, as corporações têm existência instrumental que remonta, portanto, aos homens a cujos interesses ela se presta. Entretanto, isto não significa que não tenham, também, existência jurídica e factual; e tampouco que não sejam entes cuja atuação, em si mesma, justifica as regras de reforço. Ao contrário: o caráter instrumental da corporação só é relevante na medida em que se verifica sua atuação na realidade, ainda que esta atuação remonte a interesses alheios. Não faz nenhum sentido cogitar dos interesses que explicam a existência de uma corporação cuja atuação é nula. Se estes interesses explicam as regras de reforço, é porque estas pressupõem que a atuação da corporação se conforma a eles.

<sup>175</sup> “Não é a forma da sociedade que determina as cautelas da lei. É a natureza dos atos ou operações que ela pretende realizar, na conformidade do seu objeto, que justifica a necessidade da intervenção do Estado” (MIRANDA VALVERDE, 1953, p. 353).

converge para estas noções: lucro e poder. Quantos aos meios, tudo se dispersa na multiplicidade inumerável das formas que remontam à livre iniciativa econômica, base do estado liberal<sup>176</sup>. Diante da atuação das corporações, e diante destes seus aspectos, também o estado age, limita, condiciona – e faz tudo isto considerando os fins e os meios daquela atuação.

Ao considerar esses fins, o estado considera o lucro e, portanto, aqueles que o obtêm. Neste sentido, a noção de lucro, tal como a de corporação, sempre remonta ao homem. E estes homens podem não ser nacionais; e podem, mais ainda, não ter qualquer relação com o estado em cujo território a corporação atua. Isto pode, em determinados casos, ser indiferente a este estado; ainda que os lucros de uma companhia atravessem as fronteiras, os investimentos realizados, os tributos recolhidos, os empregos criados, as interações comerciais praticadas – tudo isto pode trazer benefícios que, por si só, permitem considerar esta atuação como ‘positiva’. Mas o oposto pode ser verdadeiro: a atuação desta companhia, ainda que traga todos aqueles benefícios, pode trazer malefícios supostamente maiores: a extração de recursos não renováveis, a criação de latifúndios, o perigo à soberania nacional e à segurança do povo, a supressão de valores e elementos culturais autóctones, etc. Que todas estas atividades dêem lucro a cidadãos nacionais, esta é questão pertinente aos limites entre atuação pública e privada na esfera econômica; que dêem lucros a estrangeiros, este é uma questão que envolve a idéia de nacionalidade.

Entretanto, mais do que os fins da atuação das corporações, podem-se considerar os meios empregados. Nesta hipótese, pode ocorrer que os resultados de sua atuação remontem à nação, mas os meios empregados não condigam com seus interesses. Uma companhia americana, p. ex., pode criar uma subsidiária na Índia, transferindo para lá suas linhas de produção e gerando emprego, rendas e tributos em prol deste estado e de seus nacionais<sup>177</sup>. Neste caso, a legislação americana pode impor condicionamentos à atuação desta subsidiária,

<sup>176</sup> Talvez seja acaciano definir o que se entende por estado liberal; talvez seja impossível. De todo modo, considera-se nesta dissertação que todos os casos aqui apreciados – incluindo o brasileiro – são assimiláveis à tal noção. Mais do que isso: a esta noção ligam-se dois princípios cuja consideração, aqui, é fundamental: a livre iniciativa e a liberdade de associação. Nesta dissertação talvez seja desnecessário definir o que é estado liberal – até porque, como dito, tal definição seria, por si só, um tema mais complexo que este aqui enfrentado. Fundamental é esclarecer que, neste trabalho, a realidade considerada – aquela dos estados americanos e europeus, especialmente – se enquadra nesta noção; e que aqueles princípios lhe são decorrentes.

<sup>177</sup> O exemplo, obviamente, não é arbitrário. As preocupações nos EUA com os fenômenos conhecidos como “outsourcing” (contratação de empresas estrangeiras prestadoras de mão-de-obra) e “outshoring” (instalação de plantas de empresas americanas no estrangeiro, com vistas à contratação de mão-de-obra mais barata) têm sido marcantes (OUTSOURCING..., 2005).

ainda que esta seja formalmente uma companhia indiana<sup>178</sup>. Em suma: os fins da atuação da companhia remontam a nacionais, na forma de lucros e poder; mas, ainda assim, os meios empregados não condizem com os interesses da nação<sup>179</sup>.

As regras de reforço, portanto, preenchem o espaço aberto pela reação estatal à atuação das companhias – cujos resultados e meios podem não condizer com os interesses nacionais. Este espaço, por sua vez, corresponde a uma parcela de um universo maior, a que se costuma designar de “ambiente regulatório”. O estado regula a atuação das corporações; e é aí, justamente, que se inserem as regras de reforço.

#### **2.5.4.2 O ambiente regulatório.**

Se de um lado têm-se os princípios da livre iniciativa e da liberdade de associação como fundamentos do estado liberal, tem-se, de outro, a atuação estatal como contenção à manifestação desmedida destas liberdades. Se estas são bases do estado liberal e, nesta condição, princípios fundamentais, aquelas são imposições da realidade social e, nesta medida, pressupostos não apenas à defesa de direitos elementares, mas à busca de objetivos que interessam toda a coletividade.

Como decorrência daqueles princípios, abre-se à iniciativa privada, precipuamente, a realização das atividades econômicas. Como expressão da necessidade de contê-los, abre-se ao estado a possibilidade de regular estas atividades. Tal regulação assume as mais diversas formas, desde a mera fiscalização até o exercício direto – e de forma exclusiva – de determinadas atividades pelo estado<sup>180</sup>. Todavia, é errado ver a atividade regulatória do estado

---

<sup>178</sup> “The political reaction in the United States against such outsourcing has built rapidly in the last year; nearly two dozen states have voted on legislation to ban government work from being contracted to non-Americans. More recently, the United States Senate approved a bill aimed at restricting outsourcing of contracts from two federal departments. The House has not acted on similar legislation” (RAI, 2004).

<sup>179</sup> Outro exemplo bastante enfático é o caso das companhias americanas no episódio do boicote árabe a Israel, que motivou enérgica reação do governo daquele país (Mabry, 1999).

<sup>180</sup> Há farta literatura sobre a necessidade, os fundamentos e os aspectos da regulação das atividades econômicas pelos estados (STIGLER, 1971). Grande parte desta literatura remonta à obra seminal de Arthur Pigou e sua “theory of regulation” (STIGLER, 1971). No Brasil, destaca-se a obra de Eros Roberto Grau (2002). Quanto à regulação estatal de investimentos estrangeiros, que a literatura de língua inglesa convencionou chamar de “regulation of

como mera contenção das atividades ligadas à iniciativa privada. Tanto quanto contê-la, a atuação do estado pode incentivá-la, financiá-la, provê-la. A regulação da economia, já notava Stigler<sup>181</sup>, pode engendrar benefícios e ônus (“benefits and burdens”); e uns e outros, quando ligados às regras de reforço, remontam em última instância à idéia de nacionalidade.

Neste “ambiente regulatório”<sup>182</sup>, portanto, situam-se estas regras. Também estas podem ser contenções à livre iniciativa e à liberdade de associação, tanto quanto formas de incentivo e investimento público à atividade privada; todavia, particularizam-se por atenderem a interesses nacionais – ou, como se tem dito nesta dissertação, por estarem ligadas à idéia de nacionalidade. Diante disso, pode-se dizer que os interesses nacionais são interesses da coletividade, na medida em que a atuação estatal regulatória pressupõe estes últimos; e que tal coletividade, obviamente, é aquela formada pelos nacionais – tautologia a que já se aludiu no capítulo anterior.

Todavia, a questão levantada no início desta seção permanece em aberto. Indagara-se: qual o espaço das regras de reforço? Onde – ou quando – elas são necessárias ou desejáveis? Até agora apenas se contornou o problema. Foi dito que estas regras supõem discriminação; e que, ao contrário das regras gerais da atribuição da nacionalidade (critérios), esta discriminação não se explica ao recorrer-se apenas à lógica: elas discriminam corporações de mesma nacionalidade, atendendo a fatores os mais diversos – não raro, ilógicos. Foi dito, também, que esta discriminação não é de mesma natureza daquela que distingue os homens entre nacionais e estrangeiros, já que é a atuação social – e, nesta medida, econômica – da corporação o que a justifica. Diante desta atuação, portanto, as regras de reforço assumem sentido. Mas se esta atuação é a realidade a que se voltam, o que as determina?

Eis, uma vez mais, a recorrente questão. No ‘ambiente regulatório’ de cada estado, estes produzem inumeráveis regras de reforço, nas mais diversas áreas, com os mais variados alcances. Note-se o caso brasileiro. A ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” (CF, art. 170); mas observa o princípio da “soberania

---

entry”, veja-se Morriset & Neso (2002), Djankov et al. (2002) e Wells & Wint (1991).

<sup>181</sup> “The state – the machinery and power of the state – is a potential resource or threat to every industry in the society. With its power to prohibit or compel, to take or give money, the state can and does selectively help or hurt a vast number of industries” (1971, p. 3).

<sup>182</sup> A expressão é de uso generalizado na literatura nacional (COSTA, 2006).

nacional” (idem, inciso I). Além disso, o art. 172 da CF dispõe: “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos em capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”. Lembra-se ainda que a “soberania”, a par dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, são “fundamentos” da República (CF, art. 1º, I e IV); e que, entre os objetivos fundamentais desta mesma República, está o de “garantir o desenvolvimento nacional”. Estes são os princípios básicos e gerais que balizam o ‘ambiente regulatório’ brasileiro; no marco destes princípios, estão todas as regras de reforço.

A própria Constituição do Brasil contém diversas regras de reforço<sup>183</sup>, delegando ao legislador ordinário a produção das demais. Neste contexto, tais regras referem-se a áreas específicas do universo econômico, nas quais se supõe haver razões estratégicas a impor a regulação. Abre-se, aí, um leque variadíssimo de ‘áreas’ sujeitas a este tipo de regramento: extração de recursos naturais não renováveis<sup>184</sup>, telecomunicações<sup>185</sup>, radiodifusão<sup>186</sup>,

---

<sup>183</sup> Neste sentido, artigos 174, §§ 3º e 4º; 175, § 1º; 178; 192, III, *a*; 199, § 3º; 222 – entre outros.

<sup>184</sup> A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, conforme art. 176, § 1º da CF. Especificamente quanto à exploração e aproveitamento econômico de petróleo, gás natural, minérios e minerais nucleares, há monopólio da União (CF, art. 177).

<sup>185</sup> CF, artigos 12, § 1º, 21, XI e XII, e 222. Quanto às telecomunicações em geral, que abrangem “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (Lei 9472/97, art. 60, § 1º), dispõe o artigo 5º da Lei citada que sua “disciplina” observará, entre outros, o “princípio da soberania nacional”. Observe-se que grande parte dos serviços de telecomunicações – e, de longe os mais relevantes – são prestados em regime público (artigos 79-125), cuja exploração exige ato de delegação governamental, que por sua vez atende ao citado princípio. Além disso, como já dito, nestes serviços há fortes restrições à participação de estrangeiros (neste sentido, o art. 222 da CF).

<sup>186</sup> CF, art. 222. No plano ordinário, a Lei 10.610/2002; em relação aos serviços de radiodifusão comunitários, Lei 9612/98, art. 7º.

jornalismo<sup>187</sup> saúde<sup>188</sup>, educação<sup>189</sup> sistema financeiro<sup>190</sup>, transportes<sup>191</sup>, serviços de segurança privada<sup>192</sup>, indústria audiovisual<sup>193</sup>, empresas públicas privatizadas<sup>194</sup>, etc.

Entretanto, é errado – ou insuficiente – compreender o espaço das regras de reforço tão-só como correspondente a ‘áreas’ específicas do contexto econômico. Tais regras aplicam-se transversalmente sobre os diversos setores econômicos, tomando em consideração aspectos relacionados à nacionalidade. Tome-se, por exemplo, as restrições à aquisição de terras por empresas de capital estrangeiro<sup>195</sup>. Igualmente, as proibições da legislação empresarial de que administradores e controladores das empresas sejam residentes ou domiciliados no exterior<sup>196</sup>. Ainda: os condicionamentos impostos a atividades desenvolvidas em faixa de fronteira<sup>197</sup>. Mais: o tratamento dispensado a empresas nas contratações públicas<sup>198</sup>. Finalmente, sem qualquer

<sup>187</sup> Lei 5250/67, art. 3º.

<sup>188</sup> Lei no 8.080/90, art. 23 e parágrafos.

<sup>189</sup> O tema sobre o controle de investimentos estrangeiros nas instituições educacionais brasileiras é tormentoso. Consta proposta limitadora (leia-se: regra de reforço) no projeto de lei que prevê a tão comentada reforma universitária. Confira-se a cobertura jornalística do debate em VEJA (2005) e CAROS AMIGOS (2006).

<sup>190</sup> CF, art. 192, III, a. Vale ressaltar, também, o artigo 22 da Lei 4728/65: “Art. 22. Em períodos de desequilíbrio do balanço de pagamentos, reconhecidos pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, ao adotar medidas de contenção do crédito, poderá limitar o recurso ao sistema financeiro do País, no caso das empresas que tenham acesso ao mercado financeiro internacional. § 1º Para os efeitos deste artigo considera-se que têm acesso ao mercado financeiro internacional: a) filiais de empresas estrangeiras; b) empresas com sede no País cujo capital pertença integralmente a residentes ou domiciliados no exterior; c) sociedades com sede no País controladas por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior. § 2º Considera-se empresa controlada por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior, quando estas detenham direta ou indiretamente a maioria do capital com direito a voto”.

<sup>191</sup> CF, art. 178. Quanto ao transporte rodoviário e de cargas, Lei 6.813/80, art. 1o, I a III, §§ 1o e 2o. Quanto à navegação de cabotagem, Decreto-lei 2.784/40, artigos 1o e 2º; ainda quanto à navegação comercial, note-se que a Lei 7.652/88, dispondo “sobre o Registro da Propriedade Marítima”, exigia que a empresa proprietária tenha bandeira brasileira e pelo menos 60% do capital detido por nacionais; tal exigência foi revogada pela Lei 9432/97. Quanto à aviação civil, Lei no 7.565/86, art. 181, I a III; ainda sobre o tema: Santo; Correia, 2006.

<sup>192</sup> Lei 7102/83, art. 11.

<sup>193</sup> Medida Provisória nº 2228-1/01, art. 1º, §1º.

<sup>194</sup> Quanto ao tema, especial atenção para as chamadas ações de classe especial (Lei 9492/97, art. 8º).

<sup>195</sup> Há grande controvérsia quanto à questão. Diz a Lei 5709/71, art. 1º: “O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei. § 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior”. Entretanto, a Advocacia Geral da União, no Parecer CG-181 da Advocacia Geral da União (Diário Oficial da União de 22/01/1999, p. 7-10; já citado nesta dissertação) entendeu ter havido a revogação do referido dispositivo. Enfim, a questão é delicadíssima. Tem sido central, p. ex., no debate sobre a ocupação da floresta amazônica (QUADROS, 2008). Também no que se refere à participação estrangeira no setor agrícola – neste sentido, em posição favorável à liberalização, Malbergier (2008); em posição contrária, Stédile (2004).

<sup>196</sup> LSA, art. 146. Quanto ao controlador, configura “exercício abusivo de poder orientar a companhia para fim (...) lesivo ao interesse nacional” (art.117, § 1º, a). Quanto ao grupo de sociedades, lembra-se que a sociedade controladora deverá ser controlada, direta ou indiretamente, por pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil, ou por pessoa jurídica de direito público interno (artigos 265, § 1º e 269, par. ún.).

<sup>197</sup> Lei 6634/79, art. 3º.

<sup>198</sup> As restrições, nesta matéria, são pontuais. Exemplo: Lei 8248/91, art. 3o ([na redação dada pela Lei 10176/01](#)): “Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo

pretensão de esgotar o rol das hipóteses cogitadas, o tratamento dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte<sup>199</sup>. Neste contexto, ainda, deve-se dar especial atenção para a questão da autorização – figura a que, não por acaso, foi reservado todo um capítulo do Código Civil<sup>200</sup>. A autorização, em linhas gerais, é a chancela do poder executivo federal para que a empresa possa validamente se constituir – chancela que é necessária sempre que o legislador, no marco do ambiente regulatório, assim impuser. Esta autorização está relacionada a requisitos específicos, peculiares a cada um dos contextos em que sua necessidade é apontada; todavia, como regra geral à concessão desta autorização, está o atendimento aos interesses nacionais<sup>201</sup>, tornando-a um virtual instrumento de restrição às iniciativas estrangeiras.

Todo este contexto, sem dúvida, não é exclusividade do Brasil – ainda que, como é óbvio, haja sempre peculiaridades destacáveis<sup>202</sup>. As restrições ao capital estrangeiro em setores extrativistas (sobretudo em se tratando de recursos não renováveis) é tema que vem despertando a atenção dos estudiosos e, sem dúvida, apresenta-se como um fenômeno geral<sup>203</sup>. As restrições de fundo nacionalista aos investimentos em setores como transportes<sup>204</sup>,

---

Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo”.

<sup>199</sup> Lei Complementar 123/06, art. 3º, § 4º, II.

<sup>200</sup> Capítulo XI do Título II do Livro II, artigos 1123 a 1141.

<sup>201</sup> CC, art. 1135.

<sup>202</sup> Para uma visão geral quanto às restrições: UNCTAD, 2006; UNCTAD, 2007; Patterson et al, 2004; Furtado, 1994; Barbosa, 1995.

<sup>203</sup> UNCTAD, 2007; para América Latina, CEPAL, 2006, p. 43.

<sup>204</sup> O tema da aviação civil é especialmente relevante. Neste sentido, saliente-se haver, neste setor, um ambiente de restrições generalizadas ao investimento estrangeiro (CHANG; WILLIAMS, 2001). Neste contexto, têm enorme importância os acordos internacionais (“open skies agreements”) que excetuam as restrições aos contratantes: “So-called ‘open skies’ agreements are bilateral or multilateral agreements that liberalize the rules for international aviation markets and minimize government intervention. The EU is threatening to delay the signing of an open skies treaty unless the U.S. changes restrictions on the percentage of a U.S. airline that can be foreign-owned. The U.S. currently has 74 bilateral open skies agreements, none of which [require any rule changes on the foreign ownership of U.S. airlines](#)” (CORSI, 2006).

telecomunicações<sup>205</sup>, sistema financeiro<sup>206</sup>, mercado cultural e audiovisual<sup>207</sup> e a extração de recursos naturais não renováveis (UNCTAD, 2007) são fartas e gerais. Além disso, ainda sob esta perspectiva (que descreve o espaço das regras de reforço a partir da enumeração de setores econômicos específicos), não se pode deixar de considerar – como talvez um dos pontos de mais relevância no cenário atual – as restrições ao investimento estrangeiro em área de intensa pesquisa e produção tecnológica (MABRY, 1999; CANTWELL, 1999). Este é um dado de destaque sobretudo para os países ricos. Os avanços tecnológicos são vistos não apenas como um fator a determinar vantagens comparativas<sup>208</sup> – constituindo-se, portanto, num elemento fundamental no planejamento (GALBRAITH, 1984) das grandes corporações – mas também como um pressuposto ao desenvolvimento de poderio militar.

As regras de alcance transversal também são gerais. As restrições à aquisição de terras por estrangeiros é um problema de especial relevo. Tal relevância está relacionada não apenas à atuação das grandes corporações transnacionais nos setores extrativista e agroindustrial, mas também, e justamente por isto, às preocupações relativas ao choque de oferta na produção de

<sup>205</sup> Também neste setor estaria havendo uma ‘onda liberalizante’: “In particular, while globalization has led to higher FDI flows to a number of EMCs, the benefits of FDI and the opportunity of receiving a greater share of global FDI flows has, among other things, motivated a number of countries to undertake further liberalization. For example, investment in certain sectors, such as telecommunications and transportation, that were long closed to foreign participation in many EMCs are now open to foreign investment. At the same time, other impediments to FDI, including restrictions on the forms of investment and the level of foreign ownership, have been gradually eased. Furthermore, a number of countries have undertaken reforms to address administrative, regulatory, legal, and institutional barriers to investment, with the overarching objective of improving the climate for investment and private sector activity” (IMF, 2003).

<sup>206</sup> Neste sentido, Buck et al. (2006). É preciso assinalar, porém, a tendência geral para diminuir as restrições neste setor: “Foreign banks’ operations in the emerging market banking system increased dramatically during the second half of the 1990s.2 For example, in Eastern Europe, the share of banking assets under foreign control increased from 25 percent in 1995 to 30 percent in 2000. Much the same occurred in Latin America, with almost 40 percent of total bank assets controlled by foreign banks in 2000, following a series of cross-border mergers and acquisitions. Although foreign banks have played a smaller role in Asia than in Eastern Europe or Latin America, after the Asian crisis, foreign bank control in the East Asian banking market increased from 5 percent in 1995 to 6 percent in 2000.3 Indonesia, Korea, and Thailand have raised allowable foreign equity levels in local banks to 100 percent. The Philippines now permit 60 percent foreign ownership. For the developed markets, foreign bank expansion had also been significant for the past decade. For example, foreign-controlled ownership in the United States increased from 8 percent in 1995 to 22 percent in 2000, primarily owing to the expansion of European banks in the United States. The total number of foreign banks in low-income countries more than tripled from 42 in 1995 to 144 in 2000. Foreign banks represent 18 percent of the total numbers of banks in these low-income countries in 2002, up from 5 percent in 1995” (SONG, 2004). Para América Latina, CEPAL (2006, p. 41).

<sup>207</sup> Sobre o tema, no contexto europeu, Gyory (2000); no contexto norte-americano, Waterman & Jayakar (2000); quanto à regulação do setor nos “mercados emergentes”, UNCTAD (2001); no contexto africano, Kantai (2008); na China, Dickie (2004). Por fim, para um interessante paralelo entre o ambiente regulatório do setor na Inglaterra e nos EUA, “The United States of Television” (2003)

<sup>208</sup> Neste sentido, o consagrado artigo de Raymond Vernon (1992), abordando sobre estratégias das TNCs quanto à obtenção de tecnologias. Sugere o autor que as TNCs tendem a investir em países estrangeiros com vistas, entre outras, a tais finalidades.

alimentos e sobretudo aos problemas ambientais relacionados (MORISSET; NESO, 2002). Além disso, as regras relacionadas ao comando e à administração das companhias têm, em geral, fundo nacionalista<sup>209</sup> (ou supranacionalista, se se consideram, p. ex., as normas da União Européia<sup>210</sup>), assim como aquelas voltadas à regulação das relações de trabalho<sup>211</sup> e às aquisições, transferência de controle, fusões e incorporações<sup>212</sup>.

Enfim, as mais diversas atividades econômicas são sujeitas às regras de reforço. Donde a questão: o que as distingue, senão o fato de sujeitarem-se a estas regras? Esta dissertação não encontrou resposta. Se determinados “setores” são “estratégicos”, isto se deve às peculiaridades de cada contexto, em que se devem considerar fatores sociais, naturais, culturais e econômicos, tanto quanto as inclinações e idiosincrasias dos homens que sucessivamente vão ocupando posições no aparato estatal e, gradativamente, vão “criando” o extenso conjunto dessas regras. Além disso, estas regras não se restringem a incidir sobre ‘setores econômicos determinados’; há aquelas de alcance geral, que não se justificam senão por uma pretensa precaução quanto a uma possível “dominação econômica estrangeira”. O que se pode afirmar, de modo seguro, é que todas estas regras convergem para os “interesses nacionais” – e são ligados, para usar a terminologia adotada nesta dissertação, à idéia de nacionalidade. Nada mais: a natureza e a intensidade destes interesses, e a correspondente abrangência das regras de reforço, tudo isto só pode ser objeto de um exame que se volte sobre a realidade concreta de cada estado; e cada uma destas diversas ‘realidades’ tem um aspecto peculiar.

<sup>209</sup> Referindo-se a este tipo de regras nos EUA, Mabry (1999); no Japão, Nakamoto (2008). Para interessante exame sobre a regulação britânica da matéria, em comparação com países como EUA e França, confira-se Willian (2007).

<sup>210</sup> Conforme Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001.

<sup>211</sup> “For example, in Brazil, at least two thirds of the mining employees must be Brazilian nationals and two thirds of the payroll must serve to pay these employees. In Chile, no less than 85% of the mining workers of employers with 25 or more employees must be Chilean. Mexico’s Federal Labour Law provides that 90% of all hourly and salaried workers and employees must be of Mexican nationality. companies operating in Peru are allowed to hire only up to 20% of foreign employees, provided that their salaries do not exceed 30% of the total payroll. In India, mining concession holders are restricted from employing persons other than Indian nationals in reconnaissance, prospecting and mining operation” (UNCTAD, 2007, p. 184).

<sup>212</sup> Nos Estados Unidos, ressalta a questão relativa ao “FOCI” (“foreign ownership control interest”). Segundo o site do “DEFENSE SECURITY SERVICE” (USA, 2008), “[a] US company is considered to be under FOCI when a foreign interest has the power, direct or indirect, whether or not exercised, to direct or decide matters affecting the management or operations of the company in a manner which may result in unauthorized access to classified information or may affect adversely the performance of classified contracts. (NISPOM, paragraph 2-300a)” Tal exame cabe ao CFIUS, “an interagency committee chaired by the Secretary of the Treasury to conduct reviews of proposed mergers, acquisitions or takeovers of US persons by foreign interests under section 721 of the Defense Production Act” (USA, 2008).

Como dito, o poder soberano – nos limites de sua atuação – é insubmisso. O próprio termo ‘soberania’ remete à noção de um poder que exclui qualquer outro. Por óbvio, tal afirmação não conduz – necessariamente – à conclusão de que tal poder é ilimitado: seus limites são os direitos fundamentais dos indivíduos, que resistem a qualquer autoridade. Ou não: uma ‘qualquer autoridade’, no exercício do poder soberano, pode suprimi-los – e esta hipótese, convenha-se, é plausível, ainda que absolutamente (e de que adianta este advérbio, se ele reflete uma posição pessoal?) condenável. O fato é que este poder, ao se manifestar na forma de atuação estatal sobre a economia, não está preso a qualquer limitação “pré-estatal”. A auto-determinação dos povos, afinal, não é senão esta “folha em branco” em que cada ‘povo’ escreve suas leis; e estas leis podem ser permissivas à atuação econômica estrangeira, como podem ser altamente repressivas. Pode-se discutir que a ordem jurídica brasileira, no marco da Constituição vigente, imponha limites a esta atuação estatal – e de fato os impõe, pois ergue a liberdade de associação e a livre iniciativa à condição de direitos subjetivos fundamentais e de princípios básicos da ordem econômica<sup>213</sup>. Entretanto, não se pode duvidar de que este país possa submeter-se a princípios diversos, mais ou menos tolerantes com este tipo de atuação. Pode-se objetar, então, que a Constituição põe aqueles princípios como cláusulas pétreas; ao que se responderia que a realidade histórica, em seu fluxo irrefreável, pode levar a Constituição, suas cláusulas pétreas e tudo mais no caudal de sua passagem imprevisível.

Em todo caso, não é o objetivo desta dissertação esclarecer os aspectos do ambiente regulatório do Brasil ou de qualquer país, ainda que vários destes aspectos sejam aqui cogitados. Seu objetivo é compreender o problema ‘em abstrato’, como um traço característico dos estados-nações ocidentais e sobretudo como um fator relevante à existências das corporações. Sob tal perspectiva, esta é a conclusão que se alcança: não se pode definir ‘em abstrato’ os limites às regras de reforço – o espaço em que sua existência é necessária, ou desejável, ou possível. Sem dúvida tais limites podem existir – e em regra existem – em cada uma das ordens jurídicas consideradas. Todavia, seria arbitrário estabelecer limites gerais, algo como ‘princípios fundamentais’ cuja observância não apenas fosse imposta pelo direito internacional, mas também estivesse assentada em motivações morais que, por si só, justificassem, por assim dizer, a intervenção de forças alheias ao estado soberano.

---

<sup>213</sup> Quanto aos limites a tais medidas, Justen Filho (1998, p. 121) é bem mais contundente – e mais fatalista: “A nacionalidade do agente econômico não pode ser fator de disciplina da atividade econômica. O Estado que pretenda valer-se da própria soberania como fator de disciplina da atividade econômica acaba excluído do mercado mundial”.

Este é o ponto-chave quando se aborda os limites a estas regras. A livre iniciativa e a liberdade de associação são princípios que, aliados à livre circulação de mercadorias e capitais, pode sugerir que tais limites existam ‘em abstrato’ – como regras cogentes e vinculantes que pairam sobre a existência dos estados. Neste sentido, tais regras poderiam não apenas autorizar sanções; mas, pior ainda, poderiam justificar formas extremas de represália – e os exemplos destas ‘represálias’, ainda que não ligados a estas razões, pululam no contexto internacional. Entretanto, a existência destes limites ‘em abstrato’ não pode ser reconhecida: não só porque, como visto, a percepção de que haja tais limites colide logicamente com a noção de poder soberano; mas também porque o contexto internacional não assinala, em absoluto, tal tendência<sup>214</sup>.

Ao contrário: as intervenções estatais na economia – e é neste contexto, repita-se, que se inserem as regras de reforço – são freqüentes, gerais e maciças. Desde a estatização de empresas e as formas monopolísticas sob as quais os estados gerem setores de suas economias (em geral, aqueles relacionados aos bens naturais não renováveis), até as intervenções pontuais ou as formas de investimento estatal, tudo isto perfaz um contexto de importância central no universo das relações econômicas internacionais. Neste contexto, os dois elementos centrais desta dissertação confrontam-se como forças polares e gigantescas: de um lado as corporações, o poder econômico – e não só econômico – de entes não estatais; de outro os estados e seus instrumentos – às vezes obsoletos, às vezes drásticos, sempre relevantes – para reagir àquele outro poder. Em suma: trata-se do confronto entre o poder privado, cuja capacidade de concentração e de atuação é provavelmente inédita, e o poder público, disperso no mosaico assimétrico do conjunto de estados-nações.

No exato espaço deste confronto está o que se chama de “ambiente regulatório”. Ou melhor: a própria atuação estatal diante do “opoente” que o caracteriza. Os limites desta atuação, como visto, são peculiares a cada estado; ainda que, exatamente porque enfrentem idênticos ou similares desafios, haja uma relativa homogeneidade nesta atividade

---

<sup>214</sup> Vale ressaltar, neste sentido, um fato especialmente relevante: no âmbito da OECD, houve a tentativa de fixar regras proibitivas às medidas estatais dirigidas à restrição de investimentos estrangeiros. Entretanto, tal tentativa malogrou. O chamado “multilateral agreement on investment”, que fixava regras desta natureza, jamais foi firmado, tendo sido o projeto definitivamente abandonado em 1998 (UNCTAD, 2001, p. 34). Sobre o tema, ainda, o interessante artigo de Recavarren (2003, p. 555-620).

regulatória<sup>215</sup>. Compreender as regras de reforço sob tal perspectiva é descortinar seu fundo teleológico; o traço peculiar é seu comprometimento com a idéia de nacionalidade e, neste sentido, a finalidade dessas regras é o fortalecimento da nação. Mas o que é isto – “o fortalecimento da nação”? Difícilmente se poderia, nesta dissertação, descrevê-lo. Diga-se apenas que é uma espécie de ação de sentido vetorial centrípeto, convergente para um núcleo comum a que remontam todos os que se vinculem a esta nação. Tal descrição é excessivamente formal e vazia, é verdade; mas talvez seja impossível – ou arbitrário – recorrer a uma diversa.

### **3. REPERCUSSÕES LIGADAS À IDÉIA DE NACIONALIDADE.**

Viu-se, até aqui, os preceitos ligados à idéia de nacionalidade: suas finalidades, seus alvos, seus suportes, seus limites. Resta, entretanto, o mais importante: suas repercussões. Tais preceitos são normas jurídicas; logo, caracterizam-se justamente pela incidência sobre os fatos a si subsumíveis, e pelos efeitos ligados a isto. Destes efeitos – que se reputam, aqui, repercussões – se tratará a seguir.

Na verdade, ao analisar tais preceitos, no capítulo anterior, já se examinara – ainda que de forma dispersa e subentendida – suas repercussões. Por uma razão muito simples: é impossível compreender aqueles sem considerar estas últimas; a existência e o conteúdo dos preceitos são projetados a partir das repercussões pretendidas. Segundo uma lógica estritamente jurídica, as repercussões pressupõem os preceitos: a regra abstrata, somente após incidir sobre a realidade, projeta seus efeitos. Contudo, quando se cogita dos preceitos ligados à idéia de nacionalidade, há que se considerar seu papel puramente instrumental: tais preceitos são meios de submeter a realidade às repercussões pretendidas; e tais repercussões, por sua vez, são meios de

---

<sup>215</sup> Esta “relativa homogeneidade” se denota das referências feitas anteriormente, quando foi salientado que diversos estados tendem a regular mesmos setores – especialmente os serviços de educação, transportes, telecomunicações, segurança, saúde, etc – e, de forma geral, tendem a lançar mão de instrumentos similares ao reagir ao afluxo de investimentos externos nas respectivas economias (UNCTAD, 2001). Mas não só disso: regulando a atuação das corporações, o próprio fato de que estas tendam a apresentar aspecto jurídico similar em qualquer parte do mundo (HASMANN; KRAAKMAN, 2000), faz com que as formas desta regulação, nos diversos estados, sejam também similares. Por outro lado, é necessário acentuar também certas diferenças, sobretudo ao considerar as nações desenvolvidas e em desenvolvimento. Aquelas tendem a regular com extremo rigor, p. ex., a produção tecnológica – até porque este setor é invariavelmente fomentado por investimentos estatais (CANTWELL, 1999). Estes, a seu turno, tendem a regular a extração de recursos naturais, a utilização da terra, etc (UNCTAD, 2006).

alcançar determinada finalidade, que motivou a produção daqueles preceitos. Ao se submeter as corporações a uma determinada nacionalidade, não se consagra seu compromisso<sup>216</sup> à tal nação, a seus propósitos ou a seus princípios; ao lha atribuir, o direito apenas a sujeita a seus próprios comandos. A nacionalidade é uma ferramenta legal, um centro de convergência, um “ímã” com que o legislador atrai a determinado elemento – no caso, à corporação – todas as normas pertinentes do respectivo ordenamento. O legislador poderia simplesmente dizer: empresas incorporadas no exterior e que aí tenham sede sujeitam-se a determinadas repercussões; entretanto, diz: tais empresas têm nacionalidade estrangeira, e a tal atributo ligam-se tais e tais conseqüências. A nacionalidade é uma espécie de signo que, no ‘vernáculo’ próprio de cada ordenamento, designa determinadas realidades e engendra determinados efeitos. Dizendo de outro modo: não importa a nacionalidade da corporação; o que importam são as repercussões ligadas a isto.

Por tudo isto, volta-se à afirmação feita acima: o estudo dos preceitos ligados à idéia de nacionalidade é indissociável do exame de suas repercussões. Se a nacionalidade – vista como atributo da personalidade dos entes não humanos – é uma noção puramente instrumental, então não há sentido em cogitá-la sem considerar os efeitos a que visa. Tal conclusão é ainda mais evidente quando se cuida das regras de reforço, que se caracterizam justamente por dispensar esta ‘noção instrumental’: ainda que ligadas à idéia de nacionalidade, engendram repercussões sobre as corporações sem lhes atribuir determinada nacionalidade (bandeira) – e mesmo a despeito desta. Logo, os preceitos e as repercussões são peças de uma mesma “engrenagem”, que só pode ser compreendida quando em funcionamento, no sistema em que se insere.

Portanto, se antes esta dissertação se voltou aos preceitos, sem que pudesse – já ali – desconsiderar as repercussões, agora, ao voltar-se sobre estas, decerto não desconsiderará aqueles outros. O fato de que ambos elementos sejam indissociáveis é flagrante, evidenciando-se a partir de um raciocínio puramente lógico; por força deste fato, muito já se disse aqui sobre as repercussões – e tudo o que se dirá a seguir não é senão uma tentativa de sistematizar as considerações a este respeito. Ainda assim, convém fazê-lo – até porque, como visto, esta abordagem é indispensável à compreensão do tema.

---

<sup>216</sup> Hadari (1974) usa o termo “allegiance”.

### **3.1 Delimitação do universo de repercussões consideradas.**

Esta dissertação aborda os preceitos e repercussões ligados à idéia de nacionalidade. Como já esclarecido, esta ‘idéia’ é a base comum a que remontam todos os preceitos aqui considerados – que não se restringem àqueles capazes de atribuir determinada nacionalidade às corporações, abarcando também os que simplesmente lhes impõem condicionamentos em função daquela idéia. Portanto, as repercussões de que aqui se cuida são aquelas decorrentes da incidência destes preceitos – e ligadas, portanto, à idéia de nacionalidade.

Diz-se isto porque se costuma considerar, como efeito precípua ligado à nacionalidade da companhia, a definição da lei a regular sua existência<sup>217</sup>. Tal consideração, supondo-se corretas as premissas adotadas nesta dissertação, é errônea. Convém explicá-lo.

A expressão “lei aplicável à companhia” pode ter dois sentidos diversos. Em primeiro lugar, pode designar a lei a regular, em determinado contexto, sua atuação; em segundo, a lei que determina sua existência. É neste último sentido que utilizam aqueles que sustentam ser a definição da “lei aplicável” o efeito primordial da definição da nacionalidade da companhia. Todavia, em qualquer dos sentidos desta ‘expressão’, aquela consideração é errônea.

A definição da “lei aplicável” à corporação, cuja incidência determina e ampara sua existência, não é efeito da sua nacionalidade. Nem pode ser. A nacionalidade é atributo ligado à sua personalidade; e esta, por seu turno, pressupõe sua existência. Conforme visto no item anterior, a existência da corporação supõe a incidência da lei, que “juridiciza” os fatos e atos constitutivos e determina, geralmente como efeito de um ato público e solene<sup>218</sup>, a aquisição da personalidade. Se a “lei aplicável” à corporação é aquela que determina e suporta sua existência, não pode a definição desta “lei” decorrer da nacionalidade da companhia, que é atributo ligado à personalidade e que supõe, portanto, sua prévia existência.

---

<sup>217</sup> Neste sentido, citando vários autores, Régnier (2002, p. 88).

<sup>218</sup> Ver seção 2.4.1.2.

Em suma: a existência da companhia decorre da incidência da lei de um dado estado (ou de um organismo internacional, acresça-se) sobre fatos e atos típicos; somente então, após tal existência, se pode cogitar da nacionalidade. Se é assim, a nacionalidade não pode ser o dado a definir a lei aplicável. Tal definição é antes causa que efeito da nacionalidade.

A definição da “lei aplicável” não decorre da nacionalidade da corporação, mas de atos e fatos que determinam, materializam e sustentam sua existência. Estes atos e fatos perfazem um contrato plurilateral em que convergem a manifestação de vontade de diversas pessoas; e este contrato, que se protraí no tempo, é o suporte constante para a incidência da “lei aplicável”. Desta incidência decorre a existência da corporação.

Uma vez existente, a sociedade pode adquirir personalidade<sup>219</sup>; uma vez personificada, pode<sup>220</sup> obter determinada nacionalidade (em geral, aquele do país cuja lei, ao incidir sobre os fatos constitutivos, determinou sua existência). Ligadas a este atributo personalístico, diversas repercussões jurídicas se projetam sobre sua atuação. Precisamente destas repercussões trata-se aqui – além daquelas ligadas à incidência das regras de reforço, que também supõem a existência da companhia, mas sem considerar sua nacionalidade.

Portanto, a definição da “lei aplicável” a regular a existência da companhia não é uma repercussão ligada à nacionalidade da corporação; tal definição decorre da consideração dos fatos e atos constitutivos, à luz das normas de direito internacional público e privado<sup>221</sup>. A nacionalidade é atributo ligado à personalidade da companhia, definida segundo os comandos de determinada ordem jurídica. Não por acaso, o art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil não fala em “nacionalidade” das “organizações destinadas a fins de interesse coletivo”; diz simplesmente que estas obedecerão “a lei do Estado em que se constituírem”. Obviamente, estados distintos podem atribuir nacionalidades diversas a uma mesma

---

<sup>219</sup> No caso das companhias, há séria discussão sobre a possibilidade de que uma companhia “exista” sem que tenha “personalidade”. Quanto às demais sociedades comerciais, tal discussão é praticamente superada, sendo aceita tal possibilidade (ASCARELLI, 1969, p. 296-297).

<sup>220</sup> Diz-se que “*pode obter*”, e não que “*obtem*”, porque a atribuição da nacionalidade às corporações é uma opção do legislador, que pode regular sua existência sem lha atribuir.

<sup>221</sup> Sem qualquer dúvida, tal definição está ligada a normas de direito internacional público e privado. Do primeiro ramo, cite-se as regras concernentes, p. ex., ao registro, às licenças e autorizações, etc. Do segundo, as regras que regulam a lei aplicável aos contratos – estando certo que o ato constitutivo a que remonta a existência das corporações é um contrato plurilateral (conforme seção 1.2.2).

companhia<sup>222</sup>; em todo caso, sendo matéria de direito público interno, a atribuição da nacionalidade recorre a critérios eleitos em cada estado, considerando a *prévia* existência da corporação.

Em suma: a definição da “lei aplicável” a reger a existência da corporação é questão situada no âmbito do direito internacional público e privado, atendendo aos fatos e atos que determinam tal existência; a definição da nacionalidade é questão de direito público interno, atendendo aos critérios eleitos em cada estado. Aquela questão é antecedente em relação a esta; sua definição, portanto, não pode ser vista como um efeito da nacionalidade da corporação.

Por outro lado, dizia-se que a expressão “lei aplicável” pode ser tomada não apenas no sentido até aqui considerado – como lei regente do estatuto da corporação – mas também como lei incidente, num determinado contexto, sobre sua atuação; e afirmava-se que, também neste sentido, é errônea a afirmação de que a “lei aplicável” se define segundo a nacionalidade da companhia. Se uma companhia brasileira efetua operações em país estrangeiro, estas sujeitam-se, em regra<sup>223</sup>, à lei do país em que realizadas: se empregados desta companhia hospedam-se num hotel em Londres, este contrato de hospedagem – entre a companhia e o hotel – regula-se pelas leis inglesas; se empregados desta companhia, no exercício de suas funções, envolvem-se em acidente automobilístico em Paris, a responsabilidade da companhia será apurada segundo as leis francesas. Os exemplos pululam. Em todos eles, a aplicação da lei não se prende aos fatos e atos constitutivos da existência da companhia, nem tampouco à sua nacionalidade; em todos estes casos, a lei incide sobre a atuação da companhia graças à sua capacidade jurídica, que a torna apta a assumir direitos e deveres<sup>224</sup>. Ou seja: nestes casos, a definição da “lei aplicável” nada tem com a nacionalidade da companhia.

---

<sup>222</sup> Pense-se numa companhia constituída no estado A e sediada no estado B; imagine-se que a lei daquele estado atribua a nacionalidade segundo o critério da incorporação; e que a lei deste segundo estado a atribua segundo o local da sede. Nesta hipótese, a companhia teria a nacionalidade do estado A, segundo a lei deste estado; e a do estado B, segundo a lei deste último. Esta hipótese, nada implausível, é de fundamental relevância, p. ex., no âmbito do direito tributário – dando origem ao fenômeno da bi-tributação.

<sup>223</sup> Diz-se “em regra” porque pode haver outros elementos de conexão – inclusive a nacionalidade. De qualquer forma, é sem dúvida errôneo afirmar que o direito aplicável a quaisquer atos ou fatos envolvendo a corporação será aquele do país de for nacional – e os exemplos citados no texto, a seguir, evidenciam isto.

<sup>224</sup> “Consoante a melhor doutrina, êsse reconhecimento das pessoas jurídicas não é senão a declaração formal de que a nossa lei aceita a pessoa jurídica, assim qualificada no país de sua nacionalidade de origem, como sujeito de direito” (MIRANDA VALVERDE, 1953, p. 400).

Portanto, se são abordadas aqui as repercussões ligadas à idéia de nacionalidade, este objeto de investigação deve ser delimitado: entre tais repercussões, não está a definição da “ordem jurídica” cujos preceitos determinam a existência da corporação; nem tampouco a definição da “lei aplicável” sobre todo e qualquer ato ou fato que lhe seja relacionado. As repercussões de que se cuida, aqui, são aquelas decorrentes da incidência dos preceitos ligados à idéia de nacionalidade; e tais preceitos, como visto, supõem o vínculo jurídico entre a companhia e determinada ordem estatal – engendrando, por um lado, um fator de identificação (a companhia é brasileira ou chilena ou coreana...) e, por outro, um fator de discriminação (a companhia é nacional ou estrangeira).

### **3.2 Nacionalidade como fator de identificação e de discriminação.**

Ao sublinhar a indissociabilidade do exame dos preceitos e repercussões ligados à idéia de nacionalidade, recorreu-se à figura de uma “engrenagem” – que não é senão uma metáfora para o fenômeno jurídico em sua mais pura abstração: a norma, a incidência e os efeitos. Neste estudo, como já foi especialmente ressaltado, um aspecto é fundamental: a discriminação. A partir deste aspecto é possível compreender os preceitos, que indicam as hipóteses em que é permitido (ou obrigatório) discriminar, e as repercussões, que projetam todas as conseqüências disto.

Nesta altura da dissertação, já se terá notado que não é dada conotação moral a esta discriminação; ao contrário: é tomada como mera expressão de um dualismo que discerne a realidade considerada em dois grupos – nacionais e estrangeiros – e que se manifesta nos mais variados contextos, sob as mais diversas formas. A nacionalidade, tomada sob esta perspectiva, é o fator a determinar tal dualidade. O direito estatal baseia-se na consideração da alteridade, do que lhe é alheio, exterior; assim projeta seus limites e se faz uma ‘unidade’, um elemento único e particular no universo de elementos congêneres. A idéia de nacionalidade está no núcleo desta consideração, na medida em que discerne aqueles – ou aquilo – que se vinculam a este ‘direito’ e que, por esta mesma razão, engendram sua realidade concreta.

Entretanto, a idéia de nacionalidade não pode ser tomada apenas como um fator de discriminação – ainda que se possa afirmar, com grande chance de acerto, que este é, de longe, seu aspecto mais relevante. A par disto, aquela idéia é também fator de identificação – que não apenas distingue entre nacionais e estrangeiros, mas que indica uma vinculação específica a determinado estado. Perante a ordem jurídica brasileira, p. ex., pode ser relevante não apenas examinar se alguém – ou algo – é nacional ou estrangeiro, mas se é argentino, suíço ou tailandês. Esta consideração não é meramente discriminatória; ela identifica um atributo da personalidade do homem – ou ente – considerado, ligando a isto repercussões jurídicas.

Conforme seja um fator de discriminação ou de identificação, a idéia de nacionalidade engendra repercussões distintas – que se projetam no plano internacional tanto quanto no interno. Sobre tal distinção se assentam as considerações seguintes – que tratarão, em primeiro lugar, das repercussões ligadas à nacionalidade como fator de identificação. A ordem de exposição, convém frisar, deve-se ao fato de que este gênero de repercussões abarca somente aquelas decorrentes da incidência dos critérios – e não aquelas ligadas às regras de reforço. Portanto, a fim de observar uma certa ‘simetria’ entre ambos os capítulos – relativos respectivamente aos preceitos e às repercussões – adota-se esta seqüência no desenvolvimento do ponto em questão.

### **3.2.1 Repercussões ligadas à nacionalidade como fator de identificação.**

Ao longo de toda esta dissertação, enfatizou-se o caráter discriminatório ligado à idéia de nacionalidade. Agora, ressalta-se que, além deste traço típico, há outro a caracterizá-la: o fato de que a nacionalidade pode ser fator de identificação. Não há, entretanto, contradição ou incoerência nisto: o caráter discriminatório é, de fato, o fator essencial e decisivo no exame do tema; e, justamente por isso, também na identificação há discriminação: discriminar é simplesmente distinguir; identificar é distinguir um aspecto específico, num espectro de vários possíveis.

De fato, ao se tratar da nacionalidade, nem sempre basta distinguir entre nacionais e estrangeiros. Muitas vezes é preciso apurar a nacionalidade específica. Sempre que a incidência de determinada ordem jurídica estiver relacionada à nacionalidade específica das pessoas envolvidas, tal atributo será um fator de identificação. Os exemplos são vários.

Na legislação brasileira, em relação às pessoas físicas<sup>225</sup>, os direitos concedidos a estrangeiros oriundos de países de língua portuguesa (CF, art. 12, II, *a*) e aos portugueses (CF, art. 12, § 1º), p. ex. Em relação (também) às pessoas jurídicas, cite-se o artigo 318 do Código Bustamante, que define a competência para “ações cíveis e mercantis de qualquer espécie”; segundo este dispositivo, será competente o juiz “a quem os litigantes se submetam expressa ou tacitamente, sempre que um deles, pelo menos, seja nacional do Estado contratante a que o juiz pertença”.

Entretanto, a relevância de abordar a nacionalidade como fator de identificação está ligada às repercussões jurídicas decorrentes dos tratados e acordos internacionais, tendo-se conta naturalmente o princípio da relatividade dos tratados, segundo o qual suas disposições só se aplicam aos estados-partes (DINH et al., 2003, p. 246-248), e, naturalmente, o da reciprocidade (DINH et al., 2003, p. 1136-1137). É clara a razão disto: os direitos assegurados a estrangeiros por um determinado estado-parte são, em geral, condicionados ao fato de que a lei do país de origem garanta-os, de modo idêntico, aos nacionais daquele estado. Se um tratado entre Brasil e Suécia assegura, reciprocamente, direitos a brasileiros e suecos, é óbvio que a consideração deste elemento específico – a nacionalidade brasileira ou sueca – é decisiva<sup>226</sup>.

Obviamente que nem todos os direitos de matriz internacional sujeitam-se a tal restrição. Há tratados e acordos cuja aplicação não leva em consideração a nacionalidade das pessoas sobre quem repercutem; ao contrário, por seu próprio conteúdo, devem ter aplicação

<sup>225</sup> “La ‘nacionalidad de la persona física’ es un punto de conexión retenido en numerosas normas de conflicto del Derecho español. Responde a la idea de hacer aplicable la Ley del país en cuya comunidad social esta realmente integrado el sujeto (= ‘integración social y psicológica’). En los casos concretos, lo normal es que, efectivamente, la Ley nacional es la Ley del país en cuya comunidad social se siente integrada la persona física. Éste es el caso retenido por el legislador cuando emplea el punto de conexión ‘nacionalidad de la persona física’” (GONZÁLEZ, 2004, p. 151).

<sup>226</sup> “Quaisquer prerrogativas conferidas às sociedades nacionais, que foram além do regime comum de direito privado, somente serão extensíveis às sociedades ou fundações estrangeiras autorizadas se houver reciprocidade de tratamento nos seus países de origem para as sociedades ou fundações brasileiras, ressalvados os casos em que a lei brasileira não permitir, expressamente, a concessão da vantagem ou prerrogativa” (CASTRO, 1999, p. 347).

geral e irrestrita – como quando prevêm direitos fundamentais, trabalhistas, etc. Entretanto, é mais comum haver tal restrição – sobretudo nos tratados e acordos relativos a matérias afetas às relações econômicas<sup>227</sup>.

Ainda quanto à reciprocidade nos tratados e acordos internacionais, têm particular relevância os acordos para evitar a chamada “bitributação”<sup>228</sup>. Nestes casos, a importância de considerar a nacionalidade das empresas é óbvia, na medida em que as disposições destes acordos só incidirão sobre as relações envolvendo nacionais de um ou outro estado-parte<sup>229</sup>.

Finalmente, outro aspecto relevante, neste contexto específico, é a chamada ‘proteção diplomática’. Nacionais de um estado são assistidos por este último, nas múltiplas formas de sua atuação extraterritorial. Tal atuação pode se perfazer não apenas em atividades consulares ou diplomáticas em senso estrito, mas na forma de iniciativas do próprio estado em prol dos interesses dos nacionais, perante instâncias a que somente entes com personalidade de direito público externo podem recorrer. Como exemplo disto, lembra-se o histórico caso “Barcelona Traction”, paradigmático no contexto da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça no que se refere aos critérios de definição da nacionalidade das pessoas jurídicas; neste caso, justamente por invocar a nacionalidade belga da companhia (em função da predominância de acionistas desta nacionalidade na composição do capital), a Bélgica insurgia-se contra decisões judiciais espanholas que decretaram a falência de subsidiárias instaladas na Espanha<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> Exemplo típico de tais restrições consta dos artigos 50 e 51 da Lei 4131/62, que “Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior”: “Art. 50. Aos bancos estrangeiros, autorizados a funcionar no Brasil, serão aplicadas as mesmas vedações ou restrições equivalente às que a legislação vigorante nas praças em que tiverem sede suas matrizes impõe aos bancos brasileiros que neles desejam estabelecer-se. Parágrafo único. O Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito baixará as instruções necessárias para que o disposto no presente artigo seja cumprido, no prazo de dois anos, em relação aos bancos estrangeiros já em funcionamento no País. Art. 51. Aos bancos estrangeiros cujas matrizes tenham sede em praças em que a legislação imponha restrições ao funcionamento de bancos brasileiros, fica vedado adquirir mais de 30% (trinta por cento) das ações com direito a voto, de bancos nacionais”.

<sup>228</sup> A respeito do tema, Castro Moreira Jr. (2003) e Cretella Neto (2006, p. 119-132).

<sup>229</sup> O Brasil tem acordos desta natureza com os seguintes países: Alemanha, Equador, Itália, Argentina, Espanha, Japão, Áustria, Filipinas, Luxemburgo, Bélgica, Finlândia, Noruega, Canadá, França, Portugal, China, Holanda, República Tcheca, Coreia do Sul, Hungria, República Eslovaca, Dinamarca, Índia, Suécia (BRASIL, 2008).

<sup>230</sup> UNITED NATIONS, 1971. Como notam Dinh et al. (2003, p. 508), a Corte Internacional de Justiça reconheceu, neste caso, que “[a] regra tradicional atribui o direito de exercer a proteção diplomática de uma sociedade ao Estado sob cujas leis ela foi constituída e em cujo território tem a sua sede”.

Estes, enfim, são os aspectos que se destacam quando, voltando-se às repercussões ligadas à nacionalidade, esta é compreendida como um fator de identificação – em que a especificidade do vínculo entre a pessoa e determinado estado é levada em conta. Vale notar que este gênero de repercussões está sempre ligado a critérios – jamais a regras de reforço; isto porque justamente supõem este atributo personalístico – a nacionalidade de um dado estado – que, como já visto, decorre da incidência daquela espécie de preceito.

### **3.2.2 Repercussões ligadas à nacionalidade como fator de discriminação.**

Ao longo desta dissertação, vem-se ressaltando o caráter discriminatório à base da ‘idéia de nacionalidade’. Foi dito também que por força de princípios consagrados pelas nações em suas próprias leis, assim como nas normas emanadas dos organismos internacionais que integram, tal discriminação, se dirigida aos homens, é – ou deveria ser – excepcional.

Entretanto, como foi especialmente notado no capítulo anterior, a discriminação que caracteriza as repercussões ligadas à idéia de nacionalidade, quando estas atingem as companhias e as pessoas jurídicas em geral, justifica-se em função da atuação social destes entes – ainda que estas repercussões estejam ligadas a preceitos com suporte nos homens a cujos interesses se prestam. A discriminação de corporações estrangeiras – ou de corporações que, para certos propósitos, são “insuficientemente nacionais” – liga-se à atuação do ente discriminado. Os preceitos que impõem tal discriminação podem apegar-se a dados diversos – inclusive aos homens por trás da corporação. Mas sua justificativa leva em conta a atuação deste ente na realidade; sobre tal atuação projeta-se a ‘idéia de nacionalidade’ e vêm à tona os preceitos que lhe são decorrentes.

A atuação da corporação na realidade, portanto, é o dado básico a ser considerado, para que se compreendam os preceitos ligados à idéia de nacionalidade que regulam sua existência. É a realidade, então, o que deve ser considerado, quando se cogita das repercussões ligadas a estes preceitos. Tal ‘realidade’ é espaço e o tempo, na infinita

multiplicidade de eventos que abarcam: a realidade, enfim, são<sup>231</sup> os fatos. E são os fatos que determinam aquelas repercussões, ao se submeterem à incidência dos preceitos.

Considerando-se o tema da nacionalidade, o espaço onde tais fatos ocorrem, assim como as pessoas a que tais fatos são relacionados, são os dados essenciais. Disto decorre, como uma regra de eficácia quase absoluta, o poder estatal de regular os fatos ocorridos nos limites do território sobre que é soberano; também decorre, como regra de aplicação bem mais restrita (na medida em que conflita com aquela outra), o poder de regulá-los quando, ainda que ocorridos fora dos limites de seu território, sejam tais fatos relacionados a pessoas que lhe estejam vinculadas – seja este vínculo decorrente da nacionalidade, seja ele decorrente do laço fático ou jurídico desta pessoa com o respectivo território<sup>232</sup>.

Portanto, as repercussões de que ora se cogita – que, como dito, decorrem da subsunção dos fatos aos preceitos ligados à idéia de nacionalidade – levam em consideração estes dois aspectos: o lugar desses fatos; e as pessoas a que são relacionados. Como regra geral, aqueles preceitos incidem sobre os fatos ocorridos no território onde o estado, que os produziu, é soberano; além disso, podem incidir – em hipóteses excepcionais – sobre fatos ocorridos alhures, desde que sejam relativos a pessoas vinculadas a este estado.

A existência das corporações projeta-se em fatos da realidade: desde os atos constitutivos, plasmados no contrato plurilateral, até os mais prosaicos gestos de sua atuação, como a instalação de um estabelecimento ou a atuação de um empregado. Esta existência, como dito, é o suporte dos preceitos ligados à idéia de nacionalidade; e é também a realidade em que a incidência destes últimos repercutirá. Nesta existência, portanto, ocorre a discriminação.

Tal discriminação pode atingir corporações que atuam no território do estado que produz aqueles preceitos – seja porque estes distingam as companhias nacionais das estrangeiras, seja porque discirnam, entre as corporações nacionais, aquelas inaptas a adquirir e

---

<sup>231</sup> Há uma inevitável dúvida quanto à concordância do verbo empregado – ou melhor, quanto à definição do que seja o sujeito e o predicativo nesta oração: se “realidade” e “os fatos”, respectivamente, ou o contrário. Tal dúvida é talvez insanável; de todo modo, uma vez confessada, roga-se desculpas àqueles que concluírem, eventualmente, haver erro na forma empregada.

<sup>232</sup> “[A] vinculação do indivíduo ao território pode manifestar-se sob três aspectos: político, jurídico e de fato. O vínculo que prende politicamente o indivíduo ao território se chama nacionalidade. O vínculo jurídico tem o nome de domicílio” (STRENGER, 1973, p. 21).

exercer certos direitos. Por outro lado, tal discriminação pode atingir corporações atuantes em outro território – seja por considerá-las nacionais, seja por supor seu vínculo (direto ou indireto) com o país.

Em suma: as repercussões ligadas aos preceitos aqui considerados projetam-se sobre os fatos que consubstanciam a existência das corporações; neste preciso contexto, encerram discriminação – seja por atribuir-lhes determinada nacionalidade, seja por considerar, em relação a elas, aspectos relacionados à idéia de nacionalidade. Logo, tal discriminação pode estar ligada aos critérios, tanto quanto às regras de reforço. Esta distinção balizará a exposição a seguir.

### **3.3 Repercussões ligadas aos critérios.**

Como já esclarecido, os critérios são, no contexto desta dissertação, preceitos que atribuem determinada nacionalidade à corporação. Diante destes critérios, portanto, uma dada ordem jurídica passa a considerar a corporação como nacional ou estrangeira. A este atributo – que predica a personalidade jurídica da companhia – está ligada a mais relevante e mais drástica discriminação: a (im)possibilidade de atuação econômica<sup>233</sup>. Se nacional, a companhia pode, em princípio, exercer, no território do estado, as atividades previstas em seu objeto social; se estrangeira, ela, em princípio, não pode exercê-las<sup>234</sup>.

Estranho que tão pouco se diga sobre este dado fundamental: os mercados são, em princípio, fechados a empresas estrangeiras. Entenda-se bem: empresas estrangeiras podem comerciar com nacionais, e tanto importar quanto exportar bens ou serviços dos e aos nacionais; mais ainda: as empresas estrangeiras são reconhecidas, perante a ordem jurídica

---

<sup>233</sup> “The study of the ‘foreign corporation’ traditionally has three primary aspects: recognition of the corporation as a legal entity, determination of the governing law with respect to various internal corporate issues, and qualification and right of entry to do business in a foreign country” (HADARI, 1974, p. 12).

<sup>234</sup> Decreto-lei 2627/40, art. 64: “As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira (art. 60)” Em idêntico sentido, referindo às sociedades comerciais em geral, o Código Civil, art. 1.134.

nacional, como sujeitos de direito capazes de exercer e gozar direitos e de exigir sua tutela perante as instâncias judiciais<sup>235</sup>; mas nenhuma empresa estrangeira pode exercer suas normais atividades neste território. Se quiser fazê-lo, deve obter autorização do estado.

Já se disse, nesta dissertação, que esta repercussão ligada à nacionalidade é, antes de tudo, uma imposição lógica: a atuação da corporação estrangeira no mercado nacional perfaz-se em atos e fatos necessariamente inseridos no ambiente econômico regulado pelo estado; esta atuação, portanto, deve estar vinculada a um centro de imputação sujeito à ação deste estado – ou, do contrário, não há como constranger esta corporação a respeitar as imposições da regulação estatal: lembra-se o que se disse, alhures, sobre a existência ubíqua da companhia e a conseqüente possibilidade de estar presente em diversos cenários sem que, no entanto, esteja sujeita às leis aí vigentes. A necessidade de que haja a ‘sujeição’ da corporação à ação estatal impõe a existência de um ato público de reconhecimento da sua existência jurídica e de autorização a que atue no ambiente econômico regulado por este estado. A autorização é a forma pela qual o estado submete, em última instância, a atuação da corporação estrangeira; por isto, a inexistência desta autorização veda sua atuação no espaço onde este estado é soberano.

Esta vedação alcança inclusive as filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos da companhia estrangeira, conforme a mencionada disposição do art. 64 do Decreto-lei 2627/40. Como diz Pontes de Miranda (1984a, p. 196), “[n]ão importa se é empresa única, ou filial, ou sucursal, ou agência. Quer dizer: a própria finalidade supõe autorização. *A fortiori*, a filial, a sucursal, a agência e a representação, porque em todos esses conceitos jurídicos há marcada dependência”.

Verdade que tais ‘repercussões’, embora importantes, não têm o alcance que se poderia, a princípio, prever. Grandes empresas estrangeiras, em geral, não solicitam tal autorização; simplesmente “criam” empresas “nacionais” que se submetem a seu completo

---

<sup>235</sup> “Antes da autorização não pode a sociedade estrangeira a atividade *industrial* ou *comercial* ou outra atividade, no Brasil; mas isso não afasta a possibilidade de alguma sociedade estrangeira exercer no Brasil, perante o Poder Judiciário ou perante o Poder Executivo, a *pretensão à tutela jurídica*, que é oriunda do direito das gentes. A sociedade que ainda não obteve autorização pode, por exemplo, pedir ao juiz a condenação do devedor domiciliado no Brasil” (PONTES DE MIRANDA, 1984a, p. 197). Ao fato de que a ordem jurídica nacional reconheça a personalidade do ente não humano, quando esta é atribuída por estado estrangeiro, Pontes de Miranda reputa “importação da personalidade jurídica” (1984a, p. 204).

controle – não apenas acionário, mas sobretudo administrativo. O próprio Pontes de Miranda (1984a, p. 203), já há décadas, reconheceu-o:

“Em vez de requererem autorização para sociedade estrangeira por ações funcionar no Brasil, estrangeiros que dispõem de capitais preferem criar no Brasil sociedade, que se faz brasileira. Quase sempre são filiais disfarçadas, muitas vezes são elementos de trustes, cartéis, konzern, holding company ou sociedade de controle”.

Em todo caso, esta possibilidade – que, na prática, é corriqueira – não afasta a importância dos critérios para a atribuição da nacionalidade; na verdade, ela chama atenção para a relevância daquele outro gênero de preceitos ligados à idéia de nacionalidade: as regras de reforço. É justamente esta ‘possibilidade’ que explica a existência e o elevado número destas regras.

No caso do Brasil, a autorização é um ato administrativo discricionário porque, entre outras razões, “[o] Governo Federal, na autorização, poderá estabelecer as condições que julgar convenientes à defesa dos interesses nacionais”<sup>236</sup>. Ou seja: a autorização pode ser condicionada à observância de exigências que, segundo a “conveniência” da Administração Federal, atendam aos “interesses nacionais”. Este ‘condicionamento’, ligado a esta noção de contornos imprecisos, pode justificar, em tese, posturas administrativas de caráter altamente restritivo – e, nesta medida, pode ser um fator de insegurança para investidores e empresas estrangeiras.

Finalmente, cabe destacar, ainda em relação às repercussões ligadas aos critérios de atribuição de nacionalidade, que estas não se limitam à exigência da aludida autorização; mesmo corporações estrangeiras autorizadas a atuar no mercado nacional são, em várias hipóteses, alvos de discriminação. Tal discriminação, por razões óbvias, é ainda mais vasta do que aquela decorrente das regras de reforço. As restrições ligadas àquelas regras atingem empresas que, embora nacionais, são tratadas – no contexto específico de sua incidência – como se fossem estrangeiras; portanto, todas as restrições ligadas às regras de reforço atingem também as empresas estrangeiras, ainda que a recíproca não seja verdadeira: as restrições impostas a estas empresas nem sempre se aplicam àquelas sujeitas às regras de reforço.

---

<sup>236</sup> Decreto 2627/40, art. 65. Em idêntico sentido, aplicável às sociedades em geral, o art. 1135 do CC.

Em suma, aos critérios de atribuição de nacionalidade são ligados dois tipos básicos de repercussões: primeiro, a necessidade de autorização estatal para que empresa estrangeira exerça suas atividades no mercado nacional; segundo, todas as demais restrições ligadas à nacionalidade estrangeira da companhia – restrições que abrangem todas aquelas ligadas às regras de reforço, sem se restringirem a estas<sup>237</sup>.

### **3.4 Repercussões ligadas às regras de reforço.**

Como visto, as regras de reforço são, tanto quanto os critérios, preceitos ligados à idéia de nacionalidade. Esta idéia, viu-se também, tem um fundo axiológico e teleológico problemático, que se relaciona às não menos problemáticas noções de “valores” e “interesses nacionais”. Entretanto, não se confunde com isto: não é a substância vaga e turva destes “valores” e “interesses” o que caracteriza essa ‘idéia’, mas referibilidade de uns e outros a ‘pessoas’ – ou, para usar um termo de sentido mais largo, a ‘sujeitos’ cuja existência é juridicamente assimilável.

O recurso à subjetividade é fundamental àquela noção. Quando se trata da idéia de nacionalidade, supõe-se um sujeito diante do qual essa ‘idéia’ é cogitada – e sem o qual ela não faz sentido. A nacionalidade, sob a visão jurídica convencional, é um atributo ligado à personalidade jurídica – de homens e de entes não humanos. A nacionalidade, sob uma visão menos “formalista”, é uma condição destes sujeitos, a expressar sua ligação com determinada nação. A idéia de nacionalidade é a expressão – ou a “ferramenta discursiva”, como foi dito em passagem anterior – que enquadra a profundidade e imperscrutabilidade desta ligação.

Por isto, nem todos os preceitos jurídicos ligados aos “valores” ou aos “interesses nacionais” são objeto desta dissertação. De certo modo, todo preceito jurídico de matriz estatal reflete, presumivelmente, aqueles “valores” e “interesses”: toda ação do estado converge para o “bem” e os “fins” da nação que encerra. Os preceitos de que se cogita, por sua

<sup>237</sup> Exemplo deste ‘segundo tipo’ de repercussões ligadas aos critérios – e que não são previstas por regras de reforço – é aquele constante do art. 176, § 1º, da CF. Este dispositivo restringe “a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo” aos “brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país”; como se vê, os atributos exigidos à empresa que explorar tal atividade são exatamente aqueles que caracterizam a “empresa nacional” (CC, art. 1126). Logo, as restrições ao exercício desta atividade aplicam-se somente às “empresas estrangeiras”; em relação às nacionais, seja qual for o grau de dependência ou submissão a estrangeiros, tal restrição não se aplica.

vez, são ligados à idéia de nacionalidade; e esta abrange, como dito, todos os aspectos do complexo vínculo que liga determinados sujeitos (os homens, inclusive) à nação – vínculo que supõe aqueles “valores” e “interesses”, mas evidentemente não se confunde com eles.

Este esclarecimento é fundamental à delimitação do objeto deste estudo. Os preceitos ligados à idéia de nacionalidade não abrangem todos aqueles ligados aos “valores” e “interesses nacionais”; as repercussões decorrentes daqueles preceitos, de que ora se cogita, não abrangem todos os condicionamentos impostos, em razão de tais “valores” ou “interesses”, às corporações. E as regras de reforço, particularmente, não correspondem senão a uma parcela do vasto universo de disposições que expressam o poder estatal de regular a atividade econômica.

O que caracteriza tais regras – ou melhor, as repercussões dela decorrentes – é justamente o tratamento discriminatório dos entes a que são aplicáveis. Numa palavra: tais entes, independente de nacionalidade formal (bandeira), são tratados como estrangeiros – seja porque sua existência remonta a pessoas estrangeiras, seja porque se expressa em fatos que indicam sua vinculação a outra nação.

Esta discriminação pode se dar em dois sentidos: pela assimilação de corporações estrangeiras a nacionais; e, em sentido oposto, pela assimilação companhias nacionais a estrangeiras. No primeiro caso, diante de um universo de companhias estrangeiras, a ordem jurídica de um estado sujeita algumas delas a condicionamentos impostos a corporações nacionais; no segundo caso, ao contrário, corporações nacionais são sujeitas a restrições aplicáveis às estrangeiras.

Naquele primeiro caso, há o fenômeno da extraterritorialidade. O direito de um estado incide sobre corporação organizada e sediada no exterior – e, portanto, sobre fatos ocorridos fora de seu território. Os exemplos não são muito corriqueiros. Em geral, motivações de ordem econômica impõem este fenômeno (HADARI, 1974, p. 21) – especialmente a obtenção de receitas tributárias e a tutela dos níveis de emprego e renda; mas mesmo razões políticas ou militares podem explicar tal postura (MABRY, 1999). Todavia, o fenômeno é particularmente relevante no contexto das leis tributárias. Em geral, os estados tendem a tributar empresas que, mesmo de nacionalidade estrangeira, são controladas ou submissas, sob as mais diversas formas e graus, a empresas nacionais (HADARI, 1974, p. 26-31). Mabry (1999) dá exemplos deste

fenômeno nos Estados Unidos<sup>238</sup>; Hadari (1974, p. 27-28) traz à tona a legislação inglesa e holandesa, entre outras; no Brasil há várias normas neste sentido<sup>239</sup>. Note-se que o fenômeno da extraterritorialidade pode ensejar conflitos de leis oriundas de diversos estados – e, particularmente no contexto tributário, dar ensejo ao fenômeno da ‘bitributação’.

Já no segundo caso, em que há a assimilação de corporações nacionais a estrangeiras, o gozo de determinadas faculdades e direitos – reservado, a princípio, a todas as empresas nacionais – é negado a empresas que, apesar de ostentarem tal condição, não preenchem determinados requisitos impostos nos preceitos ligados à idéia de nacionalidade; ou, alternativamente, restrições impostas a corporações estrangeiras são estendidas a corporações nacionais que se subsumam às hipóteses previstas nesses preceitos. Os exemplos pululam e já foram mencionados no capítulo anterior.

Vale ressaltar, finalmente, que estas repercussões podem ser classificadas como positivas ou negativas. As primeiras prevêm faculdades e direitos; as segundas, restrições e proibições. Relativamente às primeiras, têm especial relevância os investimentos<sup>240</sup> e incentivos

<sup>238</sup> Um dos exemplos é especialmente ilustrativo: “The controversy surrounding Soviet attempts to construct a trans-Siberian oil and gas pipeline, discussed earlier,226 is a classic example of the difficulties governments can face when attempting to influence the activities of MNCs with worldwide operations. In that situation, the U.S. government's efforts to stop U.S.-based companies from participating in the pipeline project were frustrated by its inability to control activities being performed through the companies' overseas subsidiaries. U.S.-based multinationals had entered into contracts to provide goods and technology to Soviet entities in connection with the construction of the trans-Siberian gas pipeline. When Western European governments refused to go along with the U.S. call for an economic boycott directed at the pipeline project,227 President Reagan issued orders that not only prohibited U.S.-based companies from exporting goods or technology destined for use in the pipeline project, but also ordered these companies to direct their European subsidiaries to refuse to honor their pipeline contracts with the Soviets” (MABRY, 1999).

<sup>239</sup> Destaca-se especialmente os artigos 146, I, e 147, §2º, do RIR (Decreto 3.000/99; Texto Republicado no D.O. de 17.6.99): “Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27): I - as pessoas jurídicas (Capítulo I); Art. 147. Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior: (...) II - as filiais, sucursais, agências ou representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior (Lei nº 3.470, de 1958, art. 76, Lei nº 4.131, de 1962, art. 42, e Lei nº 6.264, de 1975, art. 1º”.

<sup>240</sup> Sobre investimentos públicos, ver especialmente Stigler (1971). No Brasil, é importante ter em consideração a atuação das instituições públicas de investimento (BNDES, BRDE, etc) e os condicionamentos impostos em função da idéia de nacionalidade. Neste sentido, ver especialmente as disposições dos artigos 37-40 da Lei 4131/62: “Art. 37. O Tesouro Nacional e as entidades oficiais de crédito público da União e dos Estados, inclusive sociedades de economia mista por eles controladas, só poderão garantir empréstimos, créditos ou financiamentos obtidos no exterior, por empresas cuja maioria de capital com direito a voto pertença a pessoas não residentes no País, mediante autorização em decreto do Poder Executivo. Art. 38. As empresas com maioria de capital estrangeiro, ou filiais de empresas sediadas no exterior, não terão acesso ao crédito das entidades e estabelecimentos mencionados no artigo anterior até o início comprovado de suas operações, excetuados projetos considerados de alto interesse para a economia nacional, mediante autorização especial do Conselho de Ministros. Art. 39. As entidades, estabelecimentos de crédito, a que se refere o artigo 37, só poderão conceder empréstimos, créditos ou financiamentos para novas

públicos<sup>241</sup>; quanto às segundas, os obstáculos à realização de determinadas atividades, ou à obtenção de bens, ou mesmo ao comércio internacional e às operações denominadas “intra-firmas”<sup>242</sup>. Entretanto, é questionável o valor desta última classificação; afinal, tais repercussões são sempre negativas para as empresas assimiladas às estrangeiras: se encerram faculdades ou direitos, o estado lhos nega; se encerram restrições ou proibições, o estado lhas impõe. Em todo caso, é válido mencionar tal classificação, até para que se tenha em conta o amplo leque – e os múltiplos aspectos – das repercussões consideradas.

### **3.5 Repercussões e o confronto com ordem jurídica internacional.**

A análise das repercussões ligadas à idéia de nacionalidade põe, inevitavelmente, uma questão em relevo: sua possível contrariedade à ordem jurídica internacional. Justamente porque estas repercussões têm caráter discriminatório – além de terem, eventualmente, caráter identificador – pode-se cogitar do possível confronto com o princípio básico a orientar as relações econômicas internacionais, que se assenta na noção de tratamento igualitário, independentemente da respectiva origem, de pessoas, capitais, produtos e serviços<sup>243</sup>. Tal princípio se expressa nos dois mais relevantes fundamentos do sistema jurídico internacional que regula aquelas relações, que impõem a cada estado dispensar aos demais – e às pessoas,

---

inversões a serem realizadas no ativo fixo de empresa cuja maioria de capital, com direito a voto, pertença a pessoas não residentes no País, quando elas estiverem aplicadas em setores de atividades e regiões econômicas de alto interesse nacional, definidos e enumerados em decreto do Poder Executivo, mediante audiência do Conselho Nacional de Economia. Parágrafo único - Também a aplicação de recursos provenientes de fundos públicos de investimentos, criados por lei, obedecerá à regra estabelecida neste artigo. Art. 40. As sociedades de financiamento e de investimentos somente poderão colocar no mercado nacional de capitais, ações e títulos emitidos pelas empresas controladas por capital estrangeiro ou subordinadas a empresas com sede no estrangeiro, que tiverem assegurado o direito de voto”.

<sup>241</sup> “Incentives may be granted in various forms such as cash grants, tax breaks, imputs and factor subsidies or exports incentives” (UNCTAD, 2001, p. 6). Dentre as formas de incentivos, têm especial destaque os de natureza tributária (as isenções, em particular) e, sobretudo no contexto dos países ricos, os subsídios, cujo regime jurídico – por razões óbvias – está intimamente vinculado à idéia de nacionalidade.

<sup>242</sup> Sobre a importância – e, especialmente, os efeitos nocivos – destas operações no contexto brasileiro, ver Hiratuka e Negri (2004).

<sup>243</sup> Diniz et al. (2003, p. 1137-1138) tratam-no como o “princípio da não-discriminação”, de que decorrem os outros a seguir analisados.

capitais, produtos e serviços deles oriundos – o tratamento dispensado à nação mais favorecida<sup>244</sup> e aos nacionais<sup>245</sup>.

Obviamente, a possibilidade deste confronto é inegável. Tendo as repercussões aqui cogitadas natureza discriminatória, caracterizam-se justamente por engendrarem conseqüências desiguais segundo a nacionalidade do elemento sobre o qual elas incidem. E, no entanto, o fato de que haja tais repercussões – e, por isto, a discriminação – é inevitável num contexto jurídico em que o papel do estado-nação é primordial. Na confluência de ordens jurídicas a regular as relações econômicas – inclusive as internacionais – o estado-nação ressalta como protagonista indiscutível, seja porque produz e aplica<sup>246</sup> a maior parte das normas que preenchem este espaço jurídico, seja porque as normas de matriz internacional têm origem, ao menos formalmente<sup>247</sup>, em sua atuação soberana<sup>248</sup>. Portanto, se é óbvio aquele confronto entre as repercussões ora examinadas e aquele princípio básico a regular as relações internacionais, não menos óbvio é o fato de que este último cede, em alguma medida, diante da atuação específica da cada estado. Resta saber qual é esta ‘medida’. E, então, verificar se aquelas repercussões excedem ou não seus limites.

Como dito, as repercussões ligadas à idéia de nacionalidade podem engendrar dois tipos de discriminação: a primeira, entre nacionais e estrangeiros; a segunda, entre estrangeiros de uma ou outra nacionalidade. Um dado ordenamento jurídico pode, p. ex., impedir o acesso de empresas estrangeiras ao mercado nacional; ou pode, em outro exemplo, impedir o acesso a este mercado de empresas oriundas de outros continentes, ou de países alheios a

<sup>244</sup> “The most-favoured-nation treatment (MFN) standard is a core element of international investment agreements. It means that a host country treats investors from one foreign country no less favourably than investors from any other foreign country” (UNCTAD, 1999, p. 1). Ainda quanto a este ‘fuo’, Dinh et al. (2003, p. 250-252).

<sup>245</sup> “The national treatment standard is perhaps the single most important standard of treatment enshrined in international investment agreements (IIAs)” (UNCTAD, 1999b, p. 1).

<sup>246</sup> “Produz e aplica”: os verbos remontam, respectivamente, aos dois termos chaves desta dissertação: “preceitos” e “repercussões”. A produção do direito dá origem àqueles; a aplicação, a estas. Especificamente quanto ao verbo aplicar, convém tomá-lo, no texto, em sentido amplo, correspondente ao do verbo “enforce” na língua inglesa (DERRIDA, 2007, p. 7-9).

<sup>247</sup> Tem-se que explicar este ‘aposto’. Diz-se “formalmente” porque, segundo uma perspectiva por assim dizer ‘realista’, uma série de fatores podem condicionar a participação dos estados nos concertos internacionais – fatores que podem expressar antes sua submissão a interesses alienígenas do que o exercício de sua soberania. Em todo caso, não é o propósito desta dissertação discuti-lo; apenas convém considerar esta observação, a fim de tomar a afirmação do texto em seu sentido mais estrito.

<sup>248</sup> “O vínculo entre soberania e capacidade normativa na ordem jurídica internacional, condição necessária para o imediatismo do direito face aos Estados, é evocado num *dictum* célebre do primeiro acórdão do T.P.J.I [Tribunal Permanente de Justiça Internacional]: ‘A faculdade de contrair compromissos internacionais é precisamente um atributo da soberania dos Estados’” (DINH et al., 2003, p. 435).

determinado organismo regional, ou de nações consideradas inimigas. Em relação a este último de tipo repercussões, em que a nacionalidade é fator de identificação, tem relevância a obrigação de assegurar o ‘tratamento da nação mais favorecida’; em relação àquele primeiro tipo, em que a nacionalidade é mero fator de discriminação, deve-se cogitar a obrigação de assegurar ‘tratamento nacional’.

Estas ‘obrigações’ estão amplamente consagradas em acordos multilaterais, regionais e bilaterais<sup>249</sup>. Mais ainda: estão previstas em diplomas expressamente voltados às ações estatais diante dos fluxos de investimento estrangeiro; neste caso, abordam as chamadas TRIMs (trade-related investment measures), que se inserem no amplo conjunto das medidas operacionais do país destinatário destes investimentos – HCOMs, conforme a sigla em inglês (host country operational measures)<sup>250</sup>. Dentre estes diplomas, destaca-se o acordo sobre TRIMs firmado no âmbito da Organização Mundial de Comércio. Este acordo proíbe que medidas deste tipo sejam inconsistentes com as provisões dos artigos III e XI do GATT 1994 – ou seja, que afrontem a obrigação de aplicar o ‘tratamento nacional’ e não observem o dever de eliminar as chamadas restrições quantitativas<sup>251</sup>. De todo modo, seja diante da regulação específica das TRIMs e demais HCOMs, seja diante dos acordos gerais sobre comércio de bens e serviços (GATT e GATS), tais ‘obrigações’ ressaltam no contexto jurídico das relações econômicas internacionais como fundamentos deste sistema normativo.

Particularmente quanto à ‘obrigação’ de assegurar o ‘tratamento da nação mais favorecida’, como já dito, têm relevância as repercussões que, ligadas à nacionalidade, supõem-na como um fator de identificação. Neste sentido, tais repercussões discriminam em função da nacionalidade específica do elemento considerado; aquela ‘obrigação’, aqui considerada, combate tal discriminação<sup>252</sup>. É oportuno lembrar que o acordo sobre TRIMs

<sup>249</sup> Neste sentido, GATT, artigos I e III; e GATS, artigos II e XVII. Quanto aos instrumentos em nível regional e bilateral, ver UNCTAD, 2001; ainda, Barral (2004, p. 17).

<sup>250</sup> UNCTAD, 2001.

<sup>251</sup> “Agreement on Trade-Related Investment Measures, Article 2: National Treatment and Quantitative Restrictions. 1. Without prejudice to other rights and obligations under GATT 1994, no Member shall apply any TRIM that is inconsistent with the provisions of Article III or Article XI of GATT 1994. 2. An illustrative list of TRIMs that are inconsistent with the obligation of national treatment provided for in paragraph 4 of Article III of GATT 1994 and the obligation of general elimination of quantitative restrictions provided for in paragraph 1 of Article XI of GATT 1994 is contained in the Annex to this Agreement”.

<sup>252</sup> “Foreign investors seek sufficient assurance that there will not be adverse discrimination which puts them at a competitive disadvantage. Such discrimination includes situations in which competitors from other foreign countries receive more favourable treatment. The MFN standard thus helps to establish equality of competitive opportunities between investors from different foreign countries. It prevents competition between investors from being distorted by

firmado no âmbito da OMC, ao mencionar as obrigações a que estão vinculadas as partes, não se refere à de assegurar tratamento dispensado à nação mais favorecida<sup>253</sup>; portanto, a eventual inobservância desta obrigação deve ser aferida no contexto concreto das relações comerciais envolvendo bens e serviços, e não em consideração às medidas regulando investimentos estrangeiros. Além disso, estados podem dispensar tratamento diverso conforme a nacionalidade dos investidores através dos seguintes expedientes: alegando responder a imposições morais, de saúde ou de seguridade<sup>254</sup>; agarrando-se às chamadas “REIO clauses”, que lhes permite dispensar tratamento diferenciado para membros de organizações regionais a que pertençam<sup>255</sup>; ou mesmo sustentando seguir estratégias de desenvolvimento<sup>256</sup>. A possibilidade destas exceções é sempre discutível, sobretudo quando a justificativa para as medidas repousa em considerações – nem sempre claras – sobre as condições e oportunidades para o desenvolvimento econômico nacional<sup>257</sup>. Em todo caso, resta claro que esta ‘obrigação de abrangência multilateral’ não assegura, por si só, o tratamento idêntico de nacionais e estrangeiros<sup>258</sup>.

Por outro lado, quando se considera a ‘obrigação’ de assegurar ‘tratamento nacional’ aos investidores – e aos investimentos – estrangeiros, a regulação internacional é ainda mais incisiva. Como visto, o acordo sobre TRIMs estabelecido no âmbito da OMC

---

discrimination based on nationality considerations.

The more foreign investors from various home countries play an important role in a host country, the more important the MFN standard becomes” (UNCTAD, 1999, p. 8).

<sup>253</sup> Conforme “Agreement on Trade-Related Investment Measures, Article 2”, citado acima.

<sup>254</sup> GATS, art. XIV.

<sup>255</sup> “Investment agreements in which countries that are members of a regional economic integration organization (REIO) participate usually include a so-called REIO clause. Under this provision, REIO members are exempted from the obligation to grant MFN to nonmembers” (UNCTAD, 1999, p. 20).

<sup>256</sup> “It may be argued that an exception to MFN based on the nationality of foreign investors would be consistent with the strategy of a host country that has made the judgement that the best way to pursue the economic development of the country is to establish and maintain special economic relations with one or several specific other countries, which would be selected as strategic partners. The countries concerned would thus grant market access or other special privileges only to investors from these countries. Such a strategy assumes that one or several countries with strategic advantages over other potential partners could be identified (and that granting the same conditions to investors from other countries would undermine this strategic partnership). The host country would align its own pattern of comparative advantages and its stage of development to the comparative advantages of the partner. What is not clear is why obtaining the desired investment from one set of investors would be more desirable than obtaining them from another set of investors, as long as the underlying development objectives are being served. Rather, it would appear that strategies of this type are normally based on a distinction between foreign and domestic investors and not on a distinction among foreign investors” (UNCTAD, 1999a, p 38)

<sup>257</sup> “In any case, an MFN exception on these grounds might cause “victim” countries to retaliate, in particular by denying the host country MFN as well. As an increasing number of firms from a growing number of countries become foreign investors, such retaliation could have adverse economic consequences” (UNCTAD, 1999, p. 40).

<sup>258</sup> “While MFN is generally more than the minimum standard required under customary international law, it does not go so far as to put the foreign investor on an equal footing with domestic investors in the host country” (UNCTAD, 1999, p. 2).

expressamente vincula os estados partes àquela obrigação; portanto, há expressa vedação a medidas que discriminem investidores e investimentos estrangeiros. Além disso, esta disposição traz uma lista ilustrativa das medidas proibidas<sup>259</sup>; esta lista, embora não seja exaustiva, resta por fixar um parâmetro razoavelmente nítido a discernir entre as TRIMs vedadas ou não. Em primeiro lugar, ao restringir-se àquelas medidas posteriores à entrada do investimento (“post-entry measures”); em segundo lugar, ao restringir-se a medidas relacionadas às relações comerciais das empresas afiliadas – considerando sobretudo os níveis de exportação da produção e de importação dos insumos. Neste sentido, é bastante plausível supor que medidas que restrinjam o acesso do capital estrangeiro a determinados setores econômicos – medidas que, como visto, perfazem o maior número das regras de reforço – não sejam colhidas pela proibição constante deste acordo multilateral. De fato, é improvável a hipótese de que os estados venham a comprometer-se com este tipo obrigação, tendo em vista os interesses – mais ou menos justificáveis – a impor a regulação estatal de setores econômicos determinados<sup>260</sup>. Isto, entretanto, não impede que sejam previstas, em instrumentos de abrangência regional, vedações à discriminação de investimentos e investidores estrangeiros. A União Européia, p. ex., veda expressamente qualquer discriminação baseada na nacionalidade<sup>261</sup>. Também no âmbito do Mercosul há vedações à discriminação entre investidores dos estados partes<sup>262</sup>.

Deve-se lembrar que, no exame do confronto entre as repercussões aqui consideradas e as disposições jurídicas emanadas de acordos internacionais visando à

<sup>259</sup> Acordo Geral sobre TRIMs (OMC), Artigo IX, Anexo II: “TRIMs that are inconsistent with the obligation of national treatment provided for in paragraph 4 of Article III of GATT 1994 include those which are mandatory or enforceable under domestic law or under administrative rulings, or compliance with which is necessary to obtain an advantage, and which require: (a) the purchase or use by an enterprise of products of domestic origin or from any domestic source, whether specified in terms of particular products, in terms of volume or value of products, or in terms of a proportion of volume or value of its local production; or (b) that an enterprise’s purchases or use of imported products be limited to an amount related to the volume or value of local products that it exports”.

<sup>260</sup> No estudo já mencionado (UNCTAD, 1999b), as restrições deste tipo – ou seja: aquelas baseadas na nacionalidade do investimento ou do investidor – são expressamente subtraídas à incidência da regra prevista no acordo multilateral sobre as TRIMs. Vale ressaltar que, no âmbito da OECD, houve a tentativa de fixar regras proibitivas destas medidas. Sem sucesso. O chamado “multilateral agreement on investment”, que fixava regras desta natureza, jamais foi firmado, tendo sido o projeto definitivamente abandonado em 1998 (UNCTAD, 2001, p. 34). Interessante notar que, segundo Recavarren (2003, p. 615), “a maior oposição [a este acordo] encontra sua origem na sociedade civil dos países do norte, que deu origem a uma oposição consensual ao método utilizado e ao conteúdo do Acordo”.

<sup>261</sup> Tratado de Roma, artigo 12. A vedação, segundo o dispositivo, dá-se “no âmbito de aplicação deste tratado”.

<sup>262</sup> “In MERCOSUR, investments of investors from other MERCOSUR member States are to be admitted on the basis of treatment no less favourable than that accorded to domestic investors or investors from third States, subject to the right of each member State to maintain exceptional limitations for a transitional period, which must be detailed in an annex to the Protocol (Decision 11/93 of the Council of MERCOSUR of 17 January 1994, in UNCTAD, 1996, vol.II. pp. 513 and 520 for listed exceptions)” (UNCTAD, 1999b, p. 23).

liberalização e à proteção dos investimentos estrangeiros, a própria definição da nacionalidade do investidor (e do investimento) costuma ser problemática. Esta, aliás, é uma premissa bem aceita na literatura sobre o tema<sup>263</sup> e, de resto, já foi extensamente debatida nesta dissertação.

De tudo isto, conclui-se que são extremamente vagos os limites em que, segundo o direito internacional, os estados podem impor restrições aos investimentos estrangeiros em razão da idéia de nacionalidade. Sob certa perspectiva, é possível mesmo duvidar da existência de tais limites: as repercussões ligadas à idéia de nacionalidade são a tal ponto ligadas ao exercício da soberania, que é difícil compreender tal exercício sem necessariamente admitir a possibilidade de engendrará-las. A justificativa para as restrições ao capital estrangeiro pode assentar-se em razões não apenas econômicas. As razões pelas quais se discrimina uma dada empresa de capital estrangeiro, ou que tenha seus principais ativos no exterior, remontam a valores e interesses imperscrutáveis<sup>264</sup>. Que tais razões sejam justificáveis, isto é difícil afirmar; mas que o exercício da soberania supõe a possibilidade de que os estados ajam segundo suas próprias razões, disto certamente não se duvida. A vedação às regras restritivas à atuação das empresas em função da idéia de nacionalidade é um tema tormentoso e polêmico, não só porque cogita dos limites ao exercício da soberania, mas porque abala necessariamente o sentido desta noção.

---

<sup>263</sup> “With respect to the definition of “investor”, an important issue here is the definition of the nationality of firms, since this would determine which enterprises are entitled to national treatment under a particular agreement. It is also a matter of practical importance to differentiate whether a foreign affiliate is entitled to national treatment under the provisions of an international agreement, or its treatment derives from its status as a “national firm” under the hostcountry laws on nationality” (UNCTAD, 1999b, p. 56).

<sup>264</sup> “Any legal framework is rooted within specific national or regional traditions and cultures. At the core of legal rules, some of which might affect the operations of enterprises, lie fundamental societal values. In effect, some legal rules give expression to core societal values, and most governments find their legitimacy in so far as they take heed of such values. Thus, some HCOMs — especially those dealing with areas such as standards for the preservation of public health, employment rights and the environment, and, in the particular case of developing countries, those specifically meant to advance development — have at their roots core values. A Government that limits its sovereignty in such a way as to not be able to mandate measures that reflect such core values, when necessary, could jeopardize its legitimacy. It is important to realize therefore that, as investment rules delve deeper into areas that had not previously been subject to international disciplines, there are areas that may need to remain within the sovereignty of national Governments, on whose legitimacy the international system still depends. In any event, any negotiations touching upon HCOMs would need to be cognizant not only of the economic justifications, but also of the societal values that they reflect. In fact, even in the context of a proliferation of IIAs, many regulatory measures are not only uncontested but, in some instances, even encouraged by IIAs” (UNCTAD, 2001, p. 14).

## 4. A NACIONALIDADE DAS CORPORAÇÕES E O CONTEXTO ECONÔMICO.

A presente dissertação desenvolve-se em três estágios.

No primeiro, cogita do sentido de ambas as noções que lhe servem de base: nacionalidade e corporações. No segundo, investiga a forma como estes dois termos relacionam-se juridicamente. No terceiro, que aqui se inicia, perscruta o contexto em que tal relação tem realidade.

São três passos necessários. Antes de tudo, é preciso esclarecer do que se trata: o tema, sua dúplici estrutura, seus dois termos básicos. Depois, erguidos estes dois pilares, assentar sobre eles todo este edifício de preceitos e repercussões jurídicas que nascem justamente da relação entre esses dois termos. Finalmente, terminada a construção, lançar o olhar sobre horizonte que se abre à sua volta.

Este horizonte, entretanto, abriga um confronto<sup>265</sup>. Nele, duas forças poderosas se debatem. De um lado, as nações e seu poder de legislar e aplicar a lei. De outro, as corporações e sua condição, simultaneamente, de sujeito jurídico e de relevante ator econômico e social. Estas forças polares são mediadas pelo direito. E este reflete a resultante destas forças em choque.

---

<sup>265</sup> Desde já é preciso ressaltar que a expressão – ‘confronto’ – não designa uma oposição factual, mas teórica: ela põe a relação entre as nações e as corporações em termos abstratos, onde umas e outras são assimiladas a forças divergentes, cuja relação determina o contexto em que o fenômeno que aqui investiga se produz. Tal expressão, portanto, não implica a afirmação de que nações e corporações, na realidade de sua atuação, sejam entes em litígio. Absolutamente: como disse Galbraith (1984, p. 260), “a moderna empresa multinacional também exerce poder no governo e através dele”; além disso, é também – e talvez principalmente – na presença deste “íntimo consórcio” entre os estados e as corporações que este confronto, paradoxalmente, se manifesta com maior intensidade: aí, precisamente, é onde há maior pressão para que a idéia de nacionalidade ceda; logo (lógica, por sinal, tipicamente newtoniana: a força de reação é equivalente à que atua), é onde ela mais resiste.

Neste confronto, um aspecto ressalta: o vínculo entre as nações e as corporações. Vínculo que pode ser ostensivo – a bandeira; mas que pode ser suposto a partir dos elementos mais díspares e remotos, revelando-se como um aspecto “substancial” da existência das corporações – como algo que as remeta, na essência, a determinada nação. Este vínculo, convém insistir, é apenas um aspecto deste confronto; mas um aspecto relevantíssimo: ao ligar – ou não – determinadas corporações a determinadas nações, o direito estabelece condicionamentos à existência destas; e ao fazê-lo, a própria nação – como uma idéia aglutinadora, como força centrípeta, como ‘unidade’ – é posta em discussão: afinal, a idéia de nação não pode ser compreendida sem considerar aqueles que a formam e lhe são vinculados.

O contexto considerado, em que se estende este último desdobramento desta dissertação, é justamente o contexto internacional. Aqui, precisamente, a idéia de nacionalidade pode ser vista em toda a sua expressão. Neste panorama, a nação é um dos elementos considerados; e tal consideração dá-se justamente diante do que lhe é alheio – para que assim se mostrem seus precisos contornos, para que se perceba com nitidez, como disse Mallarmé, “a lacuna que dos jardins a separa”<sup>266</sup>. A idéia de nacionalidade pressupõe a consideração do estrangeiro, do elemento que lhe é exterior, do ‘outro’. Esta relação entre identidade e alteridade é essencial a esta idéia. E tal relação só pode ser compreendida num contexto que defina o que é próprio à nação – e o que não é.

O tema da nacionalidade das corporações está precisamente neste contexto: elas podem ou não ligar-se à nação, que pode ou não submetê-las diante deste vínculo que lhe cabe estabelecer. Mas a corporação, como ente jurídico, é mais do que ‘vinculada’ ao estado: é ‘criada’ pela incidência das leis estatais sobre os fatos que a constituem<sup>267</sup>; e todavia sua existência inegável confronta o poder estatal – ou mais: assume tal dimensão que já não se submete a ele. Eis o paradoxo: as corporações existem apenas diante do estado, cujas leis “consagram” tal existência; e ao mesmo tempo arrostando o poder estatal, prenunciando uma ordem jurídica indiferente e insubmissa a este poder. A idéia de nacionalidade engendra o vínculo entre estas duas forças opostas; e, sendo expressão do poder estatal, também é confrontada por este ‘outro poder’ que arrosta sua soberania. Como dito, a nação se define diante de sua

<sup>266</sup> Citação do poema “Prose” (1998, p. 37-40)

<sup>267</sup> Mesmo a chamada “sociedade européia”, conforme já visto, supõe a existência de sociedades constituídas em mais de um estado-membro da União Européia (Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho da União Européia).

alteridade; e assim como, ao se identificar os estrangeiros, delimita-se o conjunto dos nacionais – também se delimita o poder dos estados, ao se identificar aquele que o confronta.

#### **4.1 As nações.**

O termo ‘nação’, aqui, é rigorosamente sinônimo de ‘estado’. Insiste-se nisto: nação, estado, estado-nação – todos estes termos têm sentido perfeitamente idêntico no contexto desta dissertação<sup>268</sup>. Se aquele primeiro termo foi eleito para o título desta seção, isto se deve ao fato de que contenha o mesmo étimo do termo nacionalidade – e, assim, liga-se a ele inclusive etimologicamente. De todo modo, a noção do que seja ‘estado’ – ou ‘nação’ – deve ser pressuposta aqui; a partir dela, e somente assim, devem ser compreendidas as considerações seguintes.

Foi dito, logo no início, que a nacionalidade é conceito referível ao estado – ao menos no contexto desta dissertação. Todavia, já ali se notou a dificuldade de estabelecer uma definição deste termo: tal definição pode conduzir a uma tautologia, na medida em que se supõe ser um “estado” aquilo que os próprios estados reconhecem como tal. Pode-se cogitar da “existência” de um estado considerando-se os mais diversos aspectos – a união de grupos étnicos ou religiosos, a comunhão de traços culturais, os esforços de um povo por sua autodeterminação; mas a noção de ‘estado’ é também – e fundamentalmente – jurídica: ‘estado’ é o ente a que se liga toda uma ordem jurídica – ordem bastante em si mesma e, ao mesmo tempo, insubmissa a qualquer outra. A noção de ‘estado’, portanto, remonta ao poder capaz de produzir o direito: supõe, portanto, a soberania<sup>269</sup>.

O que caracteriza uma nação, ao menos no sentido que esta dissertação dá ao termo, é o chamado ‘poder soberano’. Uma ordem jurídica é a manifestação de um poder insubmisso; portanto, fundado em si mesmo, pois do contrário seria submisso àquilo que lhe serve de fundamento. Este poder perfaz uma ‘unidade’: a própria noção de ‘poder’ – como força que atua sobre a realidade – sugere algo irreduzível, que existe diante de todo resto e que não

---

<sup>268</sup> Conforme já visto na seção 1.1.1.

<sup>269</sup> “Não só é impossível negar a positividade da noção de soberania, mas também esta surge como o próprio critério do Estado” (DINH et al., 2003, p. 434).

contém nada senão ele mesmo. O poder soberano, diante de um tal raciocínio, tem um fundamento absoluto na medida em que cada estado, erguido sobre ele, é em si uma unidade jurídica fundamental. A noção de ‘unidade’, aqui, ergue-se – ou equivale – à de soberania. Só há tal unidade, só há uma ordem jurídica determinada, porque existe este “poder absoluto” – insubmisso a qualquer outro e contido, nos limites de sua atuação, apenas por si mesmo.

Esta noção de ‘unidade’ está no âmago da compreensão do estado. Tem-se falado aqui de um ‘ente’ que existe no tempo e no espaço, e portanto de algo a que se pode antepor o artigo indeterminado ‘um’: *um direito* é criado, *um direito* existe entre vários outros, *um direito* sucumbe diante daquele que o sucede. Se ‘estado’ pode ser uma unidade dentro de um contexto de ‘vários estados’, então se deve supor que é criado, que coexiste com os demais e que, afinal, cede diante de outros que o superam. Mas resta o problema, o ‘âmago da questão’: como pode haver unidade? O que permite que haja um ‘Brasil’, uma ‘Alemanha’, um ‘Panamá’? O que assegura que não exista um ‘Curdistão’, um ‘País Basco’, uma ‘Palestina’. O que é, afinal, uma ordem jurídica? E sobretudo: faz sentido pensar nestes termos, se todos somos, a humanidade, um só grupo?

Grupo: eis aí, talvez, a chave para tais respostas. Talvez a humanidade não possa ser um grupo, mas sim, e sempre, vários grupos: formamo-los, defendemo-los, isolamo-nos neles. No início – pode-se cogitar – os homens formaram grupos e eventualmente tais grupos ligaram-se a determinados territórios, e todo o resto não é senão a história das migrações e das guerras. Não parece haver como fugir desta palavra: ‘grupos’. Parece mesmo impossível contestar a constância desta realidade em que a espécie humana divide o espaço – o mundo – em retalhos, como se uma catástrofe atávica tivesse despedaçado esta hipótese diamantina – a humanidade como um só corpo social, político e jurídico – e desde então não tivessem restado senão os cacos. Grupos: a união de alguns contra o resto, a aproximação dos homens para protegerem-se dos homens. Grupos: a descendência, a raça, o credo<sup>270</sup>. Grupos, enfim: um número limitado de ‘nacionais’ tratados, perante a respectiva nação, diversamente de todos os outros.

---

<sup>270</sup> “The cultural symbolism of ‘a people’ secures its own particular character, its ‘spirit of the people’, in the presumed commonalities of descent, language, and history, and in this way generates a unity, even if only an imaginary one” (HABERMAS, 2001, p. 64).

Nestes grupos está, então, o fundamento do que se reputava de ‘unidade jurídica’, ou de uma ‘ordem jurídica determinada’? Dificilmente. Não há qualquer meio absolutamente inequívoco de eleger, dentre os homens, aqueles necessariamente vinculados a um grupo. A individualidade pode sempre resistir, indômita ou altivamente, a tais ‘determinações’. O agrupamento, em si, impõe-se à força de eventos aleatórios, muitas vezes incompreensíveis e nunca inteiramente ligados a padrões lógico-rationais. Finalmente, o pensamento moderno ocidental corroeu as bases mais radicais a justificarem os agrupamentos, que sem qualquer constrangimento se baseavam em critérios de raça e de religião, mas que também remontavam a contextos políticos e sociais mais remotos, a partir dos quais certos segmentos (e esta palavra parece adequada na medida em que denota apenas ‘fração’) foram se sedimentando nas reentrâncias dos grandes impérios, passando a se caracterizarem como grupo – ou, para irmos logo ao ponto, povo.

Interessante como a teoria jurídica, na voz de tantos de seus expoentes, remete aquele ‘poder soberano’ – no qual se assenta determinada ‘ordem jurídica’ e que, afinal, permite considerá-la como unidade – ao que chama de povo<sup>271</sup>. Mas que povo? Os nacionais? Os crentes? Os descendentes? “Não, não” – respondem os juristas sempre atentos às duras lições daquele meio século de duas guerras mundiais – “povo é uma noção aberta, dinâmica, inextrincavelmente ligada aos princípios democráticos”<sup>272</sup>. “Certo, certo”, replica-se, “mas, afinal, quem é o povo?”. Seres humanos são indivíduos: também os homens, sobretudo estes, são cada qual um ser único, irreduzível – enfim, uma unidade. Um ‘povo’, portanto, é sempre um certo número de indivíduos. Como definir ‘quem’ ou ‘o quê’ é o ‘povo’? E principalmente: por que defini-lo?

Esta discussão, que já é problemática ao considerar apenas os homens, torna-se profundamente tormentosa quando aborda as corporações. Os estados reconhecem, em regra, a existência destas corporações. Compreendem sua atuação no cenário social e econômico. Consideram-nas ‘entes’. Os estados, portanto, atribuem-lhes a condição de sujeito; e, ao lha atribuir, vinculam-nas a si mesmos – ou, ao contrário, rejeitam tal vínculo. A mesma ‘idéia’ que explica o vínculo entre o homem e o estado justifica, também, que este vincule as corporações. O

<sup>271</sup> Neste sentido, Canotilho (2003, p. 65).

<sup>272</sup> “O povo concebe-se como povo em sentido político, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política. Afasta-se, assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura comum” (CANOTILHO, 2003, p. 75)

estado estabelece este vínculo segundo as condições que ele mesmo elege; mais ainda: pressupõe este vínculo como base para condicionamentos que impõe à sua existência e atuação. O estado, enfim, assume este vínculo como uma categoria básica, substancial e ideal a expressar a ligação do ‘ente’ a si.

E aqui se alcança o ponto-chave desta discussão: a natureza do vínculo entre o estado e o ‘ente’ – humano ou não – cuja existência aquele considera. Este vínculo pode ser ostensivo e concreto: a nacionalidade propriamente dita, a bandeira, a “insígnia estatal” aposta sobre a personalidade jurídica. Mas pode ser também um laço implícito, subentendido, substancial entre estes dois ‘elementos’. Todas estas formas de vínculo entre o ‘ente’ e a nação remontam a uma idéia fundamental, que projeta uma “ligação substancial” entre ambos; tudo isto não é senão um mesmo fenômeno – ou um mesmo gênero de fenômenos – trespassados de uma mesma essência. Esta ‘essência’, enfim, é o que se chama, nesta dissertação, de ‘idéia de nacionalidade’.

Diversas e inúmeras são as manifestações deste fenômeno. A idéia de nacionalidade se projeta nos mais diversos contextos e sob os mais diversos aspectos. Restrições, vedações, incentivos, investimentos – tudo isto pode estar ligado àquela idéia. A existência e a atuação das companhias, obviamente, é condicionada por todos estes fatores. E estes condicionamentos supõem que tal existência e atuação possa ser referível à nação – ou melhor, supõem que desta existência e atuação seja possível depreender um laço entre a corporação e estado, laço essencialmente idêntico ao que une os nacionais em torno desta idéia fundamental – a nação.

Que este ‘laço’ seja assim suposto, isto não admira. Ao contrário: à sua existência liga-se a noção atual de poder soberano, que remonta ao povo que governa a si mesmo. Esta ligação subjetiva entre a nação e o ‘ente’ é, portanto, fundamental. Se o estado é uma unidade jurídica, se existe por si mesmo e em si mesmo, se perfaz enfim uma ordem jurídica única, distinta e insubmissa – todas estas características supõem a ligação entre o poder soberano e os respectivos “súditos”, entre a nação e o povo. Somente como algo referível a determinado grupo, a determinado povo, a nação pode ser compreendida: aí então ela assume as suas especificações, projetando-se sobre o espaço – o território – sobre o qual esse povo, e portanto esta nação, é soberano. A existência objetiva do estado remonta ao poder de cada sujeito, tanto

quanto este poder remonta à autoridade estatal: nem um nem outro destes momentos opostos, mas a própria relação entre ambos, é a realidade do estado – e ambos os momentos, assim, são indispensáveis à tal realidade. Em suma: o estado não pode ser concebido senão em relação aos que lhe são vinculados; sua existência se pulveriza na subjetividade destes últimos, assim como a sua liberdade e seus direitos se objetivam no estado<sup>273</sup>.

Este ‘laço’, enfim, é o pressuposto à existência do Estado. A particularidade do tema deste trabalho é que este laço, com toda a ‘idealidade’ que lhe subjaz, projeta-se sobre as corporações. Não porque estas, como entes de existência jurídica, se juntem aos homens neste “fenômeno” a que se chama ‘povo’. Mas porque sua existência se projeta na realidade social e econômica, em que assumem papel relevante. Diante desta existência por assim dizer ‘real’, passa-se a considerar este ‘ente’ como vinculado – ou não – ao estado. Todavia, este vínculo é sempre figurativo: projeta-se sobre uma espécie de personificação da corporação, que é assimilada ao homem. O vínculo entre o homem e a nação é sempre mais concreto, porque é mais claro: o homem tem realidade física e corpórea, que naturalmente pode ser referida a determinado lugar e, portanto, a determinada nação. A sociedade, ao contrário, tem existência ubíqua, que se manifesta nos diversos fenômenos que perfazem sua atuação; além disso, sua existência é também instrumental, remontando a interesses alheios. Portanto, ao projetar todo conteúdo do vínculo entre homem e estado sobre a relação entre estes e as corporações, o direito assume meios muito mais maleáveis para caracterizá-lo – justamente porque este vínculo não supõe a realidade física e corpórea do homem, mas a realidade jurídica, sócio-econômica e instrumental da corporação. Mais ainda: ao estabelecer este tipo de vínculo, o estado permite-se estabelecer os mais variados critérios, tendo em vista justamente os variados contextos em que a existência da corporação é considerada. Portanto, este vínculo assume ‘gradações’; e a maior ou menor intensidade deste vínculo é levada em consideração pelo estado, nas diversas hipóteses em que este último entenda conveniente considerá-lo. Não por acaso, o estado brasileiro, p. ex., permite a qualquer empresa constituída no país, em regra, o livre exercício de seu objeto social; mas proíbe a tais empresas a atividade de radiodifusão, quando houver estrangeiros entre seus acionistas. Para contextos distintos, parâmetros distintos: em geral, o capital estrangeiro é considerado

<sup>273</sup> “O Estado, como realidade em acto da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever” (HEGEL, 1976, p. 216).

benéfico, por fomentar a economia e dinamizar o mercado; mas naquele ramo econômico específico, o elemento “estrangeiro” que caracteriza a empresa impede-lhe de atuar. No primeiro caso, tolera-se um vínculo formal, aparente, tênue; no segundo, impõe-se um vínculo material, substancial, bem mais intenso.

Vale ressaltar este detalhe fundamental: assim como o estado tem por fundamento o vínculo com os diversos sujeitos que perfazem em conjunto o que se designa como povo, ele também ‘submete juridicamente’ estes sujeitos ao criar as formas pelas quais estabelece este vínculo. Todas as repercussões ligadas à idéia de nacionalidade, uma vez atribuídas a um sujeito, tornam-se para este fonte de direitos e deveres – e, portanto, um instrumento de sujeição jurídica. O estado, ao supor o vínculo entre ele mesmo e uma corporação, pode criar regras que se situam no espaço de sua atividade regulatória. Em suma: ao supor – ou rejeitar – o vínculo de determinada empresa a uma dada nação, a ordem jurídica desta última pode estar recorrendo a meios de confrontar a atuação daquela – confrontação que não atende a qualquer propósito específico senão este: o reforço da idéia de nacionalidade.

O estado, ao regular a atividade econômica, lança mão de inúmeros instrumentos que condicionam a atuação das empresas. Tais instrumentos estão ligados a diversas finalidades e remontam, em última análise, aos chamados ‘interesses nacionais’. Entre os meios com os quais o estado exerce esta atividade regulatória, destacam-se alguns preceitos ligados à ‘idéia de nacionalidade’ – preceitos que esta dissertação chama de regras de reforço. Entretanto, esta regulação estatal não se restringe a estes preceitos. Absolutamente: esta regulação é ampla, profunda e multifacetada, abrangendo diversos tipos de atuação estatal – desde a ‘lei’ até os atos administrativos mais simples – e engendrando os mais distintos efeitos, nas mais diversas áreas; as regras de reforço são preceitos que se inserem neste contexto, e que se distinguem justamente por suporem o vínculo – ou a falta dele – entre as corporações e o estado. De todo modo, estas regras são também expressão de atividade regulatória estatal: a suposição – ou a rejeição – do vínculo entre corporação e nação, neste sentido, é forma de sujeitar a atuação daquela à ação desta.

O que distingue as regras de reforço, assim como todos os demais preceitos ligados à idéia de nacionalidade, é a consideração do sujeito – no caso, as corporações – como vinculado à nação. Este ‘vínculo’, por certo, sugere comprometimento com os interesses

nacionais; logo, remonta inevitavelmente a considerações psíquicas, morais, políticas. Tais considerações são alheias a este trabalho: aqui, elas são guardadas num “baú”, à espera de futuras investigações; e sobre este baú, como a identificá-lo em função do conteúdo, gravam-se as seguintes palavras: “idéia de nacionalidade”. O conteúdo desta ‘idéia’, já foi dito, não pode ser investigado neste trabalho: aqui, precisamente, está seu limite. Todavia, isto não induz a supor inexistente tal conteúdo. Toma-se aqui o estado – não como ‘ente’, como pessoa, mas como síntese de toda uma ordem jurídica, como a mais alta objetivação da organização humana; toma-se aqui o sujeito – o ente, o indivíduo, a mais radical subjetivação da idéia de direito; entre estes dois extremos, entre o absolutamente objetivo e o absolutamente subjetivo, o vínculo que os faz reciprocamente referíveis e sem o qual aqueles dois ‘momentos’ da ‘idéia de direito’ não fazem sentido. Este vínculo não se impõe apenas como idéia puramente abstrata; impõe-se também, e necessariamente, a partir da realidade histórica, da confluência de forças, interesses e princípios. A noção do que seja um povo não é estritamente jurídica – ainda que o direito deva, em tese, traduzi-la. Há, sem dúvida, outros fatores – culturais, étnicos, religiosos – determinantes desta noção. Tudo isto, todas estas contingências históricas, são a substância deste vínculo entre aqueles dois elementos extremos – o direito objetivo e o sujeito. É natural que o próprio direito, onde este vínculo se perfaz, recorra a múltiplos meios de fazê-lo.

O fato é que este vínculo – ou melhor: a ‘idéia de nacionalidade’, a que remonta – assinala, por assim dizer, um ‘força vetorial’. E é inevitável que este trabalho tenha chegado a tal conclusão. Ao evitar – com justificável prudência – a investigação das contingências históricas e dos aportes axiológicos e teleológicos que servem de substrato àquela ‘idéia’, esta dissertação deve traduzi-la de um modo puramente abstrato – de forma que ela possa ser adotada como uma premissa abstrata a que remontam as considerações jurídicas aqui tecidas, e que ao mesmo tempo permita a esta investigação relegar toda a realidade que propositalmente acoberta. Portanto, ao traduzir o vínculo entre o estado e a pessoa, entre a pura objetividade do direito e a pura subjetividade do ente, esta dissertação não pode senão recorrer a uma figuração abstrata e rigorosamente geométrica: daí a referência a uma ‘força vetorial’. Esta força, basicamente, é isto: a ação de vetores concêntricos, a consideração de que os sujeitos confluem para uma idéia comum – e o conseqüente reconhecimento de que a nação não é senão o resultado desta confluência.

Nisto consiste, neste trabalho, a essência do vínculo entre a nação e o sujeito: a assimilação deste último a um vetor que aponta ao núcleo irreduzível a partir de que se projeta toda a realidade da nação. Trata-se de um conceito vazio, decerto; mas útil a um discurso que se propõe justamente a tratar das formas como este vínculo alcança as corporações. Quanto a estas, os preceitos e repercussões ligados à idéia de nacionalidade têm por suporte sua existência, como já dito; neste sentido, têm como pressuposto lógico sua condição de sujeito; e baseiam-se na premissa de que a existência deste sujeito – no contexto considerado – convirja à da nação. A isto liga-se toda a discriminação que, a partir dos preceitos e repercussões ligadas à idéia de nacionalidade, atingem a corporação – para o “bem” ou para o “mal”.

Tudo isto é evidente. Toda a ação estatal ligada à idéia de nacionalidade tem uma realidade ostensiva, “legal”, e esta dissertação não teve senão o trabalho de agrupar vários de seus exemplos. Mas vale ressaltar: no contexto da atuação das corporações, esta ‘ação estatal’ não é senão um aspecto a ser considerado – e se esta dissertação se limitasse a examiná-lo, estaria assumindo uma perspectiva unilateral. Esta perspectiva parte da premissa de que a relação entre as nações e as corporações tem sentido único: as primeiras submetem juridicamente as segundas; estas são apenas a realidade concreta sobre que incidem as normas jurídicas e aquelas, a síntese destas normas. Neste sentido, as corporações seriam apenas conjuntos de fatos, eventos da realidade histórica, contingências; e as nações, a força jurígena que apanha sua existência concreta, conformando-a segundo os interesses nacionais. Esta perspectiva, portanto, compreende o confronto entre nações e corporações, entre o poder soberano dos estados e o poder econômico das empresas, como uma espécie de “caçada”, em que estas são as presas. Por isto, como dito, é uma perspectiva unilateral, que retrata esse ‘confronto’ (e este capítulo, afinal, pretende justamente isto: retratá-lo) de forma incompleta.

## **4.2 As corporações.**

Como dito, se a análise do contexto investigado – contexto em que a existência das corporações é confrontada com a atuação dos estados, à luz da idéia de nacionalidade – fosse limitada a considerar o poder soberano destes últimos como força

conformadora da realidade econômica em que se inserem aquelas, então esta análise seria incompleta. Neste contexto há uma polaridade; e assim como é considerada a ação do poder soberano dos estados sobre as corporações, deve ser vista, também, a ação destas diante daquele poder. Esta ação, sem dúvida, remonta ao poder econômico destas corporações; contudo, pode projetar-se – e parece indubitável que se projete – também como fenômeno jurídico. Esta possibilidade, enfim, deve ser investigada: precisamente no plano jurídico será cogitado o confronto entre as duas forças opostas.

Entretanto, antes que se aborde a dinâmica deste confronto, é preciso esclarecer as partes envolvidas, as forças contrapostas. Tal esclarecimento, claro, leva em conta o contexto em que essas são consideradas; e insere-as, assim, na cena jurídica e econômica internacional. Na seção anterior, a investigação repousou sobre as nações; agora, volta-se às corporações; afinal, enfocará o confronto.

O termo ‘corporação’, no contexto deste trabalho, remonta à noção de sujeito: à individualidade, à unidade elementar e irreduzível, ao momento abstrato da pura subjetividade. Considera-se aqui o universo das atividades econômicas, cuja realidade se perfaz na produção e distribuição de riquezas<sup>274</sup>. O conhecimento desta realidade remonta a duas abstrações de conteúdos polares: a pura objetividade, ou seja, a compreensão global de sua manifestação infinita; e a pura subjetividade, ou seja, a compreensão do sujeito como ser atuante, a que remontam os fenômenos cujo conjunto perfaz aquela manifestação. Estes dois momentos são necessários àquele conhecimento: nem faz sentido compreender uma dada realidade sem considerar o sujeito capaz de agir e assim determiná-la; nem tampouco conceber este sujeito sem considerar a realidade em que atua. A compreensão da relação necessária entre ambos é o que possibilita o conhecimento da ‘idéia’ que os expressa: “estes dois momentos são apenas abstrações; o que é concreto e verdadeiro (tudo o que é verdadeiro é concreto) são o universal que tem no particular o seu oposto, mas num particular que, graças à reflexão que em si mesmo faz, está em concordância com o universal. A respectiva unidade é a individualidade, não na sua imediatez como unidade (tal a individualidade na representação), mas como o seu mesmo conceito” (HEGEL, 1976, p. 31).

---

<sup>274</sup> ROSSETTI, 1978, p. 56.

Diante disso, a noção de ‘corporação’ como ‘sujeito’ é necessariamente referível à realidade em que se cogita de sua ‘atuação’: a realidade econômica. Se esta realidade se perfaz na produção e distribuição de riquezas, a ‘corporação’ é o que as produz e distribui. A ‘corporação’, no sentido empregado nesta dissertação, é o sujeito cuja atuação determina aquela realidade e, neste sentido, a individualidade, a unidade, o ente a que podem ser atribuídos os fenômenos que a perfazem<sup>275</sup>.

Esta acepção do termo ‘corporação’ – ao mesmo tempo ampla e abstrata – talvez não seja muito corrente. No Brasil, seu emprego é restrito; como esclarece Miranda Valverde (1953, p. 63), bem mais comum é o termo ‘companhia’, perfeito equivalente de ‘sociedade anônima’. Na literatura de língua inglesa, entretanto, sua utilização é mais freqüente. Juridicamente, designa a sociedade comercial ou, mais rigorosamente, o ente jurídico voltado às atividades econômicas<sup>276</sup>; entretanto, o termo tem raízes históricas profundas, assinalando uma espécie de ‘paralelo’ com a figura ‘latina’ da companhia (HODGSON, 2002). De todo modo, pode-se supor que a acepção do termo varia, conforme seja jurídica ou econômica; e que, neste caso, seria preciso esclarecer com rigor desde que perspectiva – jurídica ou econômica – esta dissertação o emprega.

Esta variação semântica, entretanto, não interessa a esta dissertação. Não que se negue, aqui, a possibilidade de tal variação; entretanto, impõe-se a necessidade de superar esta distinção, justamente porque se cogita, a esta altura da dissertação, do confronto entre a nação e a corporação – confronto que opõe o poder jurídico daquela ao poder econômico desta, e que se

---

<sup>275</sup> Assim como o termo pessoa expressa o momento da mais alta subjetivação da idéia de direito, o termo corporação, analogamente, designa o sujeito das atividades econômicas – sujeito que pode assumir um aspecto monstruoso, como as chamadas corporações transnacionais, tanto quanto o aspecto singelo de uma pequena empresa. A palavra ‘corporação’ tem aqui, portanto, sentido próximo ao de ‘empresa’ – precisamente no contexto da chamada ‘teoria da empresa’ que, já em fins do século XIX, revoluciona o direito comercial (BUGARELLI, 1985, p. 3); próximo, mas não idêntico, já que a palavra ‘empresa’ tem sentido ainda mais amplo, na medida em que não se restringe a designar os atores comerciais, abarcando a própria atividade em si, sem pressupor sua subjetivação (BUGARELLI, 1985, p. 19). O termo ‘corporação’, portanto, assume nesta dissertação (como, aliás, já se notou) o sentido de sujeito econômico: é a própria expressão da subjetividade no contexto das atividades econômicas. Por isto, o poder econômico de que se cogita no texto remonta às corporações, justamente porque a noção de poder remonta a um determinado sujeito que o exerça. Neste sentido, o próprio estado pode assumir a forma de uma corporação, justamente quanto atua como agente comercial e econômico – consideração que traz à tona, aliás, o papel ativo desempenhado pelos estados no mercado financeiro, através dos chamados “fundos soberanos”, fazendo-os conquistar posições de comando em algumas das mais importantes corporações do mundo.

<sup>276</sup> Neste sentido, o Glossário de Termos Tributários da OECD (2008): “In technical terms, it means a legal entity generally chartered by a relevant government and separate and distinct from the persons who own it. However it is now commonly used as another way of referring to a company”.

traduz tanto em oposição (jurídica) ao poder da primeira, quanto em condicionamentos (econômicos) à existência da segunda.

A distinção teórica entre poder econômico e jurídico, portanto, é o próprio cerne da questão levantada. E o fato de que os fenômenos ligados a cada um destes poderes se toquem, se imbriquem e mesmo se confundam na realidade, a premissa de que se deve partir. Claro: a realidade é única e indistinta; o universo (e todo espaço e todo o tempo) é um só ‘objeto’ que se põe diante da consciência; discerni-lo em vários ‘universos’ é uma arbitrariedade do conhecimento humano, que se justifica mas que evidentemente não o decompõe em realidades diversas. Poder econômico e poder jurídico, portanto, são uma só “coisa”: poder. E o exercício do poder, então, é a relação desta realidade – o poder – a um sujeito, a quem sua expressão fenomênica remonta. O poder é uma realidade e sua expressão está ligada a uma instância subjetiva, a uma individualidade, a algo único e distinto diante de tudo o mais: o conhecimento de uma realidade, repete-se, é a compreensão da relação necessária entre sua manifestação total e o sujeito, a que tal manifestação remonta. Sem este sujeito não há tal compreensão: o conhecimento que projeta a realidade como puro fenômeno, como o mero ‘estar-aí’, não compreende suas determinações, não a discerne em causas e efeitos (a ‘causa’, afinal, é a particularidade que determina o efeito, também ele particular, ainda que ilimitado), não a submete ao raciocínio lógico; um tal conhecimento, enfim, é impossível, pois também a consciência que “conhece” é sujeito e, já aí, os dois momentos abstratos daquela ‘relação necessária’ se manifestam.

Portanto, se a realidade que aqui se investiga é o confronto entre as nações e as corporações, o sentido que aqui se dá a este último termo supõe o daquele outro, e sua determinação só é possível no contexto da relação entre ambos. Portanto, a primeira e fundamental determinação do termo ‘corporação’ é aquela que o opõe àquele outro: diante da nação, a corporação é o ser distinto, absolutamente diverso – o outro. Obviamente, dizê-lo não basta: tudo pode estar numa relação de alteridade com aquele termo, dependendo da perspectiva sob a qual é visto: se a nação é a ordem jurídica abstrata, o ‘outro’ é a realidade factual concreta; se a nação é o monopólio do uso da força, o ‘outro’ são os homens sobre quem esta é exercida; se a nação é o Brasil, ou a Argentina, o ‘outro’ é o resto do mundo. Ou seja: deve-se partir desta ‘relação de alteridade’ para que o sentido daquele termo – ‘corporação’ – seja determinado; mas

tal determinação só se realiza ao referir este termo à realidade que o distingue e contém – a realidade econômica.

Nesta dissertação tomou-se o cuidado de caracterizar esta ‘realidade econômica’ como o conjunto de atividades de produção e distribuição de riquezas. Tudo se remete, nesta definição, a este termo: riquezas; este, por sua vez, reveste-se de uma tal generalidade, carrega um sentido tão vasto e profundo, que seria no mínimo presunçoso defini-lo – tanto quanto seria definir o termo ‘economia’. Mais prudente, aqui, é seguir a “via comum do pensamento”, como certa vez disse Carnelutti (1962, p. 5); e referir-se ao termo ‘riquezas’ como a uma noção pressuposta, cujo sentido é compartilhado por todos. Não há, crê-se, problema nisto: o conjunto das atividades econômicas perfaz uma realidade evidente – ainda que, obviamente, cada um tenha uma visão particular deste objeto e seus contornos, assim, sejam imprecisos. Além disso, a realidade econômica é traduzida para o vernáculo jurídico em noções que, diante da perspectiva deste trabalho, tornam seus elementos mais claros – ou melhor, tornam sua designação menos equívoca. Claro: se não houvesse a assimilação de diversas manifestações da atividade econômica a categorias jurídicas, pouco ou nada restaria, p. ex., do que se chama de direito privado. A linguagem jurídica fixa o sentido de termos com que enquadra a realidade; portanto, é um meio útil a que a investigação possa tocá-la, na medida em que a efetividade daquele ‘enquadramento’ é tanto maior quanto é rígida a designação da realidade enquadrada. Pela lente do direito, portanto, o vasto universo econômico traduz-se em elementos mais concretos – e, a partir de termos como ‘propriedade’ ou ‘contrato’, p. ex., pode-se falar de ‘mercadorias’ ou ‘capitais’<sup>277</sup>.

Volte-se, porém, ao que se dizia acima. A princípio, o sentido do termo ‘corporação’ é extraído da consideração de seu ‘outro’ – a ‘nação’ – no contexto preciso desta relação com a alteridade. Mas tal consideração não basta: esta relação sempre se projeta em certo aspecto da realidade que deve ser considerado. Este aspecto, finalmente, é o contexto das atividades econômicas, em que a corporação corresponde ao sujeito que aí *atua*. Esta investigação sobre as ‘corporações’, portanto, deve seguir três passos: primeiro, extrair da nação seu ‘outro’; depois, fixar a realidade em que se projeta esta alteridade; finalmente, encontrar nesta realidade o sujeito a cuja atuação ela responde.

---

<sup>277</sup> Como se vê, esta dissertação debate-se diante da missão de relacionar o fenômeno jurídico ao econômico, ou vice-versa; e ao tentar esclarecer tal relação, não faz senão exercícios de linguagem.

Se a corporação é considerada no contexto de sua relação com a alteridade, e se esta ‘relação’ se expressa na oposição daquele conceito ao de ‘nação’, há que se fixar o *plano* em que esta oposição se expressa – pois, como dito, tudo pode ser visto, em relação a cada um daqueles conceitos, como o seu ‘outro’. Este ‘plano’, aqui, é o jurídico: a nação e a corporação são vistas como elementos referíveis ao ‘direito’; e são, no contexto mesmo desta referibilidade, relacionadas uma à outra. Neste plano, como dito ao fim da seção anterior, aquela ‘oposição’ assume contornos mais nítidos caso o ‘direito’ seja suposto como ‘estatal’: nesta hipótese, remonta à nação todo o poder jurídico (ou jurígeno: de criar o direito), sendo a corporação um mero dado da realidade sobre a qual o direito atua. Todavia, ainda neste ‘plano jurídico’, pode-se cogitar da existência de um ‘direito não estatal’ – seja porque vincule e submeta as próprias nações, seja porque exista além, ou apesar, delas. Aqui, aquela ‘oposição’ se obscurece: se ali se podia distinguir o ente que exerce o poder jurídico (nação) daquele que é submetido a este poder (corporação), aqui tal distinção se turva: o poder jurídico da nação é arrostado por um outro poder, igualmente jurídico, que lhe resiste; e se é dito que ele remonta às corporações, é exatamente porque lhes serve de escudo (ou de arma).

Por outro lado, se a corporação é considerada no contexto da realidade onde atua – ou melhor, realidade cuja compreensão pressupõe este ‘atuar’ e, portanto, a consideração do sujeito que ‘atua’ – deve-se ter em mente o universo econômico: o conjunto das atividades de produção e distribuição de riquezas. Este universo, como dito, não deve ser aqui submetido a definições; ele deve ser visto como realidade dada e, portanto, como objeto de um conhecimento pressuposto. Isto por duas razões: primeiro, porque seria presunçoso defini-lo, tanto quanto arbitrário eleger alguma definição já existente; segundo, porque é desnecessário fazê-lo, pois o que interessa, aqui, é extrair da dinâmica própria deste universo uma hipótese: a de que se pode estabelecer uma noção de ‘poder’ que tenha aí sua origem e que atue não apenas no interior deste universo (como o poder de cada corporação), mas que a partir dele se expanda sobre outros espaços da realidade (como o poder de todas elas); e esta ‘noção’ é puramente abstrata: é pura decorrência lógica da própria realidade econômica que, se tem contornos imprecisos, tem também existência inegável<sup>278</sup>. Mal comparando, se aqui se investigasse os oceanos, interessaria

<sup>278</sup> A noção de poder econômico supõe, em última análise, a de corporação – assim como a de poder jurídico supõe a de pessoa. A diferença é que, quanto à relação entre estas últimas, cogita-se da soberania – e tanto da coexistência possível de soberanias diversas como, e por consequência, da coexistência de poderes jurídicos irreduzíveis a um só poder. Note-se bem: “cogita-se”. Porque Kelsen (1974, p. 437-457), p. ex., mesmo diante da coexistência de soberanias, sugere um “monismo de primado internacional” – ou seja, a visão de que cada estado herda sua soberania

os movimentos das águas e suas influências sobre a terra, mas não o preciso contorno de suas bordas – até porque este contorno é necessariamente impreciso.

A metáfora – um tanto insólita – é ilustrativa: assim como os oceanos, a realidade econômica assume um movimento próprio, que não se contém nos limites espaciais de um estado e, portanto, nunca é inteiramente submisso à sua soberania; assim como os oceanos, esta realidade repercute poderosamente sobre as nações; e assim como os oceanos, enfim, a realidade econômica submete-se à ação de agentes com que as nações não podem confrontar-se em condições de igualdade. Em suma: à ação múltipla e muitas vezes desajustada dos estados opõe-se a ‘realidade una’ da economia mundial – à realidade fragmentária das nações opõe-se o fenômeno econômico global<sup>279</sup>.

Entretanto, é inevitável admitir que este fenômeno tem, por assim dizer, um aspecto subjetivo. Melhor dizendo: é lógico presumir que sua manifestação é submetida à ação de agentes, que detêm o poder de conformá-la. Este ‘poder’ é a noção que aqui se pretende buscar; e esta noção, está claro, supõe a referência a um sujeito a que remonta o exercício deste poder. Em suma, dá-se aqui o último daqueles ‘três passos’: primeiro, ao supor o conceito de nação, revelar o universo que absolutamente não corresponde a ele; em seguida, delimitar neste universo a realidade aqui considerada – a realidade econômica; finalmente, descobrir nesta realidade a ação subjetiva que a determina. A esta ‘ação subjetiva’ liga-se o poder econômico – pois, enquanto poder<sup>280</sup>, supõe um sujeito que o exerce. Este sujeito deve ser considerado no interior do universo econômico como elemento determinante; e, no universo jurídico, deve ser considerado como elemento influente e relevante. Assim, como uma individualidade capaz de exercer ‘poder’, a este sujeito se pode atribuir “vontade” – ou, para talvez mitigar a personificação indesejada, a “capacidade de decidir”. Esta individualidade – o ente, o ator, o sujeito – é a corporação.

---

da ordem jurídica supraestatal.

<sup>279</sup> “With national economies more open than ever, countries have less ability to pursue independent economic policies as firms operate increasingly without regard to domestic borders. Nations now seem to have lost control of a large part of their economic destiny to the global ‘bulldozer’ that is intent on building a new world order on the ruins of once powerfull national economies” (DRACHE, 1997, p. 31).

<sup>280</sup> A palavra ‘poder’, morfológicamente, corresponde a um verbo no infinitivo. Heidegger (1969, p.122) observou (em relação à palavra “ser” – o que em nada prejudica, naturalmente, a pertinência desta observação no presente contexto) que esta forma verbal se “substantiva”, de modo que se pode empregá-la, p. ex., precedida de um artigo – o poder. De toda forma, como ‘verbo’, o termo supõe – sintaticamente – o sujeito.

Mas aqui, então, está o problema principal: se o exercício do poder pressupõe “vontade”, ou capacidade de decisão, então supõe o homem? A corporação é um ente econômico e, possivelmente, jurídico; neste sentido, é pessoa; contudo, por mais que se defenda a ‘realidade’ de sua existência, ninguém suporá que tem a corporação consciência. E, se o exercício do poder supõe capacidade de decisão, então pressupõe a consciência como a instância em que a decisão é possível. Tais considerações, que parecem evidentes, são todavia inúteis: não é preciso demonstrar que a corporação, como sujeito capaz de exercer poder econômico, faça-o na forma de atuação humana – tanto quanto seria desnecessário dizer que não há corporação sem homens. Evidentemente, a ação humana é sempre um dado a considerar quando se cogita da atuação das corporações. Mas esta atuação não é simplesmente a ‘ação humana’: é a confluência contínua das várias ações a si relacionadas e, neste sentido, é o próprio “sistema” que processa essas ações numa atuação única<sup>281</sup>.

Entretanto, o exercício do poder é expressão desta atuação; diante dele, a ação de cada um dos diversos homens por trás da corporação não é senão um dado remoto. Mais ainda: quanto maior é este poder, menor tende a ser relevância de cada ação humana individualmente considerada, já que a atuação da corporação passa a responder aos interesses de um número cada vez maior de homens. Obviamente, não se nega aqui a possibilidade de concentração de poder; muito pelo contrário, já foi notado que isto é não apenas possível, mas um traço particularmente relevante das grandes corporações (GALBRAITH, 1984). Entretanto, algo é inegável: quanto maior for a corporação, ou maior o seu poder, mais interesses estarão ligados à sua existência e mais ações humanas, reflexas destes interesses, confluem a determinar sua atuação. Entre estes interesses, claro, estão os dos controladores, dos administradores e dos investidores; mas não só: também os dos trabalhadores, dos credores, dos devedores, dos fornecedores, dos consumidores, etc. A corporação é o “sistema” a que todos estes interesses, e todas as correspondentes ações humanas, se voltam – e que resta por “processá-los” como forma de consolidar-se. A geometria peculiar da organização corporativa plasma-se num imenso sistema de interesses concêntricos, que continuamente acentuam seu poder e tornam-na cada vez

---

<sup>281</sup> É válido, neste sentido, ressaltar a noção de “homem componente”, trazida pela Professora Márcia Carla Pereira Ribeiro (2000, p. 25), para designar aquele “integrante de um grupo cujos interesses podem sobrepujar as aspirações individuais”. Verdade que, contexto da obra citada, a noção, que depois determinará a de “sujeito-componente”, vem referida à de “Estado” e “coletividade” (2000, p. 33-35); de todo modo, ela reflete esta mesma assimilação dos interesses individuais ao interesse de uma coletividade e é, neste sentido, bastante expressiva.

mais capaz de reunir mais interesses à sua volta. (Não por acaso, recorre-se aqui à mesma ‘figura geométrica’ utilizada na seção anterior, quando eram abordadas as nações.)

Por isto foi dito, antes, que o poder econômico é noção que pode ser depreendida a despeito da definição de ‘universo econômico’ – mas simplesmente a partir da suposição da realidade inegável deste ‘universo’. Se este existe, se ele tem realidade, há entes – atores, sujeitos – cuja atuação o determina; e se há estes entes, é inevitável lhes atribuir ‘poder’ – já que sua atuação, por si só, o pressupõe. Finalmente, se estes entes são as corporações, cuja existência se plasma na confluência dos interesses a ela ligados, pode-se concluir que, quanto mais interesses reúnem à sua volta, mais poder detêm: a corporação é a própria ‘idéia’<sup>282</sup> que permite esta confluência, a própria geometria que permite aos mais díspares vetores atuarem concêntricamente. Tudo isto, enfim, depreende-se de uma só premissa empírica: a de que existe a realidade econômica. Se ela existe, o poder – e a possibilidade de sua concentração irrefreável – são mais do que evidências factuais: são decorrências lógicas.

Este poder, que continuamente se concentra e se acentua, não tem limites pré-fixados – ao menos quando é considerada sua expressão apenas no âmbito econômico. A livre concorrência afasta toda a possibilidade de que os limites deste poder sejam estáveis: tudo se traduz em disputa de mercados; e esta disputa, em termos rigorosamente econômicos (ou comerciais), pode tanto resolver-se no equilíbrio dinâmico da ótima concorrência, quanto na dominação monopolística. Os efetivos limites à manifestação do poder econômico, estes sim ‘pré-fixados’, são jurídicos: e estes existem justamente para evitar a possibilidade de uma concentração excessiva ou total de mercados em poder das corporações. Mas tais limites têm, por sua vez, seus próprios ‘limites’: as normas repressivas, tanto quanto as instâncias responsáveis por aplicar seus comandos, têm em geral alcance nacional e, excepcionalmente, regional; já o poder econômico, cuja concentração não encontra senão limites jurídicos, tende a projetar-se de forma global. Razão por que, novamente, volta-se à mesma conclusão: ao fenômeno fragmentário das ordens jurídicas nacionais (e mesmo daquelas de abrangência regional) opõe-se o poder econômico como fenômeno global<sup>283</sup>. Este poder – e este fenômeno – é personificado nas grandes

<sup>282</sup> O termo é empregado, nesta frase, no sentido proposto por Hauriou (1968, p. 41).

<sup>283</sup> Habermas (2001, p. 79) observa que “[a]s markets drive out politics, the nation-state increasingly loses its capacities to raise taxes and stimulate growth, and with the ability to secure the essential foundations of its own legitimacy”; depois acrescenta (2001, p. 81): “the foregoing analysis suggests the transnational task of bringing economic networks under politic control, as an alternative to futile adaptations to the imperatives of locational

corporações que, agindo segundo contingências peculiares, expandem suas atividades em nível rigorosamente global (sopesando, neste sentido, inúmeras variáveis<sup>284</sup>) – pois sua existência, que sem dúvida se perfaz na realidade concreta de suas múltiplas manifestações, remonta a um núcleo puramente abstrato, a uma estrutura organizacional utópica (sem lugar), a um “sistema autônomo” cujo sentido é simplesmente acentuar a concentração de poder.

Este poder, insiste-se, não é referível a qualquer lugar determinado. Tampouco é referível, então, a um estado. O direito estatal não atinge senão algumas das manifestações deste poder; todavia, ao atingi-las não confronta aquele poder, já que não é capaz de regulá-lo completamente e, pior, de atingir o núcleo a que o exercício deste poder remonta. Exagerando um pouco esta assimetria, a ação dos estados diante dos protagonistas deste comércio global corresponde às chibatas de Xerxes, que queria punir o mar por ter engolido suas naus<sup>285</sup>.

Ao “poder político” dos estados as corporações confrontam seu “poder econômico”; mas, como dito antes, toda a realidade não é senão uma, e todo o poder nela exercido é simplesmente ‘poder’: os adjetivos são desnecessários. O poder das corporações arrosta o dos estados – e um e outro confrontam-se na realidade, sem que se possa dizer qual prevalece. As corporações, como protagonistas da realidade econômica global com a qual as nações já não podem confrontar-se, assinalam uma nova instância de poder social. Nova e insubmissa – portanto, “soberana”. Soberania, em verdade, é o termo cujo sentido, diante deste contexto, mais se obscurece: se soberano é o poder insubmisso numa dada extensão de espaço e tempo, então a própria a coexistência daqueles dois poderes confrontantes afasta a possibilidade de que o termo seja utilizado sob tal acepção – a menos que se adote uma perspectiva dualista, segundo a qual é possível a coexistência de soberanias distintas, ainda que seja insuperável o conflito entre os respectivos comandos (KELSEN, 1974, p. 443). De todo modo, em qualquer destas hipóteses se reconhece a insubmissão do poder econômico ao estatal; e, neste sentido, tão importante quanto reconhecê-lo é investigar as regras que presidem o exercício daquele poder. Neste sentido, a observação de Berle e Means (1987, p. 278):

---

competition”.

<sup>284</sup> Quanto aos diversos aspectos a influenciar a alocação de investimentos, o famoso ensaio de Jonh Dunning (1999).

<sup>285</sup> Conforme o relato de Marcel Proust (1971, p. 34): “Haverá nada mais poético do que Xerxes, filho de Dario, mandando chibatear o mar que engolira o seus navios?”.

Segundo uma visão mais ampla ainda, a moderna sociedade anônima pode ser considerada não apenas como uma forma de organização social, mas, potencialmente (senão efetivamente), como a instituição dominante do mundo moderno. A máxima concentração de poder sempre se baseou no interesse dominante em cada época. Cada um em seu devido tempo, os homens poderosos lutaram para ser cardeal ou papa, príncipe ou ministro, presidente de banco ou sócio da House of Morgan. Durante a Idade Média, a Igreja, exercendo poder espiritual, dominou a Europa e unificou-a numa época em que tanto o poder político quanto o poder econômico estavam dispersos. Com o surgimento do Estado moderno, o poder político, concentrado em poucas unidades grandes, desafiou o poder espiritual enquanto elo mais forte da sociedade humana. O Estado saiu vitorioso da longa luta com a Igreja e a política nacionalista substituiu a religião como a base da principal organização unificadora do mundo ocidental. O poder econômico ainda estava disperso.

O surgimento da moderna sociedade anônima efetivou uma concentração de poder econômico que pode competir em pé de igualdade com o Estado moderno – poder econômico versus poder político, cada um forte em seu setor. O Estado procura, de certo modo, regulamentar a sociedade anônima, enquanto esta, que se torna rapidamente mais poderosa, faz todo o possível para impedir essa regulamentação. No tocante a seus próprios interesses, procura até mesmo dominar o Estado. O futuro talvez veja o organismo econômico, agora simbolizado pela sociedade anônima, não só em pé de igualdade com o Estado, mas possivelmente suplantando-o enquanto forma dominante de organização social. A lei da sociedade anônima, portanto, bem pode ser considerada como uma lei constitucional em potencial para o novo Estado econômico, enquanto a atividade empresarial cada vez mais assume o aspecto de política econômica.

Diante do poder das corporações, não apenas a idéia de nacionalidade perde sentido; a própria soberania estatal, donde aquela idéia se projeta, torna-se uma noção problemática. As corporações confrontam as nações, o poder de umas arrosta o de outras, e neste contexto a idéia de nacionalidade se projeta. Neste contexto, em que aquele poder é insujeito à ação estatal, esta idéia torna-se problemática; mas é aí, paradoxalmente, que as manifestações a ela ligadas revelem talvez toda sua importância.

### **4.3 O confronto.**

A relação entre nações e corporações – que neste trabalho é abordada à luz da idéia de nacionalidade – pode ser descrita em função da polaridade entre o poder jurídico e o

poder econômico. De fato, tal descrição justifica-se: as nações, do alto de sua soberania, produzem o direito que rege as corporações e que as trata como dados da realidade concreta, sobre que as normas jurídicas incidem; e as corporações, protagonistas de um sistema econômico onipresente, reagem à ação estatal ao lhe oporem uma resistência que se nutre da importância e da magnitude daquele sistema. As nações, “armadas” com suas leis, submetem as corporações; e estas, sob o arnês de seu poderio econômico, resistem às ingerências daquelas.

A questão que se erige, aqui, é a seguinte: o ‘poder econômico’ traduz-se em poder jurídico? As corporações são apenas alvos da incidência de normas jurídicas, ou elas têm o poder de não apenas resistir ao direito estatal, mas o de produzir – ou de suscitar a produção – de um direito de matriz diversa? Enfim, tal poder econômico pode criar *uma* ‘realidade jurídica’ que confronta ou complementa ou afasta aquela de origem estatal – e que compõe *a* realidade jurídica?

Estas questões são difícilísimas – não só porque é vaga a linha divisória entre poder econômico e jurídico, mas sobretudo porque é extremamente problemático depreender, a partir da realidade jurídica, a causa que a determina. Tais dificuldades, entretanto, não afastam a necessidade de enfrentá-las. Se aqui se investiga o contexto em que a idéia de nacionalidade se projeta, e se este contexto caracteriza-se pelo confronto entre as nações e as corporações, então a hipótese de que haja um poder jurídico<sup>286</sup> atribuído a estas últimas não pode ser ignorada. Esta hipótese supõe a possibilidade de um ‘direito não estatal’ – ou melhor, um direito cuja criação não decorra do exercício da soberania do estado, ainda que a pressuponha ou tolere. E deve ser considerada justamente porque ela plasma a oposição à ação estatal: se aqui se considera o contexto em que a idéia de nacionalidade se projeta, esta consideração deve levar em conta não apenas a ‘força’ que permite a esta ‘idéia’ realizar-se, mas também a ‘contra-força’ que resiste a tal realização. Se este contexto caracteriza-se pelo confronto de forças opostas, ambas devem ser examinadas.

Entretanto, a questão é tormentosa: não se trata apenas de considerar uma ‘força’ oposta à do estado; trata-se, fundamentalmente, de caracterizá-la como ‘jurídica’. Se o confronto aqui examinado polariza o poder jurídico das nações e o poder econômico das

<sup>286</sup> Hesitou-se entre o termo utilizado e ‘jurígeno’: o poder de ‘criar’ o direito. Mas se concluiu que o verbo – “criar” – restringe, nesta oração, o objeto – “direito” – e que, portanto, o adjetivo – “jurídico” – tem sentido mais amplo que aquele outro – “jurígeno”.

corporações, resta investigar se este poder econômico é capaz de assumir expressão jurídica<sup>287</sup>. Donde toda a dificuldade da questão: é preciso definir os contornos do ‘jurídico’ e discernir entre o que é e não é ‘direito’. Obviamente, esta dissertação não pretende dar uma resposta a tal questão – ou seja, não pretende responder “o que é direito”. Na verdade, pretende o contrário: situar no amplo espaço das possíveis respostas toda esta problemática; e então considerar o ‘poder’ das corporações diante dos estados.

Na medida em que se supõe o direito como um fenômeno imperativo, capaz de realizar seus comandos independentemente da vontade daqueles a quem se dirige, supõe-se um ‘poder’ que explica esta imperatividade<sup>288</sup>. Pode-se cogitar dos fatores contingentes que determinam a expressão concreta deste poder em dadas circunstâncias; mas, ao tomá-lo em termos puramente abstratos, este poder é sempre a resultante das relações internas de uma sociedade e, neste sentido, a expressão necessária da totalidade de fatores que nesta sociedade o engendram: “porque el derecho, la realidad, ‘derecho’ – no las ideas de él, del filósofo, jurista o demagogo – es, si se me tolera la expresión barroca, secreción espontánea de la sociedad, y no puede ser otra cosa” (ORTEGA Y GASSET, 1942, p. 14).

Obviamente, esta visão do direito como “secreção espontânea da sociedade” remete ao contexto teórico de que o autor citado, e seu texto, são caudatários. Este contexto caracteriza-se pela abordagem ‘científica’ com que os mais diversos objetos do conhecimento

---

<sup>287</sup> Quando se cogita da hipótese de que este ‘poder econômico’ assuma expressão jurídica, não se refere à possibilidade de que tal ‘poder’ tenha ingerência sobre o estado. Esta ingerência – de que não se duvida, absolutamente – resulta, de todo modo, em ações estatais; portanto, está na órbita do poder ligado à soberania dos estados. É óbvio que essas ações refletirão as contingências a que estará sujeito um dado estado e, nesta medida, as ingerências do poder econômico das corporações, do poder moral das igrejas, do poder extorsivo das organizações criminosas, etc. Ainda assim, tudo isto conflui na atuação estatal e expressa, portanto, o exercício de sua soberania.

<sup>288</sup> Quando, na seção anterior, foi dito que a noção de ‘poder econômico’ defluiu, logicamente, da premissa de que existe a ‘realidade econômica’, usou-se outra forma de realizar esta mesma operação lógica, qual seja, a de supor a existência do ‘poder’ – econômico ali, jurídico aqui. Ali se disse: há a realidade econômica, há sujeitos cuja atuação perfaz tal realidade e, logo, estes têm poder. Aqui se diz: o direito impera, logo, tem poder. Por que esta diferença? Muito simples: ali o poder era remetido a uma “instância subjetiva”, a corporação; aqui, remonta a uma “instância objetiva”, o direito. Em ambos os casos, o ‘poder’ é simplesmente a capacidade de influir na realidade: no primeiro, mediante a atuação do sujeito – a corporação; no segundo, diante da existência mesma do fenômeno – o direito. A questão que resta, agora, é saber a quem, ou a quê, remonta este poder jurídico. Na seção anterior, quando se cogitava do ‘poder econômico’, concluiu-se que este remonta às corporações (inclusive àquelas controladas pelos estados); nesta seção, em que se cogita do ‘sujeito’ a que remonta o poder jurídico, a questão é bem mais complexa: ao contrário do que ali ocorrera, quando a noção de poder econômico foi alcançada a despeito da definição de realidade econômica, aqui a noção de poder jurídico pressupõe a definição de ‘realidade jurídica’ (já que aqui não é possível afirmar que o conhecimento deste ‘objeto’ seja pressuposto); e justamente porque há várias “formas” de defini-la (ou de tentá-lo), há também várias maneiras de apontar o ‘sujeito’ a que remonta o poder de criá-la e sustê-la.

humano passam a ser tratados. Habermas (2000, p. 122) explica que no transcurso do século XIX as ‘ciências’ tornam-se autônomas, desenvolvendo-se a partir de um sistema peculiar que abrangia técnicas, discursos e abordagens próprias. Não havia mais sua submissão às premissas epistemológicas estabelecidas pela filosofia; as ciências, a arte e a moral extraem de si mesmas os padrões aos quais se conformam, tornando-se assim esferas independentes no universo da cultura humana. Antigamente, a religião sobrepairava sobre tais esferas, unindo-as sob seu ‘selo inviolável’. O racionalismo ocidental afastou a religião deste posto e, entretanto, não conseguiu substituir-se a ela como poder unificador.

Libertas do jugo de um tal ‘poder’ superior, as ciências não só desenvolveram abordagens próprias da realidade como influenciaram, seja pela originalidade destas abordagens, seja pelo impacto dos resultados atingidos, todos os recantos do que talvez se possa chamar, sem muita exatidão, de ‘cultura ocidental’. Neste contexto, não apenas as ciências naturais passam por enorme evolução, mas também as chamadas “ciências do espírito” avançam de forma similar: o homem, enquanto indivíduo, submete-se à devassa da psicologia; e, enquanto integrante de uma coletividade, é objeto da sociologia. O direito, neste contexto, também se arroga o título de ciência<sup>289</sup>. A consideração do jurista como um ‘órgão da consciência jurídica’ traduzia justamente o impulso a descobrir o direito a partir da observação da sociedade, em cujo bojo ele se cria e a quem ele se dirige.

Na confluência destas tendências surge o impulso a investigar o direito como ‘fato social’, como expressão de um determinado arranjo coletivo que pode assumir os aspectos mais variados: desde o regime em vigor num feudo medieval a uma federação que congrega toda a humanidade. Sob tal perspectiva, o próprio ‘estado’ era uma forma contingente e sem realidade necessária; assim, abria-se espaço para cogitar sobre a existência de outras ‘instituições jurídicas’ paralelas – e, no que se refere ao direito internacional, ressaltava a possibilidade de uma instituição supranacional que refletisse a integração dos povos. Por outro lado, se o direito era simples expressão da realidade concreta de uma dada sociedade, então seria possível expandir o

---

<sup>289</sup> Koskenniemi (2005, p. 41) caracteriza bem esta postura, ao citar o art. 1º do estatuto que regia a criação do seminal “Instituto de Direito Internacional” (“Institute de droit international”), que caracterizava a si mesmo como um “órgão científico da consciência jurídica comum do mundo civilizado” (“l’organe de la conscience juridique du monde civilisé”).

pensamento jurídico para além da visão legalista, chegando-se a uma noção de ‘ordem jurídica’ factual, efetiva, real.

Portanto, os juristas “descem” à investigação sociológica, tanto para apontar as conexões entre as leis e a realidade social, quanto para descobrir uma ordem jurídica além daquela escrita nas leis, resultante da própria dinâmica social. O estado, nesta visão, era apenas uma instituição que refletia determinada organização jurídica, indissociável das contingências que a determinavam; neste sentido, a origem do direito estaria na realidade social a cuja dinâmica ele remonta, seja ela uma nação, um grupo, uma família.

O próprio ORTEGA Y GASSET (1942, p. 15) sintetiza esta visão:

“[L]a forma de presión social que es el poder público funciona en toda sociedad, incluso en aquellas primitivas donde no existe aún un órgano especial encargado de manejarlo. Si a este órgano diferenciado a quien se encomienda el ejercicio del poder público se le quiere llamar Estado, dígase que en ciertas sociedades no hay Estado, pero no se diga que no hay en ellas poder público. Donde hay opinión pública, cómo podrá faltar un poder público, si este no es más que la violencia colectiva disparada por aquella opinión?”

Esta definição aberta de ‘poder público’, caracterizado como a expressão necessária e constante das contingências, impõe a visão do ‘estado’ como algo circunstancial, ligado a um determinado contexto histórico, sem correspondentes necessários em épocas passadas, sem existência assegurada em tempos futuros. Sob tal perspectiva, a noção de estado dissocia-se da de direito: este, a designação abstrata das diversas formas sob as quais o poder público assume realidade; aquele, um modelo historicamente situado, marcado por traços típicos, do exercício desse poder. E também sob tal perspectiva, enfim, o confronto entre as corporações e os estados deve ser encarado.

Como dito, tomam-se aqui os termos ‘estado’ e ‘nação’ como sinônimos. Logo, sob tal visão, ‘estado’ não é toda e qualquer forma de organização social dotada de poder público. Não: o termo designa uma categoria peculiar, referível a elementos concretos e cuja existência só pode ser compreendida com vistas a esta referibilidade. ‘Estado’ é a expressão do poder soberano sobre cada uma das frações em que é dividido o espaço da existência humana – o mundo. E é apenas neste contexto, em que é referível a todos os outros ‘estados’, que sua compreensão como categoria peculiar desta realidade histórica é possível. ‘Estado’ é algo

contingente, uma unidade de poder jurídico que resulta do equilíbrio dinâmico entre poderes congêneres, uma noção referível a um dado contexto histórico e que, por isso, não tem existência necessária fora deste contexto. ‘Estado’, sob tal acepção, é ‘nação’, é ‘estado-nação’<sup>290</sup>, é Brasil ou Argentina ou Holanda: é, portanto, um reflexo da realidade concreta da organização do poder público no contexto histórico atual.

Sob esta visão, é clara a possibilidade de se cogitar de um ‘direito não estatal’ – ou seja, não decorrente do poder soberano atribuído ao estado-nação. Se o estado é uma forma historicamente situada de manifestação do poder público, é evidente que pode haver outras formas por que este se manifeste. O exercício do poder público tem explicação não na existência do estado, mas no fato de que este poder remonte à própria sociedade no seio da qual se manifesta<sup>291</sup>. Mais ainda: se a soberania remonta ao povo e pressupõe o homem – todo homem – como titular de direitos fundamentais, então o poder soberano não necessariamente supõe o estado, podendo em tese manifestar-se sob qualquer tipo de organização cuja conformação política traduza a soberania popular e cujos princípios respeitem aqueles direitos.

Sobre estas premissas, convém notar, assenta-se toda uma literatura que, abordando o ‘direito internacional econômico’, anuncia-o como o “sinal dos novos tempos”, exultando-o como uma nova forma de “constitucionalismo” não necessariamente ‘nacional’. Segundo Trachtman (1996), o modelo que orienta este ‘direito internacional econômico’ retrata a superação do “sistema westphaliano”, baseado num princípio de equilíbrio de poder (“balance of power”), por um sistema de “integração” dos estados e de institucionalização das relações entre eles, de modo a vinculá-los aos compromissos assumidos<sup>292</sup>. Sob esta mesma perspectiva,

<sup>290</sup> Ver seção 1.1.1, em que já se anunciava que este trabalho empregaria o três termos em acepções idênticas, cogitando das razões disto.

<sup>291</sup> Neste contexto, relevante a observação de Borges de Macedo (2006, p. 279): “Os países e as organizações internacionais formais ainda são os atores por excelência das relações internacionais. No curto e médio prazos, parecem não perder esse *status*. Correspondem, no entanto, a empreendimentos humanos específicos e, como tais, encontram-se subordinados ao julgamento da História, a qual já registrou o julgou outras construções semelhantes, como a polis grega e a *Respublica Christiana* medieval. Com a sofisticação das relações internacionais após a II Guerra Mundial, e a conseqüente diversificação de temas da agente internacional, novos atores, como as organizações não-governamentais e as empresas transnacionais emergiram”.

<sup>292</sup> “Generally, the Westphalian system provided limited options for institutionalization of international relations. There are two poles of institutionalization, intergovernmentalism and integration. Intergovernmentalism is simply a method of facilitating action by member states without binding them in advance to accept action. It provides a forum, an agenda, and perhaps a secretariat to support and precipitate action. It does not represent a transfer of binding decisionmaking power, although every bureaucrat knows that transferring this type of power can increase productivity. Integration, on the other hand, involves a pooling of decisionmaking power, or sovereignty. In institutional economics terms, intergovernmentalism is facilitation of the market of international relations, while

Petersmann (2006) faz uma série de divagações interessantes sobre o que chama de “multilevel constitutionalism”, que se assenta justamente na consideração de que a soberania estatal (“state sovereignty”) pode coexistir, de uma maneira “mutualmente coerente”, com a soberania popular (“popular sovereignty”) e com a soberania individual (“individual sovereignty”)<sup>293</sup>. Desta hipótese, conclui, vem a possibilidade de um direito não estatal e soberano. O espaço de existência deste ‘direito’ – que “surpresa”! – é precisamente o do comércio internacional: sendo a liberdade individual o fundamento do exercício do poder público, a liberdade do homem-consumidor<sup>294</sup> ergue-se à condição de um direito fundamental e, neste sentido, como a fonte de um poder soberano que regula este ‘espaço’ desde uma instância não nacional<sup>295</sup>.

Claro: toda esta literatura é fomentada pela criação da OMC e especialmente incensada pelas formas de vinculação efetiva dos estados-membros aos comandos das regras multilaterais estabelecidas neste âmbito. A OMC representava a ‘institucionalização’ da ordem jurídico-econômica internacional, de que falava Trachtman<sup>296</sup>. Pettersmann tem uma perspectiva

integration is the creation of a ‘firm.’ These are different in degree, not in kind, but the differences are significant. With integration, decisive power is pooled or otherwise transferred and a governance mechanism is established to wield the decisive power” (TRACHTMAN, 1996, p. 8). Na mesma linha, Gilmar Antonio Bedin (2006, p. 31) chega à seguinte conclusão: “Assim, constata-se uma profunda transformação da sociedade internacional nascida da Paz de Vestfália e ao ruir de seus mais sólidos pilares. Em seu lugar surge uma sociedade internacional que se caracteriza por uma grande interdependência, por polaridades mais complexas e por vínculos de interdependência e de cooperação cada vez mais volumosos. Por esses fatores, esta nova sociedade não pode mais ser denominada sociedade de Estados, mas sim de sociedade global”.

<sup>293</sup> “The emerging ‘multilevel human rights constitution’, based on national, regional and worldwide guarantees of human rights and of democratic self-determination of peoples, calls for construing state sovereignty, popular sovereignty and ‘individual sovereignty’ in a mutually coherent manner so as to protect maximum human liberty and other human rights as basic principles of justice” (PETTERSMMANN, 2006, p. 5).

<sup>294</sup> “Just as economists (from Adam Smith to Amartya Sen) perceive market economies and economic growth as instruments for enabling and promoting individual freedom as the ultimate goal of economic life and the most efficient means of realizing human welfare, so should national and international law (e.g. the WTO objective of ‘sustainable development’) be seen as instruments for the protection of human rights and democratic self-government of peoples” (PETTERSMMANN, 2006, p. 15).

<sup>295</sup> “Liberal international trade rules differ from most other areas of international law insofar as their international guarantees of freedom, non-discrimination and rule of law tend to go beyond the autonomous guarantees of freedom and non-discrimination in national and regional laws. International treaties constituting and limiting multilevel governance are a necessary precondition for the collective supply of global public goods (like a liberal, rules-based world trading system) which cannot be secured through power-oriented foreign policies focusing only on national interests. The inherent tendencies of freedom and competition to destroy themselves (“paradox of freedom”) require internationally agreed “constitutional restraints” on abuses of foreign policy powers in order to secure rule of law in international relations (e.g. by means of the WTO dispute settlement system), open markets (e.g. by means of WTO guarantees of nondiscriminatory conditions of competition), respect for human rights and social justice (as reflected and protected in the numerous “exceptions” from WTO rules). Constitutionalism offers criteria for designing the law of international organizations (e.g. the necessary “checks and balances” between rule-making, executive and adjudicative powers)” (PETTERSMMANN, 2006, p. 14).

<sup>296</sup> É particularmente notável como a visão de Trachtman tem paralelo com a “teoria da instituição social através do mercado”, que por sua vez remonta àquele “liberalismo ancestral” da época ‘iluminista’. A respeito desta ‘teoria’, a lição do Prof. Arno Dal Ri Jr. (2004, p. 95): “Os fundamentos políticos do liberalismo e a influência destes sobre o

um tanto distinta, não só porque relaciona a necessidade da “internacionalização” do direito econômico internacional ao direito individual de liberdade, mas também porque baseia na soberania individual a construção de uma ordem jurídica internacional para regular o comércio; neste sentido, ele expressamente destaca as várias formas do que chama de “multilevel economic government”, sublinhando aquelas que remontam a iniciativas absolutamente alheias ao estado. Ambos, entretanto, acenam à possibilidade de uma ordem jurídica não fundada no estado.

E aqui, precisamente, tocam num ponto interessante: a possibilidade da criação de marcos regulatórios do comércio internacional que absolutamente não se relacionem à atividade estatal; Pettersmann, p. ex., salienta a existência de órgãos privados<sup>297</sup> que exercem funções tipicamente públicas ao regularem atividades econômicas. Entretanto, nada indica que aquela possibilidade possa ser atestada. Mesmo os exemplos citados de regulação não estatal tratam de situações em que o próprio poder regulatório é derivado do estado. A princípio, todas as formas de regulação internacional do comércio remontam, direta ou remotamente, à soberania estatal. Mesmos os organismos internacionais – e a OMC é o exemplo típico – supõem os estados como um dado indispensável, seja porque a criação das regras jurídicas supõe sua participação, seja porque sua aplicação dirige-se a eles.

Portanto, a questão sobre a possibilidade de um direito de matriz não estatal esbarra nesta constatação: a de que o estado é fonte – direta ou indireta, original ou derivada, próxima ou remota – de toda a regra jurídica “válida”. Sim: ‘válida’ – e este adjetivo muda tudo. Validez designa a condição do que pertence ao direito. Neste sentido, este conceito expressa os próprios limites do fenômeno jurídico – e sobretudo: aponta o que não é direito. Hart (1962) demonstra, em precioso ensaio, que esta é uma discussão fundamental; lembra, neste sentido, que se trata de uma preocupação básica não só daqueles a cuja escola ele se vincula, os positivistas, direito internacional econômico moderno passam obrigatoriamente pelo tema da renovação da teoria da instituição social através do mercado. Tendo sido analisada por alguns dos primeiros filósofos iluministas, tal foi implementada e arduamente defendida pelos membros das diversas escolas de matriz liberal que surgiram durante a Idade Moderna. Nesta perspectiva, as obras do filósofo John Locke e do economista James Steuart, assim como de diversos expoentes da escola escocesa a qual pertencia Adam Smith – como Adam Ferguson, Willian Robertson e John Millar –, desenvolveram a temática demonstrando uma grande preocupação em construir uma base teórica consistente para a liberalização do comércio internacional e, através deste, o enfraquecimento do poder soberano”.

<sup>297</sup> “[P]rivate regulatory bodies such as the International Standardisation Organisation (ISO) for the international harmonisation of standards that are also used as a legal basis for intergovernmental trade regulation (e.g. in the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade), or the International Chamber of Commerce (ICC) whose private rules and commercial arbitration are closely connected with national and intergovernmental regulatory systems (see, for instance, the private ‘Independent Review Procedures’ administered jointly by the ICC and the WTO in order to determine the compliance by public and private parties” (PETTERSMMANN, 2006, p. 7).

mas de um tema que, havia mais de um século antes, norteava os estudos de dois dos mais célebres juristas ingleses – Bentham e Austin<sup>298</sup>. Alf Ross (1969), em não menos precioso estudo, deixa clara a importância da questão: o direito não é simplesmente um fenômeno sociológico que se traduz na força coercitiva de comandos estabelecidos, mas uma ordem normativa vinculada a um certo fundamento<sup>299</sup>. De fato, não haverá dúvida de que traficantes internacionais, nos seus negócios, observem regras de conduta; todavia, será extremamente duvidoso afirmar que tais regras são jurídicas. O conceito de validade remete todas as manifestações do fenômeno jurídico a um mesmo núcleo, que as agrupa e distingue. É verdade que não haverá consenso sobre o que seja tal núcleo, e menos ainda sobre o que lhe seja correspondente na realidade concreta; mais correto, de fato, seria afirmar que tal correspondência é sempre inexata e portanto impossível: este núcleo é a pura abstração em que culmina todo o processo lógico que permite ver o direito como sistema. Em todo caso, tal afirmação não basta; afinal, é na realidade concreta – e apenas aí – que importa discernir entre o que é, ou não, direito. E não é evidentemente errado supor que, nesta realidade, o conceito de validade remonte ao estado<sup>300</sup>. Tal suposição não é imune a objeções teóricas; mas dificilmente é desmentida, de modo cabal, na prática.

Então – conclui-se – todo o ‘direito’ tem fundamento no ‘estado’? Seja como criador e aplicador do direito nacional, seja como ente soberano cujo assentimento é pressuposto à criação e à aplicabilidade do direito internacional – o estado é fonte de todo o fenômeno jurídico? Dificilmente se poderia responder tal questão de modo categórico, se esta resposta pressupusesse o conhecimento empírico do contexto investigado; entretanto, partindo-se da premissa de que a soberania estatal é um dado inegável da realidade, a resposta afirmativa impõe-se como uma necessidade lógica. Se os estados são soberanos nos limites de sua atuação no espaço e no tempo (e lembra-se que o espaço da atuação soberana dos estados abrange o de toda a existência humana), todo o fenômeno jurídico que ocorra nestes limites se remete a esta soberania; se há uma ordem jurídica de âmbito internacional, esta ordem pode ter dois

---

<sup>298</sup> “A fines del siglo XVIII y a comienzos del siglo XIX los pensadores más sobre problemas jurídicos y sociales y los arquitectos de las más importantes reformas eran en Inglaterra los grandes utilitaristas. Dos de ellos, Bentham y Austin, insistieron constantemente en la necesidad de distinguir, con firmeza, y con el máximo de claridad, el derecho que es del derecho que debe ser. Este motivo se repite con insistencia en la obra de aquéllos, quienes condenaron a los pensadores jusnaturalistas precisamente por haber hecho borrosa esta distinción aparentemente simple pero de vital importancia” (1962, p. 3).

<sup>299</sup> Neste sentido, Alfred Vedross (1973, p. 15): “El derecho positivo no tiene solo un subsuelo sociológico; tiene también un fundamento normativo. Si por un lado se apoya en la base firme de los hechos sociológicos, está anclado, por outro, en el ‘reino de los valores’, del que deriva sua fuerza obligatoria”.

<sup>300</sup> Neste sentido, as considerações da seção 1.1.1.

fundamentos possíveis: ou sua criação pressupõe o consentimento dos estados, e disto portanto decorre sua validade; ou se impõe por si mesma, caso em que seria ela própria soberana – e, portanto, excluiria a soberania dos estados, já que a soberania, por definição, exclui a existência de um poder ao mesmo tempo concorrente e insubmisso.

Alfred Vedross (1973, p. 10) reconhece, em passagem agudíssima, a ‘necessidade lógica’ de que uma ou outra destas alternativas seja verdadeira:

“[D]esde el instante mismo en que la comunidad de los Estados regulase en principio directamente el comportamiento de los ciudadanos y les concediese el derecho de recurrir regularmente ante un órgano jurídico-internacional contra las decisiones del Estado a que pertencem, dejarían automáticamente de existir los Estados como comunidades jurídicas con plenitud de autonomía. Y con estas comunidades jurídicas desaparecería también el D.I.P. [Derecho Internacional Público], dando lugar a um derecho político universal más o menos desarrollado: ya hemos comprobado, en efecto, que el D.I.P. presupone la soberania bien entendida, es decir, relativa, de los Estados”.

Em suma, há duas premissas possíveis de que se deve partir: ou a soberania dos ‘estados’ é um dado indispensável à caracterização da ordem jurídica internacional como ‘válida’; ou esta ordem jurídica pode dispensar-se de supor, como antecedente lógico de sua existência, a dos estados. Neste caso, com Pettersmann, haveria que se admitir a existência de um poder soberano não fundado no estado, mas em outra base; mas neste caso, também, seria inevitável abandonar a noção de soberania estatal – e caracterizar a atuação do Estado como uma ‘competência’<sup>301</sup>.

A soberania – a “alma do estado”<sup>302</sup> – só encontra limite em seu ‘outro’: poder soberano é o que, nos limites da realidade sobre que é exercido, exclui qualquer outro; e que tem nesta alteridade, portanto, seus limites. Se os estados são soberanos, a ordem internacional supõe sua “soberania”; do contrário, se essa ‘ordem internacional’ tivesse fundamento em si mesma, seria insolúvel o conflito entre as ordens sobrepostas<sup>303</sup>, já que não haveria uma ordem segundo a qual se pudesse resolvê-lo (se houvesse, esta ordem seria a

<sup>301</sup> Conforme Dinh et al. (2003, p. 473-525).

<sup>302</sup> “For by art is created that great LEVIATHAN called COMMONWEALTH, or STATE (in Latin CIVITAS), which is but na artificial man; though of greater stature and strength than the natural, and in which, the *sovereignty* is na artificial *soul*, as giving life and motion to the whole body” (HOBBS, 1998, p. 7).

<sup>303</sup> Se as nações recobrem todo o espaço terrestre, cada fração deste espaço está sujeito, em cada instante, a uma nação soberana; logo, se há uma ordem jurídica internacional, esta regula fatos que, a princípio, estariam sujeitos também à regulação estatal. Portanto, de alguma forma há que se resolver o conflito entre a aplicação da norma nacional e internacional, porque esta sempre será aplicável a um fato sujeito à soberania daquela – a menos que a norma internacional, como a “Lex Rhodia” (DAL RI JR., 2004, p. 22), regule eventos ocorridos fora de qualquer território – no oceano ou no espaço extraterrestre, p. ex.

soberana). Em suma: se existe a soberania estatal, a validade da ordem jurídica internacional a supõe – seja como fundamento, seja como decorrência desta ordem, conforme se defenda o primado do direito estatal ou do direito internacional<sup>304</sup>.

O direito internacional, neste sentido, toma o ‘estado’ como um elemento a que necessariamente se refere. A criação daquele direito remonta ao estado; e também sua aplicação volta-se a este. O princípio democrático supõe a soberania popular; e esta se manifesta na realidade política de cada estado. Não é casual a insistência de Pettersmann (2006, p. 3) sobre a necessidade de que a ordem jurídica internacional tutele diretamente o homem, e de que extraia diretamente dele sua legitimidade. Os povos não elegem legisladores que criam o direito internacional<sup>305</sup>; os homens são representados por seus governantes – os governantes dos estados a que pertencem – que assumem compromissos em nome dos estados. Não há, como pretende Pettersmann, uma soberania popular exercida fora da organização política estatal; pode haver, sem dúvida, num contexto futuro; mas neste caso, como observou Vedross na passagem acima citada, esta nova forma soberana – seja de um organismo regional ou mesmo mundial – excluirá a do estado.

E enfim chega-se ao âmago da questão: a soberania dos estados é um componente *político* indispensável à conformação da ordem jurídica internacional. Como visto, a noção contemporânea de soberania<sup>306</sup> remonta aos homens sobre os quais o poder soberano é exercido; na própria relação entre a objetividade do direito e a subjetividade do sujeito de direito, na necessária ligação destes dois momentos extremos, reside a ‘a idéia de direito’. Neste sentido, toda soberania é popular: os homens vinculam-se a uma ordem jurídica de cuja conformação

---

<sup>304</sup> Kelsen (1974, p. 437-457) expõe as três possíveis perspectivas sob as quais se compreende esta realidade: o dualismo, o monismo de proeminência estatal e o monismo de proeminência internacional. Kelsen adota esta última. Esta dissertação não ousaria fazer tal opção; apenas observa que a perspectiva monista supõe a soberania estatal – seja como fundamento da ordem internacional, seja como algo que se funda nesta ordem; e a perspectiva dualista supõe o conflito insolúvel entre duas soberanias sobrepostas – fazendo assim com que a própria noção de soberania seja contestada.

<sup>305</sup> Não se desconhecem as possíveis exceções a esta constatação – de que é exemplo mais célebre o parlamento europeu. Entretanto, não se pode desconsiderar – mesmo neste caso exemplar – as profundas restrições à função legiferante destes órgãos.

<sup>306</sup> “O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma ‘linha Maginot’ entre ‘Estados que têm uma constituição’ e ‘Estados que não têm uma constituição’, isso não significa que o Estado constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das travessuras do Estado constitucional. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’” (CANOTILHO, 2003, p. 97-98).

participem politicamente. Daí a afirmação de que a ordem jurídica internacional supõe a soberania dos estados, justamente porque a participação democrática nesta ordem é mediada pelo estado, na condição de “representante” dos povos. E, no entanto, há este paradoxo: a ordem internacional representa uma restrição à atuação soberana dos estados, na medida em que regula aspectos da realidade antes sujeitos à sua regulação<sup>307</sup>. Justamente por isto, por ser uma restrição à atuação estatal, a ordem jurídica internacional supõe o consentimento dos estados, – consentimento que determina uma restrição da sua soberania, – soberania que, afinal, é popular.

Em suma: a soberania estatal, se é admitida sua existência, deve ser suposta como elemento de referência da ordem jurídica internacional; todavia, não há dúvida de que esta ‘ordem jurídica’ restringe a atuação dos estados – e, neste sentido, limita sua soberania. Abstraindo-se as razões que levam os estados a “ceder” espaços de sua soberania, permitindo que a ordem internacional os regule, o fato é que os estados consentem em tais restrições, sujeitando-se às conseqüências disto. Não cabe aqui cogitar por que consentem; nem tampouco as razões que os mantêm sujeitos às conseqüências deste consentimento. O fato é que esta ordem internacional, em alguma medida, é vinculante; e este efeito é sempre resultante de um contexto que impõe aos estados respeitarem os arranjos internacionais a que se vinculam. O “consentimento” dos estados não deve ser visto (apenas) como manifestação de “vontade”; sua vinculação à ordem internacional é o resultado das contingências que a tornam não apenas conveniente, mas necessária. Este consentimento expressa, a um só tempo, a iniciativa do estado de remeter a uma instância internacional a regulação de matérias de seu interesse, e a submissão do estado à ordem estabelecida, a que não pode permanecer alheio. Como disse Kelsen (1974, p. 453), “o Estado que reconhece o direito internacional submete-se, por isso mesmo, ao Direito internacional”.

---

<sup>307</sup> O Prof. Arno Dal Ri Jr. (2004, p. 83-84) observou, em relação a um contexto histórico diverso, que o interesse de “filósofos como Voltaire, Jean-Jacques Rousseau, Denis Diderot e, principalmente, o Barão de Montesquieu e Immanuel Kant (...) em defender a liberalização do comércio internacional concernia, acima de tudo, na sua comprovada capacidade de corroer o poder absoluto do soberano...”, ressaltando então “a existência de uma nítida incompatibilidade funcional entre esta nova concepção de normatização das relações de comércio internacional com os fundamentos teóricos da concepção que caracterizou o período anterior, marcado pelos elementos políticos elaborados principalmente por Jean Bodin”. Ainda que se reconheça a óbvia distinção entre a concepção contemporânea de soberania estatal, que autores como Vedross (1973, p. 10) classificam como “relativa”, e aquela de Jean Bodin, é inegável que este mesmo raciocínio, em sua lógica irrepreensível, tem sentido na realidade atual: o direito internacional das relações comerciais resta por restringir a soberania dos estados, pela simples razão de que regula eventos necessariamente ocorridos no espaço da atuação desse poder soberano. Neste sentido, portanto, a ordem internacional é uma ‘contra-força’ que, em certa medida, submete a soberania estatal – ainda que, com Dinh et al. (2003, p. 445), seja admitido que “[a] submissão ao direito internacional é inseparável da soberania”.

E é precisamente no âmbito econômico que esta vinculação – ao mesmo tempo desejada e imposta – do estado à ordem jurídica internacional tem maior relevância. Como observa Vedross (1973, p. 12), as nações não vivem isoladas: entre elas sempre se manteve um “comércio regular”, mais ou menos intenso, mas nunca suprimido; donde sua conclusão: “quien dice comercio regular, dice normas que lo disciplinen. Y dondequiera que tal necesidad se presenta, van constituyéndose las correspondientes normas por obra de la costumbre o de convenios. Modificando algo una expresión bien conocida, cabe afirmar: ‘ubi commercium, ibi jus’”.

De fato, as relações comerciais sempre perfizeram um fluxo irrestrito aos limites territoriais das organizações políticas. Seja pela busca de mercados, seja pela procura de insumos, seja ainda pela necessidade de mão-de-obra, as relações comerciais sempre atravessaram as fronteiras políticas formando um fluxo cada vez mais intenso de bens, serviços e capital. Neste contexto, o direito “nasce” inevitavelmente: a regulação jurídica destas relações passa a ser uma necessidade, tanto quanto a existência de instâncias que assegurem a efetiva aplicação das regras. O direito internacional surge neste contexto, para usar a citada expressão de Ortega y Gasset, como “secreção espontânea” da realidade.

Não por acaso, o comércio internacional tem sido, há séculos, alvo de uma regulação à parte. Como anota Galgano (2003, p. 224), “[a] história da *lex mercatoria* é a história de um modo particular de criar direito, a história do ‘particularismo’ que distinguiu a regulação normativa das relações comerciais, tornando-se diversa da regulação normativa de qualquer outra espécie de relações sociais”. Este “particularismo do direito comercial”, este espaço de atuação exclusiva de um poder jurídico que não remonta às instâncias políticas, mas às conveniências e necessidades do mercado, é precisamente o fenômeno – econômico, social e jurídico – que arrosta a soberania estatal e engendra esta realidade jurídica distinta, a *lex mercatoria*<sup>308</sup>.

Não se pode, entretanto, dar a esta constatação uma carga simplesmente negativa. Tem-se que ponderar os argumentos, por assim dizer, ‘liberais’. A necessidade de uma

---

<sup>308</sup> Segundo o próprio Galgano (2003, p. 227) a *lex mercatoria* “é, em termos ‘gramiscianos’, ‘economismo’; a sua valoração histórica é valoração histórica do ‘economismo’ no direito, e o particularismo do direito comercial das origens foi somente um aspecto daquele geral ‘economismo’ da burguesia medieval que foi a razão de sua rápida fortuna, mas também de seu igualmente rápido declínio. O economismo no direito de nosso tempo é a pretensão de separar o direito da política, abstrai-lo da sociedade, qual mero ‘acessório’ da economia, pura técnica de regulação das relações de produção”.

ordem jurídica uniforme a regular o comércio internacional é, antes de tudo, o reflexo jurídico de uma realidade social e econômica em que se processa uma espécie de integração. O comércio internacional atravessa as fronteiras e, nesta medida, integra os povos; as trocas comerciais são formas de comunicação, de encontro, de relação humana; a ordem jurídica a regular tal realidade apenas a reflete – e dá previsibilidade e segurança às relações aí travadas. Como disse Vedross (1973, p. 13), “la nueva constitución mundial no tiene su raíz en una necesidad de paz de índole pasajera, sino que ha sido preparada por un largo proceso economico y espiritual motivado por necesidades permanentes de la humanidad”. O comércio internacional, por diversas e respeitáveis razões, pode ser visto como uma necessidade permanente da humanidade, como uma realidade não apenas desejável mas imprescindível, como uma tendência inevitável do desenvolvimento humano<sup>309</sup>. Se tal realidade existe, deve ser juridicamente regulada; se existe como fenômeno caracteristicamente trans-fronteiriço, sua regulação deve ter a mesma abrangência.

Neste contexto, vem à tona o sistema multilateral de comércio. Sistema inegavelmente engenhoso, na medida em que tende, a um só tempo, unificar e universalizar as regras que, nos acordos internacionais em geral, regulam as relações comerciais. O sistema jurídico da OMC apresenta duas características fundamentais: os compromissos assumidos formam um conjunto de regras aplicáveis a todos os seus membros (BARRAL, 2004, p. 17); e a observância a estas regras pode ser questionada perante um órgão jurisdicional, que dispõe de instrumentos aptos a coagir os membros a observá-las. Dizendo de outro modo: há um ordenamento jurídico, concebido sob a OMC, que é vinculante para todos os membros e cuja observância concreta pode ser verificada – e, de certo modo, imposta – por um órgão com jurisdição sobre eles<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> Neste sentido o Prof. Dal Ri Jr. (2004, p. 89), referindo-se a Kant, observa que “o filósofo prussiano afirmava subsistir uma tendência natural dos povos à construção de uma rede de relações comerciais. Esta seria voltada a estender-se sempre mais e a envolver um número de pessoas e de povos sempre maior. A consolidação de tais relações traria consigo, ainda, a tendência a um convívio mais harmonioso entre os Estados e, por conseqüência, a possibilidade de instalação da paz perpétua”. Entretanto, o mesmo Prof. Dal Ri Jr. (2003, p. 78), reconhecendo a lenta constituição de “um mundo cosmopolita”, já advertira: “[I]utando para apropriar-se deste cosmopolitismo nascente estão os fundamentalistas do mercado mundial, que tentam globalizar economicamente sociedades que sequer aprenderam a respeitar o valor do Ser Humano e o seu papel central no interior da cada sistema político-jurídico”.

<sup>310</sup> “[A]lém do ESC [Entendimento sobre Solução de Controvérsias] abranger todos os acordos da OMC, ele também cria uma jurisdição compulsória para seus Membros, sem necessidade de acordos adicionais, ficando os Membros obrigados a ‘recorrer e acatar as normas e procedimentos do presente Entendimento’” (BARRAL, 2004, p. 18).

Portanto, há um quadro muito claro a ser considerado: a OMC assenta-se sobre uma ordem jurídica vinculante para todos os seus membros – ordem cujos comandos são concretamente aplicados no âmbito de uma ‘instância jurisdicional’. Este quadro tem repercussões não apenas econômicas – óbvias no contexto da OMC – mas também implicações políticas importantes para os estados, na medida em que se submetem à jurisdição exercida no âmbito deste sistema. Como visto, a noção de soberania rejeita, em princípio, tal ‘submissão’: os estados soberanos estão sujeitos apenas aos limites que eles próprios se impõem. Todavia, os estados assumem compromissos no plano internacional e estes compromissos, enfeixados numa rede complexa de relações recíprocas, perfazem a ordem jurídica internacional. Neste sentido, é indubitável que tal ordem jurídica, de alguma forma, constranja os estados a respeitarem os compromissos assumidos. Impera, aqui, a idéia de reciprocidade: as obrigações assumidas correspondem a contrapartidas por parte de estados compromissados; e o descumprimento destas obrigações, à perda de direitos equivalentes ligados a tais contra-partidas. Tal contexto, claro, determina uma interdependência entre estados soberanos, que resta por lhes impor a observância aos compromissos assumidos.

A OMC não chega a subverter o modelo baseado no ‘consentimento’ dos estados. Como visto, ela importa num arranjo complexo de concessões dos estados membros, cuja existência assenta-se, em tese, na disposição destes estados em realizá-las: qualquer membro pode suprimir todas as concessões feitas denunciando os tratados firmados; e se todos, ou vários deles, o fizerem, o sistema se esboroa. Tais considerações são indiscutíveis. Entretanto, justamente diante daquelas duas ‘características fundamentais’, antes ressaltadas, o sistema erguido sob a OMC tenta contornar, perspicaz e sutilmente, essa “precariedade” característica dos sistemas jurídicos internacionais.

Por um lado, destaca-se a construção de um sistema movido um princípio aglutinador, que liga os países numa rede de relações multilaterais de abrangência e complexidade crescentes. Como observa Hoekman (2002, p. 42), a força vinculante do direito da OMC está relacionada ao ‘princípio da não-discriminação’, de que decorrem os princípios da ‘nação mais favorecida e do ‘tratamento nacional’. Na dinâmica das relações entre os estados, tende a haver recíprocas concessões comerciais que, diante da cláusula da nação mais favorecida, são estendidas a todos os outros membros. A sutileza – e a perspicácia – deste modelo reside no

fato de que toda concessão comercial torna-se geral: isto leva a um processo irreversível de gradativa ‘liberalização’ das relações comerciais, no qual todos os membros estão necessariamente envolvidos. Ou seja, cada medida liberalizante, por específica e restrita que seja, torna-se universal: estende-se a todos os membros e passa a incorporar um corpo de disposições jurídicas que diz respeito a todos eles<sup>311</sup>.

Por outro lado, a disciplina do sistema de solução de controvérsias deixa claro que todo este ‘corpo’ de disposições jurídicas podem ser concretamente aplicadas. O artigo 1º, 1, do Entendimento sobre Solução de Controvérsias<sup>312</sup> dispõe que suas regras e procedimentos serão aplicáveis às disputas surgidas em torno das disposições dos acordos listados no “Apêndice 1” do ESC, que abarca praticamente todas as disposições a respeito do comércio internacional de mercadorias e serviços, além do acordo sobre propriedade intelectual (TRIPS) e o próprio tratado que instituiu a OMC. No art. 3º, 2, além disso, lê-se que os membros reconhecem que o sistema de solução de controvérsias serve para preservar os direitos e obrigações desses membros sob os acordos citados (chamados de ‘covered agreements’)<sup>313</sup>.

O sistema erguido sob a OMC, portanto, estabelece com precisão o ordenamento a cujas disposições todos os membros estão vinculados e, além disso, submete estes membros a uma instância jurisdicional apta a verificar, concretamente, a observância dessas disposições – podendo “coagir” os jurisdicionados, mediante instrumentos específicos e teoricamente eficazes, a observá-las.

Em suma: o sistema multilateral de comércio tende a impor-se como um corpo único e crescente de regras jurídicas, que não apenas restringem a soberania dos estados, na

---

<sup>311</sup> “The combination of reciprocity with non-discrimination has created a liberal, law-governed trading system on the basis of cooperation among sovereign states, each acting in its own perceived self-interest. Economists are right to argue that the calculus underlying the WTO is mercantilist. But they also must agree that this disarmament treaty for mercantilists has worked” (WOLF, 2001, 194).

<sup>312</sup> “Article 1. Coverage and Application. 1. The rules and procedures of this Understanding shall apply to disputes brought pursuant to the consultation and dispute settlement provisions of the agreements listed in Appendix 1 to this Understanding (referred to in this Understanding as the ‘covered agreements’). The rules and procedures of this Understanding shall also apply to consultations and the settlement of disputes between Members concerning their rights and obligations under the provisions of the Agreement Establishing the World Trade Organization (referred to in this Understanding as the ‘WTO Agreement’) and of this Understanding taken in isolation or in combination with any other covered agreement”.

<sup>313</sup> “Members affirm their adherence to the principles for the management of disputes heretofore applied under Articles XXII and XXIII of GATT 1947, and the rules and procedures as further elaborated and modified herein”.

medida em que regulam aspectos da realidade sujeitos, a princípio, a este poder, como também submetem estes mesmos estados a um órgão jurisdicional competente para aplicar essas regras, constringendo-os à sua observância. Ou seja: o “particularismo” do direito aplicável ao comércio não apenas se expande, mas se intensifica. As observações de Trachtman citadas logo acima, que assinalam a tendência de uma “institucionalização” do direito internacional econômico, tornam-se particularmente eloqüentes neste contexto: embora a criação deste direito suponha ainda o estado, as dimensões e a importância deste ‘sistema’ impõem a necessidade de observar as regras aí estabelecidas. A engenhosidade do sistema reside justamente na capacidade de constante expansão, sem perder o caráter unitário: o sistema, em tese, é tão amplo e tão relevante quanto o próprio comércio internacional em si mesmo.

Este, talvez, é o traço distintivo da *lex mercatoria* nos dias atuais. Não apenas o ‘particularismo’ que ressaltou, em passagem acima citada, Galgano; mas a possibilidade institucionalizada de expandir-se indefinidamente sob a forma de uma ordem jurídica unitária. Diante desta ‘ordem’, o estado cede: ao tempo em que consente em vincular-se, o estado submete-se a ela. É simplório falar em “opção” reservada à “vontade soberana”; mais realista é dizer que o sistema multilateral assume uma tal dimensão que não resta ao estado senão submeter-se – salvo se, por força de contingências especiais, um ou outro estado se imponha como participante do comércio global a despeito de sua vinculação ao sistema<sup>314</sup>. Não parece crível, nos dias atuais, que um estado possa manter-se absolutamente alheio ao comércio internacional; se algum governante optasse por tal postura, as observações de Pettersmann, referentes ao direito individual do homem de desfrutar do comércio global (algo que, em última análise, remete ao direito de gozar de “um legado” da própria humanidade) poderiam tornar-se bastante persuasivas.

Diante da ordem internacional reguladora do comércio, o estado submete-se – e tal conclusão se impõe ainda que, como aventado antes, suponha-se que a existência dessa ‘ordem’ remonte à “vontade” soberana do estado. Esta ‘ordem’ é o espaço da *lex mercatoria*. Este espaço corresponde, em dimensão e importância, às do próprio fenômeno regulado. Diante

---

<sup>314</sup> É o caso da Rússia. Esta hipótese, entretanto, é excepcionalíssima e cada vez mais remota; sintomático, neste sentido, é o ingresso da China na OMC: se a opção de um país não ingressar nesta organização internacional está relacionada à capacidade de se impor como participante do comércio global a despeito deste ingresso, então a China é uma das poucas nações a cujo respeito tal opção poderia ser cogitada.

dele, os estados já não agem como um “poder livre e insubmisso”, como se poderia supor tendo em vista o fato de que são soberanos; diante da *lex mercatoria*, os estados adaptam-se e submetem-se. Como dizem, num tom mais contundente, Boyer e Drache (1997, p. 1), “[f]inancial institutions decide which state policies are acceptable and which are not. In these new circumstances, governments are beholden to market forces in a way few could have predict. Markets now define the limites of politics”.

A questão que se erige, neste contexto, não é simplesmente a da existência de uma ordem jurídico-econômica insujeita à ação estatal (o chamado “particularismo” da *lex mercatoria*); a questão que se impõe diz respeito ao “substrato político” desta ordem que, se não remonta ao estado, tampouco se assenta na soberania popular: a *lex mercatoria* perfaz uma ordem jurídica que não apenas rege as corporações, mas que é criada por elas – ou melhor: é criada pelas próprias imposições do mercado, de que elas são protagonistas. Se o direito, como ordem regente da vida dos homens, supõe a participação democrática daqueles a quem se dirige (CANOTILHO, 2003, p. 65), então o próprio fundamento da *lex mercatoria* torna-se problemático<sup>315</sup>. Tal fundamento, como dito, remonta ao estado que age como representante da soberania popular democraticamente estabelecida; todavia, se aquela ordem jurídico-econômica submete os estados, a soberania destes últimos cede diante dela – e esta se impõe sobre os estados e seus súditos como ordem vinculante. Como diz Galgano (2003, p. 226):

“O ‘particularismo’ do direito comercial reemerge em toda sua importância histórica: retorna a antiga idéia de um direito comercial ‘despoliticizado’, a uniformidade ultranacional do qual (sic) se possa realizar independentemente da unidade política e não associar a nada mais senão à unidade de mercado. E retorna, com essa, também a idéia de que as normas reguladoras da atividade comercial possam ser produzidas de modo inteiramente ‘particular’, externamente àquelas sedes de mediação política e social nas quais se forma qualquer outra norma de direito”.

Em suma: a ordem jurídica reguladora do mercado internacional não apenas é externa aos estados, mas também, e justamente por isto, alheia às instâncias políticas que

<sup>315</sup> Esta ‘problema’ relacionado ao fundamento democrático do direito econômico internacional – na engenhosa expressão de Rubens Ricupero (2001, p. 37-58), “the legitimacy gap” – é talvez o ponto central desta discussão. Não por acaso, como visto, Pettersmann insiste na necessidade de dotar esta ordem jurídica de instrumentos de representação política, ligando-a diretamente aos indivíduos e à soberania popular. No caso da OMC, os entusiastas do sistema multilateral insistem que tal ‘fundamento’ repousa no estado: “[t]he legitimacy of the WTO is to a large extent dependent on the national process through which trade policy is formulated and changed, as the WTO is a member-driven organization that operates on the basis of consensus” (em idêntido sentido, Wolf, 2001, p. 196). A questão, entretanto, não parece tão simples; como bem observa o Prof. Dal Ri Jr. (2003, p. 146), “o grande problema atual concerne em encontrar mecanismos apropriados para, em meio ao processo de liberalização da economia, impedir que o mercado se desenvolva em um vazio institucional, jurídico e político”.

projetam, democraticamente, a soberania popular. Aquela ‘ordem’, portanto, perfaz um ‘domínio à parte’ no universo jurídico, em que os atores do mercado global são regulados segundo as imposições deste mesmo mercado e não segundo as determinações das instâncias políticas democraticamente estabelecidas. A *lex mercatoria*, portanto, remonta a um poder jurídico de caráter diverso, fundado não na soberania popular, mas nas inelutáveis imposições da realidade econômica.

Diante de todas estas considerações, portanto, volta-se àquela pergunta inicial: o confronto entre as nações e as corporações projeta-se juridicamente? O poder econômico indiscutível destas últimas expressa-se, também, como poder jurídico? É possível afirmar que este poder não apenas pode ser distinto daquele fundado na soberania estatal, mas mesmo oposto a este? A resposta a estas perguntas, como dito, supunha que se respondesse a uma questão anterior – precisamente esta: o que é direito? – e, como também foi dito, aquelas questões seriam respondidas considerando algumas das possíveis respostas a esta última.

E, ao considerá-las, as respostas àquelas perguntas foram invariavelmente a mesma: sim, há um direito de matriz não estatal ligado ao poder das corporações – há um direito que, ao mesmo tempo, origina-se a partir da realidade econômica e a ela se impõe. Se o direito é a “secreção espontânea” de uma dada sociedade, então é inevitável reconhecer que a realidade econômica do comércio global “secreta” uma tal ordem jurídica. Se o direito, ao contrário, é a ordem jurídica válida, e se, neste caso, tal validade remonta ao estado, ainda assim se reconhece uma ordem jurídica internacional que vincula e submete os estados, mesmo que sua existência os suponha: se esta ordem submete os estados, não pode ser ao mesmo tempo estatal. Em suma: de um lado, adota-se uma perspectiva que descreve o direito como mero fenômeno contingente, cuja realidade é descrita como ‘fato social’; de outro lado, adota-se uma perspectiva oposta, que reputa o direito uma realidade formalmente vinculada a um fundamento de validade, diante do qual se definem os limites do fenômeno jurídico; e, diante desta polaridade, as respostas encontradas são as mesmas: sim, há *um* direito *das e para as* corporações, que regula as atividades comerciais como uma realidade à parte e que, na eloqüente expressão de Galgano, assinala um ‘particularismo jurídico’: há, em suma, a *lex mercatoria*.

Mas então pôs-se o problema: qual o fundamento de um tal ‘direito’, senão o estado? A pergunta é inevitável, pois se pode (e provavelmente se deve) sustentar que o

fenômeno jurídico funda-se na participação democrática dos homens a que se dirige: os homens submetidos a uma ordem jurídica são os que, democraticamente, a produzem; e pode-se sustentar também, com lastro na realidade atual, que a participação democrática só se dá no âmbito dos estados, a partir dos direitos ligados à cidadania<sup>316</sup>. Em suma, a pergunta é: se a ordem jurídica internacional só tem fundamento democrático a partir da mediação dos estados, que representam os povos respectivos, como esta ordem jurídica pode ser alheia a estes últimos? E pior: como pode submetê-los?

Há duas respostas possíveis: ou esta ordem jurídica particular, este direito econômico internacional, ao mesmo tempo supõe e submete os estados; ou esta ordem jurídica dispensa fundamento democrático. A primeira resposta é paradoxal; a segunda, é censurável. Mas ambas são possíveis. Embora paradoxal, não é absurdo pensar que o estado seja fundamento do direito internacional econômico e, ao mesmo tempo, submisso a este; ao contrário, mais do que conveniente, é necessário aos estados vincularem-se a esta ordem; e, neste caso, sua submissão às regras do comércio mundial é o preço que se paga – preço que corresponde a uma parcela de sua soberania. Por outro lado, tampouco é absurdo pensar numa ordem jurídica internacional que dispense o fundamento democrático: esta hipótese, com toda a razão, poderia ser censurada; mas a realidade é a realidade, censurável ou não.

Com ou sem fundamento legítimo, o poder das corporações é jurídico: e tal premissa, por si só, mostra o quão amplo pode ser o sentido deste termo – *jurídico*. A questão, a última, que então se levanta é a seguinte: qual o sentido da idéia de nacionalidade, diante de um tal poder? É possível pensar nesta idéia diante de um poder que não apenas a submete, mas também as próprias nações? Em termos mais concretos: há sentido em cogitar da nacionalidade

---

<sup>316</sup> Não sem razão, Pettersmann (2006, p. 3) insiste em que o direito econômico internacional deve se fundar na soberania individual, estabelecida a despeito da mediação do estado: “Constitutional approaches to international law have practical consequences for the interpretation and progressive development also of international economic law. For instance, respect for individual and democratic freedom entails diversity and regulatory competition – among individuals as well as among private and public, national, regional and worldwide organizations (e.g., competing worldwide and regional trade liberalization and trade regulation) – which must be respected and promoted by ‘cosmopolitan principles’, including human rights, ‘participatory’ and ‘deliberative democracy’ so as to promote inclusive decision-making, as well as other ‘legitimizing principles’ (such as subsidiarity) and ‘prioritizing commitments’”.

das corporações, se estas se erguem, como disseram Berle & Means<sup>317</sup>, à altura das nações e a arrostam como um poder não só capaz de enfrentá-las, mas possivelmente fadado a sucedê-las?

Sem dúvida – responde-se. Antes de tudo, porque tal cogitação é em si relevante, ainda que só servisse a mostrar que a idéia de nacionalidade, no contexto descrito, não tem sentido. Também porque é neste contexto, em que esta idéia assume feições por assim dizer quixotescas, que ela talvez assuma maior relevância. Mas sobretudo porque este confronto, no âmbito do qual ela é cogitada, ainda está em aberto – e esta dissertação não apenas não pode preannunciar um vencedor, como tampouco se presta a defender qualquer dos lados.

---

<sup>317</sup> Conforme passagem citada na seção anterior, de que convém repetir este excerto: “[o] surgimento da moderna sociedade anônima efetivou uma concentração de poder econômico que pode competir em pé de igualdade com o Estado moderno – poder econômico versus poder político, cada um forte em seu setor. O Estado procura, de certo modo, regulamentar a sociedade anônima, enquanto esta, que se torna rapidamente mais poderosa, faz todo o possível para impedir essa regulamentação. No tocante a seus próprios interesses, procura até mesmo dominar o Estado. O futuro talvez veja o organismo econômico, agora simbolizado pela sociedade anônima, não só em pé de igualdade com o Estado, mas possivelmente suplantando-o enquanto forma dominante de organização social. A lei da sociedade anônima, portanto, bem pode ser considerada como uma lei constitucional em potencial para o novo Estado econômico, enquanto a atividade empresarial cada vez mais assume o aspecto de política econômica” (1987, p. 278).

## CONCLUSÃO

Nações e corporações. Dados da realidade. Atores de uma mesma cena. Forças em confronto. Confronto, afinal, que projeta uma dada realidade jurídica – e que tem nesta realidade a resultante de sua dinâmica peculiar. Neste confronto se insere o tema: aí, o vínculo entre uma dada ordem jurídica estatal e os sujeitos juridicamente considerados assume seu pleno sentido; aí, a pura objetividade dessa ordem remonta à pura subjetividade do ente; e aí, enfim, as corporações concorrem com as nações, ambas como sujeitos dotados de poder, para a conformação de uma ordem ao mesmo tempo estatal e não-estatal, cuja expressão é a própria resultante das forças opostas. Eis o movimento do pêndulo: a objetividade da ordem jurídica estatal remonta, através da idéia de nacionalidade, à subjetividade do ente, discernindo-o como nacional ou estrangeiro; mas enquanto sujeito, o estado relaciona-se a seu ‘outro’, e ambos concorrem para a formação de uma ordem que permeia esta relação – que assim expressa o segundo momento da pura objetividade, a ordem resultante do confronto entre a nação e a corporação, a volta do pêndulo. Este ‘segundo momento’, que se traduz numa ordem diversa daquela estatal, não pode ser inteiramente apreendido – justamente porque é a resultante deste confronto, cuja dinâmica pode ser apenas esboçada e cuja solução é rigorosamente imprevisível. Mais ainda: diante deste confronto, como já dito, esta dissertação nem mesmo toma partido; apenas tenta descrevê-lo, desde sua perspectiva nem sempre privilegiada.

Então este é o desfecho desta dissertação? Conduzir o tema até o contexto no qual assume todo o seu sentido – e aí abandoná-lo? Sem que nem mesmo tente esboçar solução para o confronto descrito? Sem que nem mesmo tome, diante dele, alguma posição?

De fato, este é o desfecho. E vale ressaltar: diante do percurso seguido neste trabalho, talvez ele seja mesmo inevitável.

Esta dissertação adotou, como ponto de partida, o exame de cada um dos dois termos que compõem o tema: nacionalidade e corporações. Voltou-se primeiro àquele. Procurou uma definição que o remetesse a seus termos elementares – chegando assim a defini-lo como o vínculo entre a pessoa e uma dada ordem jurídica. E então compreendeu que também estes termos tinham que ser precisados: vínculo, pessoa e ordem jurídica.

Curvou-se, primeiro, sobre este: ordem jurídica. Aqui, tomou o cuidado de acrescentar-lhe um predicado: estatal. E assim trouxe à luz outra noção básica: a de estado. A esta deu uma definição que considerou formal, artificial, tautológica; e que, conforme reconheceu, só teria sentido em referência à realidade onde os ‘estados’ têm, como supôs, existência evidente – não só porque reconhecida reciprocamente por eles mesmos, mas sobretudo porque conhecida e suportada pelos homens em geral.

A noção de estado, aqui, era ainda puramente objetiva: correspondia a uma ‘ordem jurídica’ a que as pessoas são vinculadas; e estas, portanto, como pura subjetividade, polarizavam com aquela. Por este vínculo, aquela objetividade remontava aos sujeitos, e o estado estabelecia seus limites justamente por apontar aqueles cujo conjunto perfaz sua realidade. Este vínculo, entretanto, repousa em valores: pois se o estado distingue entre as pessoas que lhe sejam ou não vinculadas, e se a esta distinção liga repercussões jurídicas, então este vínculo representa uma exceção ao princípio da igualdade de todos perante a lei, e tal exceção deve ter justificativa – precisamente aqueles valores. Estes valores, entretanto, impunham várias espécies de vínculos, já que se baseavam em diversos aspectos e apresentavam, conforme as diversas situações possíveis, diversos conteúdos. Desde o vínculo básico, em que a nacionalidade é atributo da personalidade jurídica, até os vínculos específicos, em que a nacionalidade é uma condição suposta a partir de elementos específicos diante de situações igualmente específicas, tudo isto traduz as formas por

que os estados ligam a si determinados entes – tudo isto sintetizado no que se chama, aqui, de ‘idéia de nacionalidade’.

Claro: a principal razão por que há diversas formas de vínculo é precisamente a diversidade de suportes que podem ter as normas que os estabelecem, tendo em vista a existência complexa das corporações. Quando considera estas últimas, o ‘segundo termo’ em que se desdobra seu objeto, esta dissertação encara tal complexidade. Ao contrário do homem, que tem existência corporal e nesta, portanto, a base irreduzível e inevitável de sua ligação à ordem jurídica, a existência das corporações não se remete a qualquer ‘base’ análoga. Assim, sua existência é problemática, no sentido de que não pode ser remetida a qualquer dado “a priori”; e portanto é caracterizada conforme as possíveis perspectivas adotadas. Esta dissertação adotou três: uma aponta sua existência formal, que se traduz na personalidade jurídica; outra, a existência factual, que a caracteriza como um dado da realidade; finalmente, a terceira destaca sua existência instrumental, que aponta a corporação como um meio para a realização de interesses alheios. Esta dissertação rompe a delgada membrana da personalidade formal e desce ao cerne da existência da corporação: aí, então, vislumbra a polaridade entre seu caráter instrumental, voltado a interesses alheios, e sistêmico, que insere estes interesses em sua arquitetura própria, fazendo-os convergir para os fins dela mesma; aí hesita entre assimilá-la ao ‘contrato plurilateral’ de Ascarelli ou à ‘instituição’ de Hauriou; aí, enfim, titubeia entre vê-la como um instrumento a serviço dos homens, ou ver estes como peças de um mecanismo que a encerra.

Diante de todas estas hipóteses, insiste-se, explica-se a multiplicidade de formas pelas quais se manifesta o vínculo que liga as corporações aos estados. Claro: nem sempre pode ser suficiente considerar sua personalidade jurídica, que é efeito dos fatos em torno de sua constituição, para que tal vínculo seja estabelecido. Muitas vezes a nacionalidade da corporação deve corresponder a uma condição decorrente, por assim dizer, de laços mais efetivos com a nação considerada. Em determinadas situações, e para determinados propósitos, uma corporação pode ser considerada “insuficientemente nacional”. Ainda que ostente a bandeira do estado em questão, o que significa dizer que tem esta nacionalidade como um atributo de sua personalidade jurídica, a corporação pode ser assimilada, em situações específicas, a uma estrangeira. Seria ingênuo crer que os estados, ao estabelecerem – ou rejeitarem – vínculos com as corporações,

considerassem apenas sua existência formal – e, neste sentido, o local de sua constituição ou de sua sede social. Não: consideram sua existência por completo, buscando em toda a extensão deste fenômeno elementos diante dos quais possam estabelecer formas mais reais e efetivas deste vínculo. Por outro lado, seria ainda mais ingênuo crer que estes estados pretendessem estabelecer estes vínculos sempre sob estas ‘formas mais reais e efetivas’: ao contrário, eles estabelecem, como regra geral, vínculos tênues ligados a elementos formais da corporação; e reservam aquelas ‘formas’ para situações especiais, em que ‘interesses estratégicos’ as imponham. Em suma: os estados tendem a considerar, como nacionais, empresas devidamente constituídas em seu território e segundo suas leis – e assim a abrir ao investimento estrangeiro todas as possibilidades de empreender atividades econômicas em seu território; entretanto, em situações ditas “estratégicas”, os estados tendem a restringir a atuação de corporações ligadas a interesses estrangeiros – considerando-as, por assim dizer, “menos nacionais”. No primeiro caso, o estado terá estabelecido critérios de atribuição de nacionalidade; no segundo, haverá o que se chama, nesta dissertação, de regras de reforço. Em tudo isto, a mesma ‘idéia’: o estado, como realidade objetiva, remonta à subjetividade das corporações, vinculando-as ou não a si. Tudo isto, enfim, não é senão a idéia de nacionalidade projetando-se num vasto conjunto de preceitos e repercussões jurídicas.

Tais preceitos, como dito, são divididos nesta dissertação em critérios e regras de reforço. Os primeiros são regras gerais: ligando à personalidade jurídica das corporações o atributo da nacionalidade, aplicam-se à generalidade dos casos. Os segundos são regras específicas: sem determinar este atributo, e mesmo a despeito dele, impõem condicionamentos à atuação das corporações, supondo sua nacionalidade a partir de elementos menos formais. Os primeiros discernem as corporações entre nacionais e estrangeiras; os segundos apenas supõem tal distinção, a partir de outros elementos, em situações específicas – nas quais a idéia de nacionalidade, segundo se presume, deve ser reforçada. Todos eles, porém, têm por suporte a existência da corporação: os critérios, em geral, centram-se sobre sua existência formal – embora possam supor sua existência factual e, mais raramente, mesmo a instrumental; as regras de reforço sempre levam em consideração a existência factual e instrumental da corporação – e seu alvo, portanto, ou é o lugar a que tal existência é referida, ou os homens a cujos interesses ela se presta.

Por outro lado, todos estes preceitos engendram repercussões discriminatórias – seja para distinguir os nacionais dos estrangeiros, seja para identificar a nacionalidade específica: brasileira, alemã ou norte-americana, por exemplo. Diga-se ainda que as repercussões ligadas às regras gerais – critérios – são igualmente gerais: sempre que a hipótese de incidência for a nacionalidade das corporações, elas se produzem; já as repercussões ligadas às regras de reforço são específicas, restritas a situações especiais em que se supõe necessário estabelecer formas mais efetivas de constatar a ligação da corporação à nação. Diante destas repercussões, pode-se ainda questionar a compatibilidade com as disposições de direito econômico internacional, amplamente fundadas no princípio da não discriminação. Este questionamento resultará na consideração de que os estados, ao produzirem tais repercussões, podem estar agindo nos limites de sua soberania e, neste sentido, segundo contingências internas a que o direito internacional é sensível; de todo modo, os próprios limites dessa soberania tornam-se imprecisos e, por conseqüência desta imprecisão, a compatibilidade entre aquelas repercussões e o direito internacional encerra uma questão problemática.

Uma vez esboçado o universo de preceitos e repercussões ligados à idéia de nacionalidade, estava superado o primeiro e mais importante estágio desta dissertação: a descrição do modo pelo qual o estado remonta às corporações, vinculando-as a si. Nesta descrição, como dito, a pura objetividade da ordem jurídica remonta ao sujeito e, nesta medida, relaciona-se com seu oposto. A idéia de estado compreende estes dois momentos abstratos – a pura objetividade da ordem vinculante e a pura subjetividade dos entes vinculados – e tem nesta relação sua realidade. O estado regula a existência das corporações na exata medida em que aponta aquelas que lhe são vinculadas e elege as formas de fazê-lo. Entretanto, este vínculo atende a diversas determinações e, além disso, seu estabelecimento pode se dar sob inúmeras formas; como dito, a existência das corporações pode ser considerada sob vários aspectos e, portanto, seu vínculo a determinado estado pode ser estabelecido em função de inúmeras variáveis; finalmente, gerando este vínculo discriminação, a razão a explicá-la, diante das inúmeras situações específicas em que se manifesta, engendra repercussões igualmente específicas. Tudo isto tinha que ser descrito como um só fenômeno; tudo isto, portanto, tinha que ser remetido a uma só referência: a idéia de nacionalidade.

Enfim, conforme presume esta dissertação, o objeto deste estudo havia sido descrito; suas determinações haviam sido encontradas; suas manifestações, compreendidas e devidamente classificadas. Contudo, faltava um último passo: compreender o contexto em que este objeto se insere – descortinar, portanto, aquilo que o contém e que, a partir desta relação de continência, revela seu sentido pleno. Este contexto abrange o universo das atividades econômicas, em que as corporações atuam; aliás, é justamente em consideração a este contexto que elas são definidas: a corporação assinala a própria subjetivação deste contexto, o ente cuja atuação o determina. Além disso, este contexto perfaz uma realidade de projeção internacional – ou melhor: uma realidade rigorosamente global. As corporações são entes cuja atuação não se restringe aos limites do estado; e esta atuação, que perfaz o contexto das atividades econômicas, desafia o estado, justamente porque este não pode senão regular alguns de seus aspectos. Este é o dado decisivo: a corporação, em si mesma, corresponde a uma realidade que não pode ser inteiramente sujeita à ação estatal, pois supera os limites de sua atuação soberana; ao estado resta a possibilidade de regular os aspectos daquela realidade que se projetam nos limites desta soberania; em todo caso, estes aspectos remontam à realidade total e unitária daquela corporação, que se ergue diante da existência fragmentária dos estados. O contexto descrito, enfim, jamais se submete inteiramente aos estados; e a expressão jurídica deste contexto – o direito, enfim, que “brota” desta realidade e que, recorrendo-se a expressão consagrada, chama-se aqui de direito internacional econômico – não pode ser inteiramente assimilada à soberania estatal.

Todavia, se esta realidade jurídica não remonta unicamente aos estados, provém de instâncias alheias a eles, capazes também de conformá-la. E aqui, obviamente, cogita-se do poder das corporações. Não há dúvida de que as corporações detêm poder econômico – premissa que decorre da mera circunstância de serem sujeitos deste contexto. A questão que se põe, todavia, era a de saber se este poder era também determinante à conformação daquele direito econômico internacional; e ‘determinante’ não como força que se projeta através do estado, caso em que esta força remontaria à atuação soberana deste, mas que se manifesta a despeito dele e mesmo, talvez sobretudo, contra ele. A resposta encontrada foi positiva: não apenas porque o poder das corporações é um dado inegável – e monstruoso – da experiência; mas principalmente porque foi reconhecido que aquele direito não remonta unicamente à soberania estatal e supõe, portanto, um poder diverso a conformá-lo – poder que evidentemente remonta às corporações, até

porque tal direito regula sua existência como fenômeno global e a relação deste com a soberania dos estados.

Neste contexto, em suma, o estado é apenas um dos elementos a serem considerados, um ator de uma cena que necessariamente não se restringe à sua atuação. Neste contexto o estado existe diante de sua alteridade – e ambos, portanto, perfazem uma relação que necessariamente supõe uma realidade mais ampla, que a contenha. Aqui, então, a corporação não é simplesmente um dado da realidade submetido à ordem jurídica estatal; aqui, estado e corporação são, ambos, elementos de uma realidade os abrange e os relaciona. O estado, neste contexto, não é mais ‘a ordem jurídica’, a pura objetividade; é ator de uma realidade que o contém e que necessariamente engendra uma ordem jurídica diversa – diante da qual é sujeito, tanto como portador do poder ingerir na sua conformação, quanto como destinatário de seus comandos. Como dito antes, é a volta do pêndulo: o estado como ordem jurídica remonta, em sua pura objetividade, ao sujeito – a corporação; mas diante do contexto que contém tal ligação, também o estado é sujeito e, neste sentido, referível a uma ordem que o supera e que é expressão jurídica daquela ‘realidade’ – enfim, um segundo momento da pura objetividade. Este segundo momento, esta abstração lógica, não é senão a totalidade do fenômeno jurídico correspondente à realidade considerada; e este fenômeno – seja ele restrito apenas à sua expressão formal, seja ele correspondente a toda e qualquer forma de ordem imperativa – remonta não só à soberania estatal, mas também ao poder das corporações.

A observação de Berle e Means, assim, vem à mente: assim como o poder político do estado substituiu o poder espiritual da igreja como fator determinante da organização social, também aquele poder de matriz estatal pode estar cedendo diante do poder econômico das corporações. O contexto atual não permite dizer que este tenha superado aquele outro; muito pelo contrário, o poder político dos estados é, cada vez mais, um dado impactante da realidade; e se é certo que é confrontado pelo poder econômico das corporações, tampouco há dúvida de que ele assume dimensões jamais vistas – na forma, p. ex., de poderio militar, tecnológico e mesmo econômico. Supor que o poder político do estado esteja sendo confrontado é, como dito, uma evidência que se depreende da realidade econômica; mas supor que aquele poder será superado, ao que parece, é uma projeção rigorosamente arbitrária.

E aqui, então, volta-se àquela perplexidade descrita no início desta conclusão – e que, já ali, anunciara-se inevitável. Ao trazer seu objeto para o cerne do contexto em que deve ser compreendido, esta dissertação então abandona-o – justamente porque é incapaz de prever a solução do confronto aí existente. Diante deste confronto, este objeto assume seu pleno sentido, mas também revela toda a obscuridade que permeia sua compreensão. Aí, enfim, a nacionalidade das corporações é um tema crucial e, paradoxalmente, uma noção cuja razoabilidade é questionável. De todo modo, o citado confronto está em aberto; e insiste-se: não há como projetar sua solução – ou melhor: não há como fazer tais projeções sem que estas sejam puramente arbitrárias.

Mas, ainda assim, há uma objeção que se deve fazer ao desfecho desta dissertação: por que não tomar posição neste confronto? Por que não defender a completa liberalização dos mercados ou, contrariamente, sua tutela rigorosa e enérgica pelos estados? Por que, enfim, manter-se impassível diante de um confronto em que polarizam valores tão relevantes?

Eis, sem dúvida, a questão fundamental. Esta dissertação manteve-se sempre fiel a esta neutralidade – assim, pelo menos, pretendeu. E agora, enfim, é preciso explicar tal postura – que, do contrário, pode ser legitimamente censurada como tibia e covarde.

Quem escolher? Que partido tomar? A nação ou a corporação?

Em princípio, a resposta parece ser óbvia: a nação, o estado, o ente que cristaliza a soberania popular. De fato, sob certo sentido, não há como contestar o estado: este representa o poder de que dispõem os povos de governarem, democraticamente, a si mesmos; é portanto a própria expressão do poder que remonta, em última análise, aos homens – e que tem aí, portanto, um fundamento inexorável. Entretanto, lembra-se que o estado é visto, no confronto de que ora se cogita, como um ator deste contexto e não como a expressão da ordem jurídica que daí se projeta; aí, o estado representa um poder que atua, tanto quanto o poder das corporações, na conformação desta ordem; finalmente, este contexto é necessariamente irreduzível à atuação estatal, pela simples razão de que extrapola os limites de sua soberania. A questão, portanto, não diz respeito à condição do estado compreendido como sinônimo de direito; mas questiona seu

papel na conformação de um direito necessariamente supra-estatal, justamente porque voltado a uma realidade insubmissa aos limites do estado.

Esta realidade, enfim, é o universo das atividades econômicas – e aqui, de fato, a ingerência do estado pode ser contestada, precisamente porque sua atuação reduz-se a apenas uma ingerência, sem que jamais caracterize a própria expressão jurídica desta realidade. Este é um ponto no qual convém insistir: ainda que cada estado regulasse exaustivamente a realidade econômica que se projeta nos limites de sua soberania, e ainda que todas estas ‘regulações’ fossem tomadas em conjunto, ainda assim os principais aspectos da realidade econômica global permaneceriam insubmissos a esta regulação, pois também estes têm existência irrestrita aos limites de qualquer estado. Diante desta realidade econômica, portanto, impõem-se as seguintes alternativas: ou uma regulação que não se remeta ao estado, diante da qual as respectivas soberanias cedam em prol de regras impostas pelos atores da cena econômica; ou uma regulação inteiramente baseada na soberania estatal – cuja exercício seria sempre cioso dos interesses nacionais e portanto indiferente às imposições do mercado em si. Em suma, a questão é balizada por duas opções extremas: ou o mercado regula-se a si mesmo e assim dá origem a uma ordem jurídica inteiramente alheia às ingerências do estado; ou este “toma as rédeas” do mercado, regulando-o no âmbito de suas respectivas ordens internas, sempre – e somente – em função dos interesses nacionais.

Posta a questão desta forma, pode-se objetar que a primeira hipótese pode ser propícia aos interesses nacionais, e que a segunda pode ser adequada aos interesses do mercado. Não se questionará, aqui, o acerto destas objeções – ainda que se tenha reservas quanto a elas. O fato é que se cogita, aqui, de uma ordem jurídica internacional a regular os mercados, diante da qual estados e corporações são tomados como sujeitos – que tanto têm o poder de influir na sua conformação, como a necessidade de sujeitarem-se a ela. Diante desta ordem jurídica internacional, os estados e as corporações representam forças contrapostas – que podem coexistir em equilíbrio instável, mas que também podem, afinal, “vencer” este confronto, sujeitando completamente o “adversário”. Obviamente, este confronto não passa de uma representação abstrata e esquemática da realidade – realidade em que as partes jamais podem ser assimiladas a entes distintos e opostos, realidade em que as corporações atuam através dos estados e estes, por sua vez, na forma de poderosíssimas corporações. Entretanto, isto não induz a

concluir que tal representação seja inútil; ao contrário: ela põe em relevo a oposição entre poder político e poder econômico – aquele remontando ao estado e este, à corporação. Nesta oposição, enfim, aquele confronto de que se falava assume contornos absolutos; nela, aquelas alternativas antes mencionadas refletem apenas as contingências deste confronto no cenário atual – contingências tão distintas daquelas vigentes no passado quanto das que existirão no futuro, mas que sempre expressam aquela mesma oposição.

Neste sentido, lembra-se que uma das hipóteses extremas antes cogitadas é a de que a ordem jurídica a regular o contexto econômico internacional possa remontar inteiramente ao poder das corporações; e então, conforme a observação de Berle e Means, o poder econômico destas substituir-se ao poder político dos estados. Levando-se às últimas conseqüências este raciocínio, as próprias corporações poderiam suceder os estados como entidades soberanas, caso em que a cidadania seria a relação jurídica entre o homem e a corporação, pautada num direito patrimonial representado pela propriedade das ações. Neste cenário, pode-se presumir, viria à tona a questão sobre a legitimidade democrática dessa ordem jurídica, criada a despeito da participação política dos homens; neste cenário, entretanto, o próprio conceito de participação política perderia sentido, e a legitimidade democrática dos governos aí exercidos estaria diretamente ligada ao respeito aos direitos dos sócios.

Esta hipótese, claro, não passa de uma conjectura. Todavia, tem o mérito de dar àquele confronto de que se cogita tons absolutos. Neste sentido, não se trata apenas de optar entre a maior ou menor ingerência dos estados na regulação da ordem econômica internacional; trata-se de extrair desta questão, descrita em dados contingentes, aquilo que lhe é essencial: a oposição entre os poderes político e econômico, entre a nação e a corporação – oposição, enfim, que retrata os fatores determinantes da organização social e, em última análise, as formas pelas quais se processa o convívio humano. Diante desta oposição, posta nestes ‘tons absolutos’, esta dissertação teria que tomar partido. Mas então, justamente porque as opções são postas nestes termos, esta dissertação é incapaz de fazê-lo.

De um lado, as corporações. Sujeitos do contexto econômico. Manifestações de um poder despolitizado, justamente porque dirigido apenas a si mesmo, à sua consolidação e expansão. Sua atuação social é voltada aos mercados: a abastecê-los, a disputá-los, a criá-los. Sua organização é rigorosamente global. Seu alcance, ilimitado. As possibilidades de que dispõe para

perseguir seus objetivos, irrestritas. Sua existência, neste sentido, assume dimensões extraordinárias: são entes cuja expressão econômica pode ser comparável à dos estados mais poderosos, e cuja capacidade de influir no contexto da existência humana, correspondentemente, é sem dúvida imensa. As corporações, como sujeitos dotados de tal capacidade, já conformam a realidade social: já detêm as formas de abastecer as necessidades humanas, tanto quanto têm logrado impor novas e sempre crescentes necessidades. Tal capacidade é expressão de seu poder; e este poder, de dimensões titânicas, projeta-se como um fenômeno irrefreável e assustador.

De outro lado, os estados. Ao mesmo tempo, a subjetivação e a objetivação do poder político. A instância em que o governo democrático é sempre cogitável. Mas também uma forma de organização contingente, historicamente situada, ligada a valores e fins e formas e símbolos típicos de uma era determinada, que provavelmente não tenham mais sentido no futuro, como não tiveram no passado. Mais do que isso: a fonte mais profusa de poder social, a forma mais efetiva de regular o convívio humano, o meio mais monstruoso de submeter o homem. O estado incumbido de garantir a liberdade do homem é o mesmo que devassa sua intimidade, que o sujeita a constrangimentos ilimitados e que o aniquila como a um inseto. O estado incumbido de promover a justiça é o que zela pela perpetuação de uma ordem social injusta. O estado incumbido de zelar pela paz é o que se enche de armas, e que enche o mundo de armas, e que assim dá condições para que se trema diante do espectro de uma guerra de proporções insuportáveis. Tudo isto é expressão de seu poder; e este poder, de dimensões titânicas, é um fenômeno irrefreável e assustador.

Diante destes dois lados do confronto, diante destas ‘forças’ gigantes, diante enfim destes monstros titânicos – está o homem. Que opção lhe cabe – ao homem, ao “ser consciente e livre”, a este dado rigorosamente irrisório da realidade em que atuam aqueles monstros? A posição de um homem, neste contexto, que relevância tem? E afinal, diante destas forças, é possível mesmo decidir? São questões que esta dissertação não pôde responder; talvez porque, por trás dela, haja só um homem.

## REFERÊNCIAS

AIMET, Pierre. *As Civilizações Antigas do Oriente Médio*. Trad.: Alcides de Campos. Lisboa: Publicações Europa-América. 1974.

ALMEIDA, Paulo Roberto. *Os primeiros anos do século XXI*. São Paulo: Paz e terra, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ideologia da política externa: sete teses idealistas*. Disponível em <<http://www.espacoacademico.com.br/005/05almeida.htm>>. 2000.

ANDREZO, Andréa Fernandes. *The Sarbanes-Oxley Act and the Rules Applicable to Foreign Companies: the Possible Impact on the Capital Markets*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 132. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras. 2004.

ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Edição Saraiva. 1969.

\_\_\_\_\_. *Studi in tema di societa*. Milão:Giuffrè,1952.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Malheiros Ed. Ltda., 6ª ed., 5ª tir. 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BARBOSA, Denis Borges. *A noção jurídica de 'empresa brasileira' após as Emendas Constitucionais de 1995*. 1996. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/20.doc>>. Acesso em: 15.05.2008.

\_\_\_\_\_. *A noção de direito de acesso no regime do capital estrangeiro*. 1995. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/trabalhos.htm>>. Acesso em: 14.05.2008.

BARRAL, Welber. *Solução de Controvérsias na OMC*. In: KLOR, Adriana D; PIMENTEL, Luiz O.; KEGEL, Patrícia L.; BARRAL, Welber. *Solução de Controvérsias – OMC, União Européia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung. 2004.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Ed. RT. 1977.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A Sociedade Internacional e o Fenômeno da Globalização: Algumas considerações sobre o surgimento, a conformação e o declínio do mundo de Vestfália*. In: GUERRA, Sidney. *Globalização – Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Ed. Unijuí. 2006.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Nova Cultural. 1987.

\_\_\_\_\_. *A república econômica americana*. Rio de Janeiro: Forense. 1968.

BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1944.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2005.

BORGES DE MACEDO, Paulo E. Vauthier. *Globalização e Personalidade Jurídica: Sujeitos e Atores do Direito e das Relações Internacionais*. In: GUERRA, Sidney. *Globalização – Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Ed. Unijuí. 2006.

BOYER, Robert; DRACHE, Daniel. *Introduction*. In: \_\_\_\_\_ (Edit.). *States Against Markets*. New York: Routledge. 2007.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. 2008. Disponível em: <[http://www.mre.gov.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1274&Itemid=553](http://www.mre.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1274&Itemid=553)>. Acesso em: 20.03.2008.

BUCK, Tobias; KIRCHGAESSNER, Stephanie; TUCKER, Sundeep. *Bidders feel chill wind of proteccion*. Financial Times, Londres, 28 de dezembro de 2006.

BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1985.

CÂMARA CASCUDO, Luís da. *Geografia do Brasil Holandês*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

CAMINHA, Unie. *Notas sobre os grupos de sociedades no direito brasileiro*. 2007. Disponível em: <<http://www.unifor.br/notitia/file/1631.pdf>>. Acesso em: 29.04.2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 7a ed. 2003.

CANTWELL, Jonh. *From the early internationalization of corporate technology to global technology sourcing*. Transnational Corporations, vol. 8, n. 02. Agosto 1999. Genebra: United Nations Publication.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia del Derecho*. Cidade do México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. 1962.

CAROS AMIGOS. *Entrevista: Jairo Jorge*. Seção “República”. Edição nº 106. Janeiro de 2006. Disponível em: <[http://carosamigos.terra.com.br/da\\_revista/edicoes/ed106/republica\\_entrevista.asp#topo](http://carosamigos.terra.com.br/da_revista/edicoes/ed106/republica_entrevista.asp#topo)>. Acesso em: 12.03.2008.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freita Bastos, vol. I. 1957.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: Livraria Freita Bastos, vol. III. 1958.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1º v., 4ª ed. 2002.

\_\_\_\_\_. *Nacionalidade das Sociedades no Direito Internacional e no Direito Interno*. In Revista de Direito Público. São Paulo: n. 69, p. 238-253. 1984.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1999.

CASTRO MOREIRA JR., Gilberto de. *Bitributação Internacional e Elementos de Conexão*. São Paulo: Aduaneiras. 2003.

CEPAL. *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*. Santiago: Publicaciones de las Naciones Unidas. 2006.

CHANG, Y. C.; WILLIAMS G. *Changing the rules: amending the nationality clauses in air service agreements*. Journal of Air Transport Management, v. 7. 2001. Disponível em: <<http://www.ingentaconnect.com/content/els/09696997/2001/00000007/00000004/art00007>>. Acesso em: 14.05.2008.

CIOFFI, Jonh W. *Corporate Governance Reform, Regulatory Politics, and the Foundations of Finance Capitalism in the United States and Germany*. German Law Journal. vol. 07, nº 06. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORSI, Jerome R. *Foreign ownership of U.S. airlines?* WORLD NET DAILY. Publicado em 18.07.2006. Disponível em: <[http://www.worldnetdaily.com/news/article.asp?ARTICLE\\_ID=51113](http://www.worldnetdaily.com/news/article.asp?ARTICLE_ID=51113)>. Acesso em: 12.05.2008.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?* Revista Brasileira de Política Internacional, 49 (2). 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v49n2/a04v49n2.pdf>>. Acesso em: 14.05.2008.

CRETELLA NETO, José. *Globalização: Empresas Transnacionais e Investimentos*. In: GUERRA, Sidney. *Globalização – Desafios e Implicações para o Direito Internacional Contemporâneo*. Ijuí: Ed. Unijuí. 2006.

CRISTIANO, Romano. *A nova estrutura da sociedade anônima*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1977.

DAL RI (Jr.), Arno. *Comércio e Moeda*. In: DAL RI (Jr.), Arno (org.). *História do Direito Internacional – Comércio e Moeda – Cidadania e Nacionalidade*. Florianópolis: Fund. Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. *Evolução histórica e Fundamentos Políticos-Jurídicos da Cidadania*. In: DAL RI JR., Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). *Cidadania e Nacionalidade. Efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais*. Ijuí: Editora Unijuí. 2002.

\_\_\_\_\_. *O Direito Internacional Econômico em Expansão: Desafios e Dilemas no Curso da História*. In: DAL RI JR., Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). *Direito Internacional Econômico em Expansão – Desafios e Dilemas*. Ijuí: Ed. Unijuí. 2003.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – O Fundamento Místico da Autoridade*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

DICKIE, Mure. *China woos foreign media investors but keeps its hand on tiller*. Financial Times, Londres, 24 de novembro de 2004.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed. 2003.

DJANKOV, S.; LA PORTA, R.; LOPES DE SILANES, F.; SHLEIFER, A. *The regulation of entry*. 2002. Disponível em: <<http://elsa.berkeley.edu/~yqian/econ260b/Djankov%20Regulation%20of%20Entry.pdf>>. Acesso em: 14.05.2008.

- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- DRACHE, Daniel. From Keynes to K-Mart: Competitiveness in a Corporate Age. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Edit.). *States Against Markets*. New York: Routledge. 2007.
- DUNNING, Jonh. *Forty years on: American Investment in British Manufacturing Industry revisited*. Transnational Corporations, vol. 8, n. 02. Genebra: United Nations Publication. 1999.
- ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (THE). *World Investment Prospects to 2011*. 2007. Disponível em: <[http://a330.g.akamai.net/7/330/25828/20070829185216/graphics.eiu.com/upload/WIP\\_2007\\_WEB.pdf](http://a330.g.akamai.net/7/330/25828/20070829185216/graphics.eiu.com/upload/WIP_2007_WEB.pdf)>. Acesso em: 29.04.2008.
- ERRAMILLI, M. Krishna. *Nationality and subsidiary ownership patterns in multinational corporations*. 1996. Disponível em: <<http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5000396656>>. Acesso em: 15.05.2008.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes. 1987.
- FURTADO, João. *Capital estrangeiro e desenvolvimento*. Portal da Fundação Perseu Abramo. Veiculado em 30/11/1994. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=1532>>. Acesso em: 12.11.2007.
- GALBRAITH, Jonh Kenneth. *A Era da Incerteza*. São Paulo: Pioneira, 6ª ed. 1984.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Estado Industrial*. São Paulo: Pioneira. 1983.
- GALGANO, Francesco. “*Lex Mercatoria*”. Tradução de Erasmo Valladão e N. França. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 129. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.
- GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*. Ijuí: Editora Ijuí, 2003.
- GIERKE, Otto. *Natural Law and the Theory of Society: 1500 to 1800*. London: Cambridge University Press. 1950.
- GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*. Granada: Editorial Comares, SL. 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. São Paulo: Ed. Malheiros, 7ª ed. 2002.
- GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad.: Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, v. I. 2005.
- GUEDES, Ana Lúcia. *Repensando a Nacionalidade de Empresas Transnacionais*. In *Revi. Sociol. Polít.*, Curitiba, 14, p. 51-60, jun. 2000.

GYORY, Michel. *Making And Distributing Films in Europe: The Problem of Nationality*. (In cooperation with and commissioned by The European Audiovisual Observatory). 2000. Disponível em: <[http://www.obs.coe.int/online\\_publication/reports/natfilm.html](http://www.obs.coe.int/online_publication/reports/natfilm.html)>. Acesso em: 12.04.2008.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *The Postnational Constellation – Political Essays*. Cambridge: MIT Press, 2001.

HADARI, Yitzhak. *The choice of national law applicable to the multinational enterprise and the nationality of such enterprises*. *Duke Law Journal*, n. 1. 1974. Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/duk1r1974&collection=duk1r&id=23&print=58&ext=.pdf>>. Acesso em: 23.04.2008.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

\_\_\_\_\_. *Derecho y Moral – contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1962.

HASSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *The End of History for Corporate Law*. Janeiro 2000. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/)>. Acesso em: 02.02.2008.

HAURIOU, Maurice. *La teoria de la institucion y de la fundacion: ensayo de vitalismo social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1976.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1969.

HENTZ, Luiz A. S; DINIZ, Gustavo S. *Nacionalidade da Pessoa Jurídica – Sistemática no Novo Código Civil*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 35. Maio/junho 2005.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia – Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005

HIRACUTA, Célio; NEGRI, Fernanda di. *Influencia del origen del capital sobre los patrones del comercio exterior brasileño*. *Revista de la Cepal*, 82, abril 2004. Disponível em: <<http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/revista/noticias/articuloCEPAL/1/19411/P19411.xml&xsl=/revista/tpl/p39f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>>. Acesso em: 22.05.2008.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press. 1998.

HOECKMAN, Bernard; MATOO, Aaditya; ENGLISH, Philip. *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank. 2002.

\_\_\_\_\_ ; KOSTECKI, Michel M. *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., second edition. 2002.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase)*. Judgment of 5 February 1970. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ibtsummary700205.htm>>.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Foreign Direct Investment in Emerging Market Countries*. Report of the Working Group of the Capital Markets Consultative Group. 2003. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/cm/cg/2003/eng/091803.pdf>>. Acesso em: 22.03.2008.

JHERING, Rudolf Von. *Questões e Estudos de Direito*. Campinas: LZN, 2003.

JONES, Geoffrey G. *Nationality and Multinationals in Historical Perspective*. 2005. Disponível em: <<http://www.hbs.edu/research/pdf/06-052.pdf>>. Acesso em: 15.05.2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Empresa, Ordem Econômica e Constituição*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 212. 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANTAI, Parselelo. *The film industry: A documentation of the African experience*. Financial Times, Londres, 23 de junho de 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1974.

KLINE, Jonh M. *TNC codes and national sovereignty: deciding when TNCs should engage in political activity*. Transnational Corporations, vol. 14, n. 03. Dezembro 2005. Genebra: United Nations Publication.

KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of international law, 1870-1965*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MABRY, Linda A. *Multinational corporations and U.S. technology policy: Rethinking the concept of corporate nationality*. Georgetown Law Journal. Washington, DC: Georgetown University Law Center, Fevereiro de 1999. Disponível em: <[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_qa3805/is\\_199902/ai\\_n8835397](http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_199902/ai_n8835397)>. Acesso em: 20.04.2008.

MALBERGIER, Sérgio. *A terra paga o preço*. Folha “on line”. Publicado em 29.05.2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/sergiomalbergier/ult10011u406515.shtml>>. Acesso em: 02.06.2008.

MALLARMÉ, Stéphane. *Poemas de Mallarmé Lidos por Fernando Pessoa*. Lisboa: Assírio & Alvim. 1998.

MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

MANÓVIL, Rafael Mariano. *Sociedades Extrajeras en la Argentina: algunas cuestiones*. In: *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Jon Kleinheisterkamp e Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.). Max Planck Institute, p. 325-339. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1ª ed. 2002.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense. 1982.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., v. I. 1978.

MORRISET, Jacques; NESO, Olivier Lumenga. "Administrative Barriers to Foreign Investment in Developing Countries". *Transnational Corporations*, vol. 11, n. 02 (Agosto 2002). Genebra: United Nations Publication.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 134. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

NAKAMOTO, Michiyo. *One-way street? As its companies expand abroad, Japan erects new barriers at home*. *Financial Times*, Londres, 2 de março de 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo*. São Paulo: Ed. Martin Claret. 2000.

NUSDEO, Fábio. *A Empresa Brasileira de Capital Nacional: Extensão e Implicações do art. 171 da Constituição Federal*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 77. São Paulo: Malheiros Editores. 1990.

OECD. *OECD BENCHMARK DEFINITION OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT*. 2008a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/26/50/40193734.pdf>>. Acesso em: 24.04.2008.

\_\_\_\_\_. *Glossary of Tax Terms*. 2008b. Disponível em: <<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=455>>. Acesso em: 01.06.2008.

*OUTSOURCING: THE EVIDENCE*. *The Economist*, Londres, 25 de junho de 2005.

PATTERSON, Neil; MONTANJEES, Marie; MOTALA, Jonh; CARDILLO, Collen. *Foreign Direct Investment – Trends, Data, Availability, Concepts, and Recording Practices*. Washington: INTERNACIONAL MONETARY FUND Publication Services. 2004.

PETERSMANN, Ernest-Ulrich. *State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: from Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law?* European University Institute Working Paper Law n. 45. 2006. Disponível em: <<http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6446/3/LAW%202006-45.pdf>>. Acesso em: 25.05.2008.

\_\_\_\_\_. *From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration Law: The WTO Dispute Settlement System*. *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, vol. 1(2). 1998.

PLATÃO. *Diálogos*. Coleção ‘Os Pensadores’. São Paulo: Nova Cultural. 1987.

\_\_\_\_\_. *A República*. São Paulo: Ed. Nova Cultural. 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2ª tir., tomo I. 1983a.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2ª tir., tomo II. 1983b.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2ª tir., tomo XI. 1983c.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2ª tir., tomo L. 1984.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2ª tir., tomo LI. 1984b.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2ª tir., tomo XLIX. 1984c.

PROUST, Marcel. *A prisioneira*. Tradução de Lourdes Souza de Alencar e Manoel Bandeira. Porto Alegre: Editora Globa, 2ª ed., 2ª reimp. 1971.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1974.

RAI, Saritha. *Technology; Indians Fearing Repercussions Of U.S. Technology Outsourcing*. The New York Times, Nova York, 9 de fevereiro de 2004.

RECAVARREN, Isabel. *O Acordo Multilateral sobre as Medidas de Investimento – AMI*. In: DAL RI JR., Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). *Direito Internacional Econômico em Expansão – Desafios e Dilemas*. Ijuí: Ed. Unijuí. 2003.

REGNIER, Leonardo Medeiros. *Nacionalidade das Sociedades Comerciais*. Curitiba: Juruá, 2002.

REQUIÃO, Rubens. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada – Estrutura e Função*. Curitiba: Juruá Editora. 2000.

RICUPERO, Rubens. *Rebuilding Confidence in the Multilateral Trading System: Closing the ‘Legitimacy Gap’*. In: SAMPSON, Gary P. *The Role of the World Trade Organization in Global Governance*. Nova Iorque: The United Nations University. 2001.

ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S.A. 1969.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. São Paulo: Atlas, 7ª ed. 1978.

ROTHMANN, Gerd W. *Problemas de qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional*. In: *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Jon Kleinheisterkamp e Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.). Max Planck Institute, p. 399-413. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1ª ed. 2002.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Écrit Politiques*. Paris: Librairie Généralé Française. 1992.

SAFARIAN, A. Edward. *Host Country Policies towards inward foreign direct investment in the 1950s and 1990s*. Transnational Corporations, vol. 8, n. 02. Agosto 2002. Genebra: United Nations Publication.

SANTO (Jr.) , Respicio Antônio do Espírito; CORREIA, Fábio Cardoso. *O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras*. 2006. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/til/Pdf/pdf\\_171/R171-16.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/til/Pdf/pdf_171/R171-16.pdf)>. Acesso em: 22.04.2008.

SANTOS, Antônio Marques dos. *Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina. 1985.

SAVIGNY, Friederich von. *Sistema de Direito Romano Atual* – v. 8. Ijuí: Editora Unijuí. 2004.

SILVA PACHECO, José da. *Tratado de direito empresarial. Empresário: pessoa e patrimônio*. São Paulo: Saraiva. 1979.

SIMIONATO, Frederico A. M. *A Função Social e o Controle do Poder nas Companhias*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 135. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

SONG, Inwon. *Foreign Bank Supervision and Challenges to Emerging Market Supervisors*. IMF Working Paper. Monetary and Financial Systems Department. 2004. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2004/wp0482.pdf>>. Acesso em: 13.03.2008.

STÉDILE, João Pedro. *A quem interessa o modelo agrícola do agronegócio*. Revista Caros Amigos, ed. 87, junho de 2004. Disponível em: <[http://carosamigos.terra.com.br/da\\_revista/edicoes/ed87/jp\\_stedile.asp](http://carosamigos.terra.com.br/da_revista/edicoes/ed87/jp_stedile.asp)>. Acesso em: 21.04.2008.

STIGLER, G. *The Theory of Economic Regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science. New York: American Telephone and Telegraph Co, Vol. 2, nº 1. 1971.

STRENGER, Irineu. *Teoria Geral do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Bushatsky. 1973.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *A Nacionalidade e as Sociedades Comerciais no Brasil e no Estrangeiro*. Revista dos Tribunais, n. 420, p. 20-37. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1970.

TRACHTMAN, Joel P. *The International Economic Law Revolution*. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law Journal of International Economic Law, n. 33. Spring, 1996. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/articles/trachtmanrevolution.pdf>>. Acesso em: 27.05.2008.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Técnos S.A., 1998.

UNCTAD. *World Investment Report. FDI from Developing Countries and Transition Economies: Implications for Development*. Genebra: United Nations Publication. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Transnational Corporations, Extractive Industries and development*. Genebra: United Nations Publication. 2007.

\_\_\_\_\_. *Audiovisual Services: Improving Participation of Developing Countries*. Genebra: United Nations Publication. 2002.

\_\_\_\_\_. *Host Countries Operational Measures*. Unctad Series on issues in international investment agreements. New York and Geneva: United Nations. 2001.

\_\_\_\_\_. *Most-Favoured-Nation Treatment*. Unctad Series on issues in international investment agreements. New York and Geneva: United Nations. 1999a.

\_\_\_\_\_. *National Treatment*. Unctad Series on issues in international investment agreements. New York and Geneva: United Nations. 1999b.

*UNITED STATES OF TELEVISION (THE)*. Financial Times, Londres, FT.com site, 21 de julho de 2003.

USA. DEFENSE SECURITY SERVICE. 2008. Disponível em: <[https://www.dss.mil/GW/ShowBinary/DSS/isp/foci/foci\\_faqs.html#9](https://www.dss.mil/GW/ShowBinary/DSS/isp/foci/foci_faqs.html#9)>. Acesso em: 21.05.2008.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

VEDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguillar SA de Ediciones, 4a ed. 1973.

VEJA. *O Grande Salto pra Trás*. Portal “Veja on-line” na internet. Publicado em 26.01.2005. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/260105/p\\_048.html](http://veja.abril.com.br/260105/p_048.html)>. Acesso em: 30.04.2008.

VERNON, Raymond. *Transnational corporations: where are they coming from, where are they headed?* Transnational Corporations, vol. 1, n. 02. Genebra: United Nations Publication. 1992.

VIEIRA, (Pe) Antônio. *Sermões – edição preparada por Antônio Soares Amora*. São Paulo: Cultrix Ltda, 1995.

WALLACE, Judith. *Corporate Nationality, Investment Protection Agreements, and Challenges to Domestic Natural Resources*. 2005. Disponível em: <<http://www.allbusiness.com/legal/contracts-agreements-incorporation/887365-1.html>>. Acesso em: 04.05.2008.

WATERMAN, David; JAYAKAR, Krishna. *The competitive balance of the Italian and American film industries*. European Journal of Communication, n. 15. 2000.

WELLS JR., L.; WINT, A. *Facilitating foreign investment: government institutions to screen, monitor, and service investment from abroad*?. FIAS Occasional Paper nº 2. Washington: World Bank Publication.

WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Aguilar S.A. – ediciones. 1974.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal – Parte General*?. Editor não indicado. 1956.

WILLMAN, John. *Break point? Why British tolerance of foreign ownership is in question*. Financial Times, Londres, 24 de janeiro de 2007.

WOLF, Martin. *What the World Needs from the Multilateral Trading System*. In: SAMPSON, Gary P. *The Role of the World Trade Organization in Global Governance*. Nova Iorque: The United Nations University. 2001.

ZAMBRANO (HIJO), David. *Persona y Derecho*. Buenos Aires: Valverio Abeledo, Editor. 1947.