

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO E
DIREITO DA INTEGRAÇÃO – O NOVO DIREITO INTERNACIONAL

LUCIANA STOCKER DA CUNHA

AS SOCIEDADES ESTRANGEIRAS NO BRASIL

Porto Alegre

2014

LUCIANA STOCKER DA CUNHA

AS FORMAS DE ATUAÇÃO DAS SOCIEDADES ESTRANGEIRAS NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito final para obtenção do certificado de Especialista no curso de Pós-Graduação Lato Sensu – Especialização em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração – O Novo Direito Internacional, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Silvio Javier Battello Calderon

Porto Alegre

2014

RESUMO

Através do presente trabalho será estudada a atuação das sociedades estrangeiras no Brasil, mediante a análise de seu regime jurídico e das formas de sua fixação na economia Brasileira, caracterizando-se como investimento estrangeiro direto. Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes. A primeira irá abordar o regime jurídico das sociedades estrangeiras, no âmbito nacional e convencional, de modo a definir os critérios determinadores da lei aplicável às pessoas jurídicas de direito internacional privado. A segunda, por sua vez, buscará refletir acerca das formas de exercício da atividade social destas sociedades em território brasileiro e das restrições e impedimentos impostos ao acesso de estrangeiros a determinadas atividades econômicas no Brasil e, ao final, analisar julgado do Superior Tribunal de Justiça relativo à responsabilidade de sociedade brasileira por atos de sua controladora estrangeira.

Palavras-chave: Sociedades estrangeiras. Lei aplicável. Formas de atuação. Restrições e impedimentos.

ABSTRACT

Through this work the operation of foreign companies in Brazil shall be studied, by the analyses of its legal regime and forms of access into the Brazilian economy, characterized as foreign direct investment. Therefor the work was divided into two parts. The first part aims to analyze the legal regime of foreign companies in the domestic and conventional scope, in order to define the law applicable to legal entities of private international law. In a second step, this work seeks to investigate the ways in witch these companies may practice their social activity in Brazil and the restrictions and impediments imposed by Brazilian laws concerning certain strategic economic areas and analyze a Superior Court of Justice case on the liability of Brazilian enterprise for acts of its foreign parent company.

Keywords: Foreign companies. Applicable law. Operation's forms. Restrictions and impediments.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. O Regime jurídico das sociedades estrangeiras	8
2.1. As sociedades estrangeiras conforme o direito nacional.....	9
2.2. As sociedades estrangeiras no âmbito convencional.....	13
2.2.1. O Código de Bustamante de 1928.....	17
2.2.2. Os Tratados de Montevideú.....	19
2.2.3. As Convenções Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs).....	20
3. As sociedades estrangeiras e suas formas de atuação no Brasil	24
3.1. A autorização para funcionamento.....	26
3.2. A participação no capital social de sociedade brasileira.....	31
3.2.1. As subsidiárias integrais e os grupos de sociedades.....	35
3.3. Restrições e impedimentos.....	37
3.4. Caso YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.....	43
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	50
ANEXO	55

INTRODUÇÃO

No contexto globalizado atual, mostra-se cada vez mais frequente a atuação transfronteiriça de sociedades empresárias em busca de novos mercados. Isso desencadeia, no campo do Direito, diversas incertezas, sobretudo devido às diferentes regras de tratamento conferido ao investimento estrangeiro, entre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Há duas formas de realização de investimentos por estrangeiro: o investimento direto e o de portfólio.

O investimento direto é definido pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), com base nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como “uma categoria de investimento internacional transfronteiriça em que um residente em uma economia possui o controle ou um significativo grau de influência na administração de uma empresa residente em outra economia”.¹ Controle, para estes fins, é determinado pela detenção de mais de 50% do poder votante da empresa e, grau significativo de influência, pela detenção de 10 a 50% deste.

O investimento de portfólio, por sua vez, é aquele que não acarreta no controle ou gestão do negócio alvo do investimento pelo investidor, que visa unicamente à obtenção de lucros.

Portanto, a diferença está na pretensão do investidor não-residente em deter controle sobre a empresa receptora do investimento e, assim, estabelecer relações de longo prazo no País receptor, o que é atingido pelo investimento estrangeiro direto.

¹BALANCE OF PAYMENTS AND INTERNATIONAL INVESTMENT POSITION MANUAL. 6. ed. Washington, D.C: International Monetary Fund, 2009. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>> acesso em 23 jul. 2014. p 100: “Direct investment is a category of cross-border investment associated with a resident in one economy having control or a significant degree of influence on the management of an enterprise that is resident in another economy”

Considerando que a sociedade que pretenda participar de negócios além de suas fronteiras sujeitar-se-á às leis nele vigentes, ao exercício de sua atividade social em outro Estado, questão a que se cinge o presente trabalho, mostra-se fundamental, a fim de definir do País alvo do investimento, a análise, dentre outros fatores, da ordem jurídica que lhe é mais favorável e da melhor forma de inserção na economia do País foco da atuação.

Não obstante a importância dos investimentos estrangeiros à economia brasileira, existem algumas restrições e impedimentos legais, que, objetivando garantir o interesse e a segurança nacional, limitam a influência estrangeira em atividades econômicas estratégicas, como as de assistência à saúde, jornalísticas e de radiodifusão, serviços de correio e telégrafos, entre outras. Será que é necessário haver este controle sobre a presença do capital estrangeiro na economia brasileira?

E no que diz respeito à regulação ao capital estrangeiro, durante e após sua realização, será que esta é satisfatória?

A atuação das sociedades estrangeiras no Brasil e suas implicações são objeto do presente trabalho, que visa a analisar as formas de participação de pessoas jurídicas constituídas no exterior na economia Brasileira, sempre que tal extrapole a mera prática de atos isolados, caracterizando-se como investimento estrangeiro direto.

Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes. A primeira irá abordar o regime jurídico das sociedades estrangeiras, no âmbito nacional e convencional, de modo a definir os critérios determinadores da lei aplicável às pessoas jurídicas de direito internacional privado. A segunda, por sua vez, buscará refletir acerca das formas de exercício da atividade social destas sociedades em território brasileiro e das restrições e impedimentos impostos ao acesso de estrangeiros a determinadas atividades econômicas no Brasil e, ao final, analisar julgado do Superior Tribunal de Justiça relativo à responsabilidade de sociedade brasileira por atos de sua controladora estrangeira.

2. O Regime jurídico das sociedades estrangeiras

No Direito Internacional Privado cuida-se do tema da lei aplicável às pessoas jurídicas, refletindo os autores acerca dos critérios mais adequados para definir as sociedades, associações ou fundações como nacionais ou estrangeiras.

Trata-se de identificar a qual ordenamento jurídico está vinculada a pessoa jurídica de direito internacional privado, o que, não obstante as críticas da doutrina, pode-se chamar de nacionalidade da pessoa jurídica, instituto que é inclusive invocado por convenções internacionais.

Conforme ensina Jacob Dolinger², dentre os vários critérios para aferir a nacionalidade da pessoa jurídica, destacam-se o da incorporação, o da sede social e o do controle. O doutrinador assim conceitua-os:

O critério da incorporação liga a sociedade ao país de sua constituição – para os ingleses, toda sociedade criada e registrada na Inglaterra, é inglesa. O critério da sede social liga a sociedade ao país em que se situa sua administração – o art. 3º da lei francesa de 1966 diz que “a sociedade cuja sede social esteja situada em território francês é submetida à lei francesa”. O critério do controle determina a nacionalidade da sociedade em função dos interesses nacionais que a animam – nacionalidade dos sócios, nacionalidade dos diretores ou origem dos capitais.

Beat Walter Rechsteiner³, entendendo que o vínculo-político inerente à nacionalidade somente existe entre uma pessoa física e um determinado Estado, refere que o termo “nacionalidade” da pessoa jurídica estaria tecnicamente incorreto, preferindo distinguir a pessoa jurídica nacional da estrangeira conforme sua ligação jurídica ao direito de determinado País, mediante o critério aplicável. Ou seja, em seu raciocínio, o termo nacional justaposto à sociedade indicaria exclusivamente que esta se submete ao regime jurídico daquela nação.

Desta forma, refere o autor que o critério eleito pelas legislações no direito internacional privado determinará não a nacionalidade da pessoa jurídica, mas sim o

² DOLINGER, Jacob. A sociedade anônima brasileira – Critério determinador de sua nacionalidade. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, v.15, n. 23, jul. 1976. p. 65

³ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: teoria e prática**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192

seu estatuto pessoal, que nada mais é que a *lex societatis*, ou seja, a lei aplicável às relações jurídicas internacionais de direito privado da pessoa jurídica. Este, nas palavras do autor:

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

E, assim, afirma que são duas as principais teorias para definir o estatuto pessoal da pessoa jurídica (*lex societatis*). Segundo a da incorporação, este será definido conforme a lei do local em que esta for constituída, de forma que, cumpridos os requisitos previstos nesta legislação, adquire a pessoa jurídica personalidade jurídica. Por outro lado, de acordo com o teoria da sede social, o direito aplicável à sociedade será o de sua sede efetiva, ou seja, de sua administração real.⁴

Passa-se, a seguir, ao exame do regime jurídico das sociedades estrangeiras, no âmbito nacional e convencional, analisando sobretudo os critérios adotados pelo legislador para definir a lei aplicável às pessoas jurídicas de direito internacional privado, de modo a caracterizar as sociedades como nacionais ou estrangeiras.

2.1. As sociedades estrangeiras conforme o direito nacional

A sociedade nacional é definida no art. 1.126⁵ do Código Civil como aquela organizada conforme a lei brasileira e cuja sede de administração situe-se no Brasil. A contrário senso, a sociedade que não apresenta estes dois requisitos é considerada estrangeira e, na forma do art. 1.134⁶ do Código Civil, necessita de

⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: teoria e prática**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185-186.

⁵ Art. 1.126, CC. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração. Parágrafo único. Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios.

⁶ Art. 1.134, CC. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira. §1º

autorização do Poder Executivo para funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados. É facultado à sociedade estrangeira, contudo, ser acionista de sociedade anônima brasileira, desde que em atividade permitida em lei.

Considerando que o registro perante a Junta Comercial Brasileira ou o Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas é requisito da legislação pátria à constituição de uma sociedade empresária ou simples, respectivamente, à luz do artigo 1.150 do Código Civil, organizar-se a sociedade conforme a lei brasileira implica na sua constituição em território brasileiro, onde necessariamente deverão ser registros seus atos constitutivos, perante o órgão competente.

O artigo 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), por sua vez, refere que: “as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”, sem nada mencionar acerca do local de sua sede de administração. No parágrafo primeiro, consigna que estas “não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira”.

Assim, ao contrário da antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, que em seu artigo 19 referia que “são reconhecidas as pessoas jurídicas estrangeiras” e, no artigo 21, que “a lei nacional das pessoas jurídicas determina-lhe a capacidade”, sem mencionar o critério para a definir a lei nacional, a legislação de 1942 refere expressamente que a lei aplicável à pessoa jurídica será a do Estado de sua Constituição.

Importante referir que, apesar de não haver mais na Lei de Introdução em vigor menção expressa ao reconhecimento das pessoas jurídicas estrangeiras, como havia na legislação de 1916, o artigo 11, ao eleger a lei aplicável às pessoas

Ao requerimento de autorização devem juntar-se: I - prova de se achar a sociedade constituída conforme a lei de seu país; II - inteiro teor do contrato ou do estatuto; III - relação dos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, com nome, nacionalidade, profissão, domicílio e, salvo quanto a ações ao portador, o valor da participação de cada um no capital da sociedade; IV - cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional; V - prova de nomeação do representante no Brasil, com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização; VI - último balanço. §2º Os documentos serão autenticados, de conformidade com a lei nacional da sociedade requerente, legalizados no consulado brasileiro da respectiva sede e acompanhados de tradução em vernáculo.

jurídicas estrangeiras, como aquela do país de sua constituição, acaba, implicitamente, por conduzir ao seu reconhecimento.

Com efeito, o reconhecimento da pessoa jurídica de direito estrangeiro, elevado à princípio por Maristela Basso, implica justamente na aplicação da lei do local de constituição desta para reger sua criação, funcionamento e extinção, e representa a superação da ideia ultrapassada de que tal reconhecimento implicaria em riscos à soberania do Estado.⁷

Tendo em vista que o art. 60⁸ do Decreto-lei 2.627 de 1940, mantido em vigor pela Lei 6.404 de 1976⁹, já caracterizava as sociedades anônimas brasileiras, com os mesmos critérios posteriormente adotados pelo CC/2002 (incorporação e sede social), discutiu-se, à época da entrada em vigor da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, então denominada Lei de Introdução ao Código Civil, se o mencionado art. 11 haveria revogado o artigo 60 da lei de sociedades anônimas de 1940.¹⁰

Isso porque, conforme se depreende do referido dispositivo legal superveniente (art. 11 da LINDB), este faz menção exclusivamente ao critério da incorporação para definir a lei que regerá as sociedades, em aparente contradição ao caráter híbrido do art. 60 do Decreto-lei 2.627.

⁷ BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 270.

⁸ Art. 60, Decreto-lei 2.627. São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração. Parágrafo único. Quando a lei exigir que todos os acionistas ou certo número deles sejam brasileiros, as ações da companhia ou sociedade anônima revestirão a forma nominativa. Na sede da sociedade ficará arquivada uma cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade.

⁹ Conforme CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas** 4^o Volume Tomo II: Arts. 243 a 300. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 607: O art. 60 do Decreto-lei 2.627/1940 foi mantido em vigor por força do art. 300 da Lei 6.404, assim como os demais dispositivos da antiga Lei das Sociedades Anônimas que tratavam da nacionalidade das sociedades e das regras sobre as companhias dependentes de autorização para funcionar (arts. 59 a 73), contudo, somente até a data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que passou a regular a matéria em seus arts. 1.123 a 1.141.

¹⁰ DOLINGER, Jacob. A sociedade anônima brasileira – Critério determinante de sua nacionalidade. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, v.15, n. 23, jul. 1976. p. 65-66

No entanto, a doutrina logo rechaçou a tese de incompatibilidade dos dispositivos legais, entendendo que ambos regulariam temas distintos.¹¹

Segundo Jacob Dolinger¹², ao passo que a lei de introdução visa a regular problemas de natureza internacional, elegendo o critério da incorporação para aferir a nacionalidade de uma sociedade com vínculos em mais de um país, a lei das sociedades anônimas direcionava-se exclusiva e imediatamente à conceituação da sociedade brasileira, somando a tal critério o da sede da administração -no Brasil-, de forma mais exigente.

Alexandre Ditzel Faraco bem refere que o art. 11 da LINDB, ao contrário do art. 60 do decreto 2.627/40 (e atualmente do art. 1.126, do CC), não visa definir a nacionalidade de uma sociedade diretamente, mas sim estabelecer qual ordenamento jurídico será utilizado para disciplinar tal sociedade, inclusive para definir sua nacionalidade, como norma de direito internacional privado.¹³

Aliás, este é justamente o objetivo do direito internacional privado: resolver conflitos de leis no espaço, conforme ensinamentos de Beat Walter Rechsteiner¹⁴:

O direito internacional privado resolve, essencialmente, conflitos de leis no espaço referentes ao direito privado, ou seja, determina o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional. Não soluciona a questão jurídica propriamente dita, indicando tão-somente, qual direito, dentre aqueles que tenham conexão com a lide *sub judice*, deverá ser aplicado pelo juiz ao caso concreto (direito internacional privado *stricto sensu*)

De acordo com Maristela Basso¹⁵, o artigo 11 da LINDB “contém uma norma indireta a indicar o direito aplicável à pessoa jurídica, vale dizer, a *lex societatis* como critério de conexão baseado na lei do local de constituição da sociedade, fundação ou associação”.

¹¹ FARACO, Alexandre Ditzel. Sociedade Nacional e Sociedade Estrangeira. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, n 34, dez. 2006. p. 362-363

¹² DOLINGER, Jacob. A sociedade anônima brasileira – Critério determinador de sua nacionalidade. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, v.15, n. 23, jul. 1976. p. 66

¹³ FARACO, op. cit., p. 362-363

¹⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: teoria e prática**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

¹⁵ BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 266.

Com efeito, pode-se dizer que a norma de direito internacional privado brasileira (art. 11 da LINDB) induz que uma pessoa jurídica é regida pelo País de sua constituição, ao passo que a norma de direito interno (art. 1.126, CC) define como brasileira a sociedade que houver se constituído no Brasil (conforme as leis brasileiras), onde igualmente deve estabelecer sua sede social, de forma que será regida pelas leis brasileiras.

Importante frisar, como bem refere Jacob Dolinger¹⁶, que justamente pelo fato de que não se considera brasileira uma sociedade constituída no Brasil mas que no País não estabeleça sua sede, as autoridades brasileiras sequer procederão ao seu registro.

Depreende-se, assim, que no direito brasileiro, o critério que determina o estatuto pessoal da pessoa jurídica é o da incorporação.

Portanto, segundo o direito positivo brasileiro, a pessoa jurídica de direito privado terá seu estatuto pessoal definido pela lei do Estado em que for constituída, de forma que seu estatuto pessoal será ditado conforme a lei vigente do local em que se registrou seu ato constitutivo. Sendo este o Brasil, onde haverá de possuir sua sede, e estando organizada conforme as leis brasileiras, a sociedade será nacional, independentemente da nacionalidade e domicílio dos sócios. Sendo a sociedade constituída em Estado estrangeiro, estará sujeita à lei vigente neste, independentemente de onde se situe sua sede social, diante da remissão constante no artigo 11 da Lei de Introdução.

2.2. As sociedades estrangeiras no âmbito convencional

No cenário globalizado atual, é cada vez mais frequente a celebração de tratados e convenções internacionais¹⁷ e a sua incorporação pelos Estados contratantes aos seus ordenamentos jurídicos. O Direito Internacional Privado é tema que protagoniza grande parte dos acordos internacionais, muitos das quais,

¹⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 495.

¹⁷ Não obstante a máxima de que a lei não contém palavras inúteis, conforme Francisco Rezek, as expressões tratado e convenção são termos variantes de um “acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 14.

ratificados pelo Brasil, passaram a integrar o ordenamento jurídico interno, mediante a promulgação massiva ocorrida a partir da década de 1990, sobretudo das Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado.

Os tratados internacionais consistem em importantes fontes ao Direito Internacional Privado, e inclusive aqueles não ratificados por um Estado servem de inspiração neste ramo do direito atualmente marcado por sua pluralidade de fontes.

Neste panorama, mostra-se relevante tecer breves comentários acerca da questão concernente à incorporação dos tratados no Brasil e seu *status* normativo no ordenamento jurídico, tema que é objeto de grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, representadas por duas grandes escolas, a dualista, de Triepel e Anzilotti, e a monista, de Hans Kelsen.¹⁸

A primeira – dualista – afirma que a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna são absolutamente independentes entre si, tendo em vista a distinção entre seus pressupostos de validade e destinatários. Desta forma, para que uma norma de direito internacional seja transformada em norma interna de um determinado Estado, segundo esta teoria, é necessário um processo legislativo interno deste, que representaria uma manifestação de vontade diversa daquela exarada no plano internacional, ao ratificar um tratado.¹⁹

A segunda – dualista -, por sua vez, sob o argumento de existência de uma única ordem jurídica, defende ser desnecessária a internalização das normas de direito internacional, o que ocorreria de forma automática.²⁰

Tendo em vista o forte antagonismo das teorias, que não comportam um meio termo, ambas sofreram no Brasil a subdivisão em duas modalidades, uma extremada e outra moderada. Para o dualismo extremado haveria a necessidade de edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado e, ao moderado, prescindiria de lei, devendo, contudo respeitar um procedimento específico. Por outro lado, ao passo que o monismo moderado importaria na equiparação

¹⁸ ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 144.

¹⁹ *Ibidem*, p. 154-155.

²⁰ *Ibidem*, p. 156-157.

hierárquica do tratado à lei ordinária, o extremado, como tal, faria prevalecer o tratado sobre a ordem jurídica interna, em caso de conflito.²¹

Quanto à incorporação das normas internacionais ao direito interno, cumpre citar a lição de Francisco Rezek²², segundo o qual:

No Brasil se promulgam por decreto do presidente da República todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional antes da ratificação ou adesão. Publicam-se apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome.

Desta forma, depreende-se que o procedimento de internalização dos tratados ao direito interno adotado pelo sistema jurídico brasileiro vai ao encontro da teoria dualista moderada, não havendo a incorporação automática conforme a teoria monista, mas sim dependente de aprovação do congresso e promulgação presidencial.

Após definida a internalização do tratado, é possível analisar a questão relativa ao *status* que lhes é conferido em relação às leis internas, questão bastante conturbada na doutrina e jurisprudência.

Pode-se dizer que, à exceção dos tratados em matéria tributária, que à luz do artigo 98 do CTN, terão força de lei complementar, e dos tratados de direitos humanos, que poderão ter *status* de Emenda Constitucional, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45 ao parágrafo 3º do inciso LXXVIII, do art. 5º da CRFB (se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), os tratados ingressam no ordenamento jurídico com a mesma hierarquia de lei ordinária.

Segundo Nádía de Araújo²³, muito embora a posição adotada pelo STF no Recurso Extraordinário nº 80.004/SE²⁴, no sentido de que o Tratado internacional

²¹ ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 156-159.

²² REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 79.

possui o mesmo nível hierárquico de uma lei interna, adotada pelos tribunais brasileiros, severamente criticada, esta não demonstra a adoção da teoria monista moderada, pois a análise em realidade extingue o conflito entre lei internacional e interna, diante da internacionalização daquela, sendo resolvido o impasse pelo sistema de resolução de conflitos entre duas normas internas (lei posterior derroga anterior).

Ao passo que no Brasil não é pacífica a posição das normas internacionais frente às nacionais no ordenamento jurídico, na Argentina, àquelas já é conferido um *status* hierarquicamente superior tanto pela própria legislação nacional, especialmente a partir da Reforma Constitucional de 1994, como pela jurisprudência, visto que a Corte Suprema Argentina já tem consolidado o entendimento de que a fonte internacional tem aplicação prioritária à nacional.²⁵

Com relação ao tema da lei aplicável às pessoas jurídicas de direito internacional privado, há diversos tratados internacionais que, visando harmonizar o reconhecimento das pessoas jurídicas de direito estrangeiro nos Estados, tratam de discipliná-lo, dentre os quais, cumpre destacar o Código de Bustamante (1928), Os Tratados de Montevideu (1889 e 1940), a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis (1979) e a Convenção Interamericana Sobre Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas em Direito Internacional Privado (1984), a seguir analisados.

²³ ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 175-176.

²⁴ CONVENÇÃO DE GENEBRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEBRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004. Relator: Min. Xavier De Albuquerque, Brasília, 01 jun. 1977.)

²⁵ ARROYO, Diego P. Fernández. As Novas Tendências do Direito Internacional Privado. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, n. 4. Set., 2005. p. 306.

2.2.1. O Código de Bustamante de 1928

O Código de Bustamante (Código de Direito Internacional Privado), incorporado ao sistema jurídico brasileiro através do Decreto 18.871/1929, e portanto norma vigente no Brasil, adveio da Sexta Conferencia Internacional Americana, em Havana, no ano de 1928, recebendo o nome do autor de seu projeto, Antonio Sánchez de Bustamante.

Apesar de ter sido ratificado por outros quatorze Estados americanos, além do Brasil, quais sejam, Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Panamá, Peru, República Dominicana, El Salvador, e Venezuela, o Código teve pouca aplicação pelos tribunais.^{26 27}

Conforme refere Irineu Strenger, o Código de Bustamante foi preterido pelos Juízes brasileiros, que preferiram adotar as regras e princípios contidas nas leis nacionais, inclusive antes de 1942, quando vigorava a Introdução ao Código Civil de 1916.²⁸

Também seu caráter muito amplo, que não correspondia ao desenvolvimento do Direito internacional privado, tornou-o obsoleto, e foi preterido pelas atualizações setorializadas, como as posteriormente realizadas nas Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs), analisadas mais adiante no presente trabalho.

Segundo o mencionado autor, a opção por não aplicar regras precisas de aplicação do direito estrangeiro, permitindo que cada Estado optasse pelo critério que mais lhe conviesse, ao invés de eleger em seu art. 3º um elemento de conexão (domicílio ou nacionalidade), por exemplo, foi um dos erros do Código. Tal previsão

²⁶ Outras cinco nações foram signatárias, mas não ratificaram o acordo: Argentina, Colômbia, México, Paraguai e Uruguai. Presentes na Convenção que aprovou o Código, os Estados Unidos da América também se abstiveram da subscrição, valendo-se do artigo 6º da Convenção, que permite a cada Governo a ela aderir posteriormente.

²⁷ ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 81

²⁸ STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 4. ed. São Paulo:LTTr, 2000. p. 185.

incerta vai de encontro ao objetivo de uniformização/harmonização das leis dos Estados contratantes, inerente a uma convenção internacional.²⁹

Apesar desta aplicação pouco efetiva na solução de conflitos de normas entre os Estados Contratantes, o Código acabou influenciando e aprimorando certas disposições da Lei de Introdução ao Código Civil e não somente no Brasil, como nos demais Países contratantes, trata-se de lei interna.

O Código dispõe, no artigo 9º, que à determinação da nacionalidade de toda pessoa individual ou jurídica, sua aquisição, perda ou reintegração, cada Estado aplicará seu próprio direito, sempre que uma das nacionalidades sujeitas a controvérsia seja a de seu próprio Estado. Aos demais casos, deverão os contratante aplicar as disposições previstas no Código, no capítulo da Nacionalidade e Naturalização.³⁰

Há, assim, menção expressa à nacionalidade das pessoas jurídicas³¹, cujos critérios de definição variam conforme a forma de organização desta e estão previstos em seus artigos 16 a 19.

As Corporações e Fundações, na forma do artigo 16 do Código, deterão sua nacionalidade definida pela lei do Estado que as tenha autorizado ou aprovado. De igual forma, as associações terão a nacionalidade do Estado em que se constituíram, conforme preconiza a regra do artigo 17.

A referidos casos, portanto, adota o Código o critério da incorporação, que veio a ser incluído pelo legislador brasileiro no art. 11 da Lei de Introdução, aplicável a todas as “organizações destinadas a fins de interesse coletivo”.

No que se refere às sociedades civis, mercantis ou industriais, constituídas sob a forma anônima (art. 19) ou não (art. 18), o Código priorizou o critério da

²⁹ STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 188.

³⁰ Artículo 9. Cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica y de su adquisición, pérdida o reintegración posteriores, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado. En los demás casos, regirán las disposiciones que establecen los artículos restantes de este capítulo.

³¹ A utilização pelo Código de Bustamante da nomenclatura nacionalidade é criticada por Beat Walter Rechsteiner (p. 189), defensor do termo estatuto pessoal, como referido alhures.

autonomia da vontade, ao referir que a sua nacionalidade será aquela estabelecida em seu ato constitutivo.

Subsidiariamente, o Código elegeu o critério da sede social a ditas pessoas jurídicas, ao definir que as sociedades anônimas, sendo o caso, terão sua nacionalidade definida pela lei do lugar em que geralmente ocorra a assembleia geral de acionistas ou a do lugar onde funcione o seu principal Conselho Administrativo ou Junta Diretiva; e as sociedades civis, mercantis ou industriais, que não sejam anônimas, pela lei do lugar onde tenha gerência ou direção principal habituais.

2.2.2. Os Tratados de Montevideu

Muito embora não ratificados pelo Brasil, mas somente pela Argentina, Paraguai e Uruguai, importante tecer algumas considerações acerca do Tratado de Direito Comercial de 1889 e do Tratado de Direito Comercial Terrestre Internacional de 1940, ambos celebrados em Montevideu.

Ambos os tratados preveem o domicílio comercial das pessoas jurídicas como elemento de conexão, a determinar a lei que lhes é aplicável. Conforme Jacob Dolinger, este com nacionalidade se confunde, visto que a sociedade tem sua nacionalidade no país em que está domiciliada.³²

Vale aqui referir a doutrina de Savigny, um dos maiores juristas da história, visto que em sua obra Sistema do Direito Romano Atual – Volume VIII, ao analisar os limites locais do domínio das normas sobre as relações jurídicas, defendia a aplicação do critério do domicílio para aferir a lei aplicável à pessoa jurídica.

Para Savigny, a fim de determinar a lei aplicável, deve-se observar a sede da relação jurídica (*Sitz des Rechtsverhältnisses*), isto é, o território jurídico (*Rechtsgebiet*) ao qual a relação jurídica pertence ou se sujeita. E, para determinar o direito territorial pessoal de cada indivíduo, Savigny defendia que deveria ser observado o seu domicílio (*lex domicilii*), critério que em seu entendimento haveria

³² DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 484

suplantado o da nacionalidade (*lex originis*), aplicado pelos romanos como o critério principal a determinar a lei aplicável ao indivíduo.³³

Tendo em vista que a definição de domicílio do indivíduo – “local em que reside constantemente e que livremente escolheu como centro de seus negócios e de suas relações jurídicas” – vincula-se às relações da vida natural do homem, esta não se aplica às pessoas jurídicas. Contudo, havendo necessidade de determinar a jurisdição a que está vinculada, pode haver a atribuição, por analogia, de um domicílio à pessoa jurídica.³⁴

Diante da incerteza inerente à relação entre a pessoa jurídica e o território, Savigny refere que “convém consignar um domicílio à pessoa jurídica no próprio ato de sua constituição”. A seguir, afirma que “se essa precaução tiver sido negligenciada, o juiz deve determinar artificialmente em que local está a sede da empresa”.³⁵

Os Tratados igualmente dispõem sobre o reconhecimento de pleno direito das sociedades estrangeiras pelos Estados contratantes. No entanto, ao passo que o Tratado de Direito Comercial de 1889, em seu artigo 5º, segunda parte, prescrevia que: “serão reconhecidas de pleno direito como tais nos Estados e consideradas habilitadas para exercer neles os direitos civis e reivindicar seu reconhecimento perante os tribunais”, a Convenção de 1940, em seus artigos 8º e 9º, refere o reconhecimento e habilitação destas para exercício de “atos de comércio” e “comparecer em juízo”, impondo às sociedades organizadas sob um tipo societário desconhecido pelo outro Estado, a submissão às prescrições legais deste.

2.2.3. As Convenções Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs)

O processo de codificações do Direito Internacional Privado no âmbito interamericano vem sendo um objetivo comum entre os Estados americanos desde meados do século XIX e a harmonização das leis do Estados americanos é

³³ SAVIGNY, Fridrich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual** – Volume VIII. 1. ed. Ijuí: Unijuí, 2004. p.81

³⁴ *Ibidem*, p.80

³⁵ *Ibidem*, p.81

especialmente almejada pelas Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs).

As CIDIPs consistem em reuniões especializadas, promovidas pela Organização dos Estados Americanos - OEA, que objetivam, com discussões sobre determinadas matérias do Direito Internacional Privado, unificá-lo e harmonizá-lo, mediante a elaboração de Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado, também denominados CIDIPs.

O objetivo inicial da OEA era promover um atualização dos tratados existentes na América Latina, contudo, após sugestão da Comissão Jurídica Interamericana, entendeu-se por adotar uma metodologia mais próxima da utilizada pela Conferência de Haia, com diplomas mais setoriais e temáticos, de modo a garantir, com uma análise mais profunda e específica, uma melhor integração econômica no Continente.³⁶

A primeira CIDIP ocorreu, então, em 1975 no Panamá, sendo os Governos previamente consultados para que remetessem suas observações, pronunciando-se o Brasil pela concentração dos trabalhos na área de Direito Comercial, tema que foi objeto da Conferência. Ao término desta, houve a aprovação de oito Convenções.

Durante as segunda e terceira Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs II e III), realizadas, respectivamente, em 1979, na Cidade de Montevideú, e, em 1984, em La Paz, surgiram duas importantes Convenções sobre o tema das pessoas jurídicas de direito internacional privado.

A primeira delas foi a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis fruto da CIDIP II, ratificada pelo Brasil, bem como Argentina, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, e incorporada ao sistema jurídico brasileiro, somente em 1997, através do Decreto 2400/1997.

A segunda trata-se da Convenção sobre Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, também ratificada pelo Brasil,

³⁶ ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 82.

juntamente com Guatemala, México e Nicarágua, e igualmente incorporada ao direito interno, pelo Decreto 2.427/1997, veio complementar a Convenção de 1979.

Conforme o artigo 2º da Convenção de 1979, “a existência, a capacidade, o funcionamento e a dissolução das sociedades mercantis regem pela lei do lugar de sua constituição”, sendo tal definida no mesmo artigo como “a lei do Estado onde se cumpram os requisitos de forma e de fundo necessários para a criação de tais sociedades”.

A este respeito, esclarece João Grandino Rodas acerca da eleição das expressões “capacidade” e “funcionamento”, afirmando que a primeira diria respeito ao exercício de direitos relativos à organização da sociedade e, a segunda, ao funcionamento interno e não externo da mesma.³⁷

A Convenção de 1984 igualmente optou pelo critério da incorporação para reger as pessoas jurídicas de direito internacional privado, adotando em seu artigo segundo praticamente a mesma redação da Convenção de 1979, um pouco mais desenvolvida, senão vejamos:

Artigo 2. A existência, a capacidade de ser titular de direitos e obrigações, o funcionamento, a dissolução e a fusão das pessoas jurídicas de caráter privado serão regidos pela lei do lugar de sua constituição.
Entender-se-á por "lei do lugar de sua constituição" a do Estado Parte em que forem cumpridos os requisitos de forma e fundo necessários à criação das referidas pessoas.

Portanto, ambas as convenções foram ratificadas pelo Brasil e se tratam de norma vigente no País, indo ao encontro da adoção do critério da incorporação para determinar a lei aplicável às pessoas jurídicas, eleito pelo legislador, na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Ao contrário do Código de Bustamante, as Convenções não utilizam a expressão nacionalidade, o que nas palavras de João Grandino Rodas³⁸, “andou

³⁷ RODAS, João Grandino. Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis. In: CASELLA, Paulo B. e ARAÚJO, Nádia de. **Integração Jurídica Interamericana: As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 1998. p. 362.

³⁸ RODAS, João Grandino. Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis. In: CASELLA, Paulo B. e ARAÚJO, Nádia de. In: **Integração Jurídica Interamericana: As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 1998.p. 370.

bem a convenção [...] pois, de um lado, nem todos os países americanos atribuem nacionalidade às sociedades comerciais, e, de outro, sua falta não prejudica sua aplicação em Estados adeptos dessa nacionalidade”.

Importante referir que há menção expressa em ambas as convenções ao dever de reconhecimento, pelos Estados signatários, das sociedades mercantis devidamente constituídas nos demais Estados (artigo 3º).

No que tange à faculdade de o Estado poder exigir comprovação de que a sociedade a ser reconhecida efetivamente existe conforme a lei do lugar de sua constituição, conforme refere Marilda Rosado de Sá Ribeiro, esta não permite ao Estado em rever o ato constitutivo da sociedade, tampouco exigir requisitos adicionais.³⁹

Infelizmente, nenhuma das CIDIPs trata profundamente de temas importantes à atividade transfronteiriça das sociedades, como a unificação das condições de funcionamento das pessoas jurídicas de um Estado em outro, mediante a instalação de estabelecimentos subordinados, apenas referindo que o exercício direto ou indireto dos atos compreendidos em seu objeto social, ficarão sujeitas à lei do Estado onde os praticarem (artigo 4º) e que, ao estabelecimento da sede efetiva de administração em outro Estado, poderá haver a exigência de requisitos estabelecidos por este último (artigo 5º).

³⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado. In: CASELLA, Paulo B. e ARAÚJO, Nádya de. **Integração Jurídica Interamericana: As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro.** São Paulo: LTR, 1998. p. 223.

3. As sociedades estrangeiras e suas formas de atuação no Brasil

Superados os critérios da lei aplicável às pessoas jurídicas de direito internacional privado no direito brasileiro e no Direito Convencional, e definidas as sociedades estrangeiras como aquelas constituídas no exterior, passa-se à análise das formas como estas podem explorar a atividade empresarial no Brasil.

Primeiramente convém ressaltar que a sociedade estrangeira, conforme referido alhures, independentemente de deter autorização para funcionar no Brasil, tem sua personalidade jurídica reconhecida e é sujeito de direitos, à luz do retro mencionado art. 11 da LINDB e dos Tratados Internacionais incorporados à ordem jurídica brasileira.

Ou seja, as pessoas jurídicas estrangeiras são regidas pela lei do local de sua constituição e esta que determinará as condições de sua existência e aquisição de personalidade jurídica, de forma que, cumpridos os requisitos previstos na lei alienígena, a sociedade terá seu reconhecimento no Brasil. Desta forma, conforme comentários de Maria Helena Diniz, as leis do país de origem terão aplicação extraterritorial, desde que em consonância com a ordem pública.⁴⁰

Com efeito, muito embora as sociedades estrangeiras desprovidas de autorização para atuar em território brasileiro não possam exercer as atividades relacionadas em seu objeto social, podem praticar diversos atos jurídicos no Brasil.

Tanto é assim que podem comprar imóveis, contratar serviços, bem como recorrer aos tribunais nacionais, sem a necessidade de prévia autorização do governo brasileiro.

A sociedade que não possuir domicílio no Brasil, na forma do art. 88, parágrafo único, do Código de Processo Civil, se não possuir no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento, deve contudo prestar caução ao intentar ação judicial, que não seja execução de título extrajudicial ou reconvenção, como lhe determinam os artigos 835 e 836 do mesmo diploma legal.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P.328.

No entanto, havendo a necessidade de efetivamente exercer os direitos próprios de seu objeto social ou de instalação de estabelecimentos permanentes no Brasil, com fito de “funcionar” no país, necessita a sociedade estrangeira de autorização do poder executivo, podendo, contudo, ser acionista de sociedade brasileira⁴¹, conforme determina o art. 1.134 do Código Civil.⁴²

Tal questão é bem definida por Silvio Javier Battello Calderon⁴³, ao dividir a “internacionalização da atividade econômica da sociedade estrangeira” em dois graus de intensidade, condicionadas às normas de Direito Internacional Privado adotadas pelo Estado receptor:

Um primeiro grau de internacionalização é o reconhecimento da pessoa jurídica estrangeira como sujeito de direito pela lei nacional e, se for o caso com que alcance; um segundo grau de internacionalização apresenta as condições para o exercício da atividade empresarial de forma permanente em um Estado diferente daquele ao que a empresa originariamente pertence. Este segundo problema é uma derivação natural do primeiro, já que a realização do objeto social da sociedade estrangeira em território nacional só é possível após o reconhecimento da personalidade jurídica. Trata-se, em poucas palavras, da liberdade de estabelecimento de empresa estrangeira em território nacional.

Assim, no que tange ao exercício da atividade social, verificam-se duas possibilidades de atuação direta da sociedade estrangeira na economia brasileira, a primeira mediante autorização para funcionamento do Poder Executivo brasileiro e, a segunda, através da participação no capital social de sociedade brasileira, independentemente de autorização para tanto, sem prejuízo da liberdade de prática de atos isolados no Brasil e da atuação indireta, por meio de acordos de associações com empresas nacionais, como consórcios e *joint ventures*⁴⁴.

⁴¹ A participação da sociedade estrangeira não se limita às sociedades sob a forma anônima, conforme se verá mais adiante no presente trabalho.

⁴² XAVIER, Alberto. Problemas jurídicos das filiais de sociedades estrangeiras, no Brasil e de sociedades brasileiras no exterior. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 39, jul – set. 1980. p. 77

⁴³ CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência Internacional no Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 42-43.

⁴⁴ Sobre as associações empresariais, BASSO, Maristela. **Joint Ventures: Manual prático das associações empresarias**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

3.1. A autorização para funcionamento

Conforme referido alhures, a autorização do Poder Executivo é pré-requisito ao funcionamento de sociedades estrangeiras em território brasileiro, seja de forma direta ou por estabelecimento subordinado, consistindo em ato discricionário, conforme as exigências econômicas e sociais estabelecidas pelo governo à época do pedido de funcionamento.

Segundo Alexandre Ditzel Faraco⁴⁵, “funcionar” consiste em exercer sua atividade social, não abrangendo a prática isolada de atos no Brasil, mas sim o desenvolvimento de uma “atividade econômica”.

Com efeito, a autorização é imprescindível sempre que houver a intenção de a sociedade estrangeira estabelecer-se no Brasil, a fim de exercer de modo estável seu objeto social, não obstante a possibilidade da prática de atos isolados, em decorrência direta do reconhecimento das sociedades estrangeiras.

Sobre a exigência de autorização e sua importância à fiscalização das atividades da sociedade estrangeira no Brasil, assim refere o aludido autor:

A imposição desta exigência se explica para evitar que funcione no Brasil sociedade estrangeira sem que o poder público tenha condições de fiscalizar-lhe as atividades. A necessidade de aprovação prévia, assim como os demais procedimentos de registro e publicidade previstos nos artigos seguintes do Código, viabilizará o exercício desse controle, assim como dará mais segurança àqueles que negociem com a sociedade estrangeira.⁴⁶

Assim, de um lado, trata-se de uma alternativa de atuação no Brasil das sociedades estrangeiras, sem a necessidade de constituição de uma sociedade empresaria conforme as leis brasileiras, muito embora na prática seja a alternativa mais complexa e, conseqüentemente, a menos adotada pelas sociedades estrangeiras, e de outro, garante uma certa proteção aos atores que se relacionarem com a pessoa jurídica transfronteiriça, em especial os consumidores.

⁴⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. Sociedade Nacional e Sociedade Estrangeira. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, n 34, dez. 2006. p. 368

⁴⁶ *Ibidem*, p. 367

A competência para concessão de autorização de funcionamento à sociedade estrangeira, anteriormente delegada ao Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, foi recentemente alterada conforme a redação dada pelo Decreto 8.060, de 29 de julho de 2013, ao artigo 1º do Decreto 5.664, passando a ser delegada ao Secretaria da Micro e Pequeno Empresa da Presidência da República.

Referido órgão, criado através da Lei nº 12.792, de 28 de março de 2013 (publicada no Diário Oficial da União em 1º de abril de 2013), recebeu o status de Ministério e foi o 39º do governo a ser criado pelo Governo Federal, com o objetivo de absorver as competências da Presidência com relação à microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato, anteriormente delegadas ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior para a Secretaria da Micro e Pequena Empresa.

Contudo, ao deliberar sobre as transferências de competências, por motivos desconhecidos, houve inclusive a transferência da competência para autorizar o funcionamento no Brasil de sociedade estrangeira, suas alterações estatutárias ou contratuais, a nacionalização e a cassação da autorização ao novo Ministério.

Causa espécie tal disposição, tendo em vista a baixa probabilidade de uma sociedade estrangeira que expanda suas atividades para outro País, no caso o Brasil, seja de micro ou pequeno porte. Ora, em geral cuida-se de grandes companhias que se submetem a este deslocamento, seja em função do renome, conhecimento de mercado, mas especialmente em função do altos investimento necessários.

Tendo em vista que as sociedades regem-se pelas leis do Estado de sua constituição (art. 11, LINDB), prevê o inciso I, do parágrafo 1º, do art. 1.134, do CC, que o pedido de autorização deve ser acompanhado de “prova de se achar a sociedade constituída conforme a lei de seu país”.

Os demais requisitos estão previstos no art. 1.134, parágrafo 1º, do Código Civil e na Instrução Normativa nº 7 de 05 de dezembro de 2013, do Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI, que Dispõe sobre os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou

estabelecimento no País, por sociedade empresária estrangeira, revogando a Instrução Normativa nº 81, de 05 de janeiro de 1999, do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC⁴⁷.

De acordo com tais normas, a sociedade estrangeira interessada em estabelecer filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil, deverá elaborar requerimento dirigido ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, protocolizado no Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI;

Tal deverá ser instruído com: “ I - ato de deliberação sobre a instalação de filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil; II - inteiro teor do contrato ou estatuto; III - lista de sócios ou acionistas, com os nomes, profissões, domicílios e número de cotas ou de ações, salvo quando, em decorrência da legislação aplicável no país de origem, for impossível cumprir tal exigência; IV - prova de achar-se a sociedade constituída conforme a lei do seu país; V - ato de deliberação sobre a nomeação do representante no Brasil, acompanhado da procuração que lhe dá poderes para aceitar as condições em que é dada a autorização e plenos poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, podendo ser demandado e receber citação pela sociedade; VI - declaração do representante no Brasil de que aceita as condições em que for dada a autorização para instalação e funcionamento pelo Governo Federal; VII - último balanço; e VIII - guia de recolhimento do preço do serviço.” - (art. 2º da Instrução Normativa nº 7 do DREI)

Como é de praxe, os documentos oriundos do exterior deverão ser apresentados em original, devidamente autenticados, na conformidade da legislação aplicável no país de origem, e legalizados pela respectiva autoridade consular brasileira e posteriormente traduzidos por tradutor juramentado (art. 1.34, parágrafo 2º, CC e art. 11, IN 7).

⁴⁷ O Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC foi substituído pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI, órgão vinculado à Secretaria da Micro e Pequena Empresa. Após sua criação foram publicadas diversas Instruções Normativas, atualizando e revogando as anteriormente expedidas pelo DNRC.

SECRETARIA DA MICRO E PEQUENA EMPRESA E DEPARTAMENTO DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO. Revista SMPE/DREI 1 ed, dez. 2013 Disponível em: <<http://issuu.com/departamentoregistroeintegracao/docs/revistadrei22>> Acesso em 20 jun 2014.

De acordo com o art. 3º da Instrução Normativa, “no ato de deliberação sobre a instalação de filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil, deverão constar as atividades que a sociedade pretenda exercer e o destaque do capital, em moeda brasileira, destinado às operações no País, que será fixado no decreto de autorização”.

Ademais, de suma importância é a obrigação de a sociedade empresária estrangeira autorizada a funcionar manter permanentemente representante no Brasil, e outorgar-lhe plenos poderes, inclusive para ser demandado e receber citação pela sociedade, em instrumento arquivado e averbado, contida no inciso V do art. 2º e no art. 4º da Instrução Normativa em questão e 1.138 do Código Civil.

Tal exigência será capaz de garantir segurança jurídica às relações jurídicas travadas com a sociedade estrangeira autorizada no Brasil, resguardando sobretudo seus credores domiciliados no território nacional.

Uma vez concedida a autorização de instalação e funcionamento, “caberá à sociedade empresária estrangeira arquivar na Junta Comercial da unidade federativa onde se localizar a filial, agência, sucursal ou estabelecimento, a qual será considerada como sua sede: I - folha do Diário Oficial da União que publicou o decreto de autorização; II - atos a que aludem os incisos I a VI do art. 2º da presente Instrução Normativa, devidamente autenticados pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração; III - documento comprobatório do depósito, em dinheiro, da parte do capital destinado às operações no Brasil; e IV - declaração do endereço do estabelecimento, quando não constar do ato que deliberou sobre a instalação de filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil.” (Art. 5º IN 7)

O requerimento de inscrição será instruído com exemplar da publicação exigida no parágrafo único do artigo antecedente, acompanhado de documento do depósito em dinheiro, em estabelecimento bancário oficial, do capital ali mencionado.

A publicidade e sobretudo a exigência de prova da integralização do capital social destinado às operações no Brasil visa proteger os credores locais pelas

dívidas eventualmente contraídas pela sociedade estrangeira no País (Art. 1.136, § 1º, CC).

Tal fiscalização ficará a cargo da Junta Comercial, que na forma do artigo 16 da Instrução Normativa, “deverá comunicar ao Departamento de Registro Empresarial e Integração o cumprimento das formalidades referentes à prova da publicidade dos atos das sociedades empresárias estrangeiras, bem como encaminhará cópia do documento comprobatório do depósito em dinheiro, da parte do capital destinado às operações no Brasil”.

Permanentemente enquanto vigorar a autorização e sob pena de cassação desta, a sociedade empresária estrangeira deverá reproduzir as publicações que, segundo a sua lei nacional, sejam obrigatórias, relativamente ao balanço patrimonial, resultado econômico e aos atos de sua administração, bem como o balanço patrimonial e o resultado econômico de sua filial, sucursal, agência ou estabelecimento existente no Brasil, no Diário Oficial da União e do Estado ou do Distrito Federal competente e em outro jornal de grande circulação editado regularmente na mesma localidade (art. 6º da IN 7 e art. 1.140 do CC).

Como se não bastasse, para produzir efeitos no Brasil, as alterações que a sociedade estrangeira venha a fazer em seu contrato ou estatuto no País em que foi constituída, dependerão de aprovação do Governo Federal (art. 7º da IN 7)

Igualmente ao cancelamento da autorização de funcionamento, a sociedade empresária estrangeira deverá apresentar uma série de documentos, dentre os quais se destacam as certidões negativas de débitos, perante a Secretaria da Receita Federal e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, e relativo de regularidade de recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, da mesma forma que são essenciais à baixa de uma sociedade nacional (art. 8º da IN 7)

Segundo a regra do art. 66 do Decreto-Lei 2.627/40, a sociedade autorizada a funcionar no Brasil poderá acrescentar as expressões “do Brasil” ou “para o Brasil”, em sua denominação original. Referida disposição legal foi repetida no parágrafo

único do art. 1.137 do Código Civil, bem como no art. 13 da Instrução Normativa n. 7 do DREI.

Importante referir que, na forma do caput dos artigos 1.137 do CC e 13 da IN 7, assim como era estabelecido no art. 68 do Decreto-lei 2.227/1940, “a sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil”.

Convém lembrar que é defeso à sociedade estrangeira realizar no Brasil aquelas atividades constantes de seu objeto social que sejam vedadas às sociedades estrangeiras, as quais serão abordadas oportunamente no presente trabalho. (art. 12 da IN 7)

Por fim, é facultado à sociedade estrangeira autorizada a funcionar no País nacionalizar-se brasileira, mediante autorização do Poder Executivo, que poderá lhe impor algumas condições visando à defesa dos interesses nacionais, e assim transferindo sua sede para o território brasileiro. Para tanto, na forma do art. 9º da Instrução Normativa nº 7 do DREI, deverá juntar ao requerimento, além do ato que deliberou pela sobre a nacionalização (consentimento unânime de seus sócios ou acionistas) e guia de recolhimento das taxas, o estatuto social ou contrato social elaborado em obediência à lei brasileira, prova da realização do capital, na forma declarada no contrato ou estatuto; e declaração do representante no Brasil de que aceita as condições em que for dada a autorização de nacionalização pelo Governo Federal.

3.2. A participação no capital social de sociedade brasileira

Independentemente de autorização, poderá a sociedade estrangeira, assim como a pessoa física estrangeira, participar do capital social de sociedade brasileira, seja constituindo uma nova sociedade, seja ingressando nos quadros sociais de uma sociedade brasileira já constituída, respeitadas as restrições e vedações à participação de capital estrangeiro em determinados setores da economia.

A ausência de autorização justifica-se pelo fato de haver uma nova pessoa jurídica, da qual é sócia ou acionista a sociedade estrangeira, desta feita constituída

sob as leis brasileiras e com sede de administração no Brasil, somente necessitando de autorização nos casos previstos em lei, conforme regra dos artigos 1.123 e seguintes do Código Civil, diferentemente da hipótese de abertura de um estabelecimento ou filial de uma sociedade estrangeira.⁴⁸

Nesse sentido, são os ensinamentos de Beat Walter Rechsteiner:

Ela [pessoa jurídica estrangeira] apenas necessita de prévia autorização governamental quando se estabelece no Brasil mediante a abertura de uma filial, ou seja, se caracterizando como mera extensão da personalidade jurídica da matriz estrangeira, sem constituir no País uma sociedade com personalidade jurídica própria. Para poder ser acionista de sociedade anônima brasileira, a pessoa jurídica estrangeira não precisa de autorização governamental, ressalvados os casos expressos em lei.

Com efeito, a sociedade em questão será nacional e sua constituição demandará procedimentos próprios, capazes de garantir a fiscalização pelo poder público e a segurança a terceiros, objetivo almejado pela imposição de autorização ao funcionamento da sociedade estrangeira.

Nesse sentido, quando houver participação de sociedade estrangeira, serão requeridos os seguintes documentos: prova de existência legal da empresa e da legitimidade de sua representação (representante legal ou procurador); inteiro teor do contrato ou do estatuto; procuração estabelecendo representante no Brasil com poderes para receber citação (aplicável também à pessoa física residente e domiciliada no exterior); tradução dos referidos atos, por tradutor matriculado em qualquer Junta Comercial. É o que se depreende da instrução normativa n. 10 do DREI, de 05 de dezembro de 2013, e seus manuais aprovados.

Ademais, somente poderão ser eleitos diretores e membros do conselho fiscal que tenham sua residência no País, conforme dispõem os artigos 146 e 162, da Lei 6.404/76. Se for estrangeiro, é exigida identidade com a prova de visto permanente e dentro do período de sua validade ou documento fornecido pelo Departamento de Polícia Federal, com a indicação do número do registro, podendo contudo ser nomeado sem ainda possuir “visto permanente”, desde que haja ressalva expressa

⁴⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. Sociedade Nacional e Sociedade Estrangeira. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, n 34, dez. 2006. p. 368

no contrato de que o exercício da função somente ocorrerá com a comprovação do visto permanente, quando no ato da posse e investidura.

Os membros do conselho de administração, por sua vez, conforme rege o parágrafo 2º, do art. 146, do mesmo diploma legal, poderão ser residentes ou domiciliados no exterior, desde que nomeiem representante residente no País, com poderes para receber citação em ações contra ele propostas com base na legislação societária.

Por outro lado, não obstante a regra do artigo 1.344 do Código Civil mencione somente a figura de sociedade anônima brasileira, nada impede a participação de sociedade ou pessoa física estrangeira no capital social de uma sociedade limitada e dos demais tipos societários.

No entanto, com o advento da norma legal supracitada, houve dúvidas na comunidade jurídica acerca da intenção do legislador em restringir ou não a participação das pessoas jurídicas estrangeiras nas sociedades por ações. Tais dúvidas já haviam sido levantadas quando do surgimento do decreto-lei 2.627/1940, contudo, tendo em vista que tal diploma legal restringia-se à matéria das sociedades anônimas, apenas detinha competência para regular este tipo societário, sem atingir os demais, e, portanto, não poderia excluí-los da participação de sociedades estrangeiras.⁴⁹

Segundo Rubens Tarciso Fernandes Velloza⁵⁰, tampouco o art. 1.344 do Código Civil seria capaz de restringir a participação das sociedades estrangeiras somente no capital social de sociedades sob o tipo anônima. Entendimentos nesse sentido seriam fruto de uma “interpretação essencialmente literal”, a qual não poderia prevalecer sobre a “interpretação sistemática”, visto que a norma não pode ser isolada do ordenamento jurídico em que está inserida.

⁴⁹ VELLOZA, Rubens Tarciso Fernandes. Anotações concernentes ao comando inserido no art. 1.134 do Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 281

⁵⁰ VELLOZA, *loc. cit.*

Ademais, conforme refere *José Gabriel Assis de Almeida*⁵¹, diante de uma má técnica legislativa, reproduziu-se, no mencionado art. 1.134 do CC, quase que integralmente a regra do art. 64 do Decreto-lei 2627, mantido em vigor pela lei 6.404/76, a qual, como dito, se restringia à disciplina das sociedades anônimas, momento em que se olvidou de generalizar a norma, estendendo-a aos demais tipos societários.

Isso porque, ao contrário do Decreto-lei 2627, que se limitava a regular as sociedades anônimas, o Código Civil cuida de todos os tipos societários, sendo incoerente a restrição nesse diploma legal da participação de sociedades estrangeiras somente em sociedades brasileiras, sob a forma de sociedade por ações, mormente porque a grande maioria das sociedades nacionais organiza-se sob a forma de sociedade limitada.⁵²

Não fosse suficiente, o Código Civil apenas regula subsidiariamente as sociedades anônimas, as quais, como determina o art. 1.089, regem-se por lei especial, o que corrobora o entendimento de que a norma não visava tal limitação, mas sim a inclusão dos demais tipos societários previstos no direito brasileiro à modalidade de investimento estrangeiro.

Nesse sentido, o projeto de lei 1572/2011⁵³, que institui o novo Código Comercial, em debate no Congresso Nacional, propõe a alteração da redação do art. 1.134 do CC, suprimindo a menção à sociedade anônima, consolidando o seguinte teor:

Art. 1.134 - A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no país, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo todavia ser sócia de sociedade brasileira, atendidos os requisitos da lei.

⁵¹ ALMEIDA, José Gabriel Assis de. O novo Código Civil e as sociedades estrangeiras. **Revista de Derecho Internacional y del Mersocul**. Buenos Aires, v.7, n. 1, fev. 2003. p. 191.

⁵² Segundo estatísticas da Junta Comercial do Rio Grande do Sul, no ano de 2013, houve a constituição de 19.270 sociedades do tipo Limitada, ao passo que apenas 81 sociedades anônimas foram constituídas no mesmo período no Estado do Rio Grande do Sul. (Disponível em: http://www.jucergs.rs.gov.br/p_estatisticas.asp, consultado em 18abril2014)

⁵³ PL 1572/2011, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>, consultado em 27abril2014.

Destarte, aprovado o anteprojeto de lei com tal disposição, não mais haverá a previsão de participação de sociedades estrangeiras exclusivamente em sociedades anônimas, muito embora tal já consistisse em letra morta de lei.

Por fim, desde o advento da Lei nº 12.441/2011, há previsão no direito Brasileiro de uma modalidade de pessoa jurídica de titular único, denominada empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), cujo capital social, segundo o art. 980-A do Código Civil, incluído pela lei em comento, deve ser de, no mínimo, 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, devidamente integralizado.

Não há dúvidas que uma pessoa física estrangeira pode ser titular de uma EIRELI, contudo, ainda é incerta a possibilidade de uma pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, constituir uma EIRELI, uma vez que, muito embora assim lei não proíba, o DREI, com a Instrução Normativa n. 10/2013, aprovou o "Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada", no qual há expressa vedação, no âmbito do Registro Mercantil, à constituição de EIRELI por pessoas jurídicas, seguindo a tendência do Manual anterior, expedido pelo extinto DNRC.

Dessa forma, atualmente, a constituição de uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada é vedada às pessoas jurídicas em geral e, conseqüentemente, às estrangeiras, o que se espera seja revisto, tendo em vista tratar-se de instituto novo, cujas diretrizes ainda não estão definitivamente estabelecidas.

3.2.1. As subsidiárias integrais e os grupos de sociedades

Importante referir que à sociedade estrangeira é vedada a constituição de uma subsidiária integral, o que é permitido somente às sociedades nacionais, uma vez que a regra do art. 251 da Lei 6.404 é categórica ao afirmar que "a companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira".

Destarte, uma sociedade estrangeira não poderá ser a única acionista de uma sociedade anônima brasileira, visto que somente é permitido às sociedades brasileiras, a constituição de uma subsidiária integral.

Como se não bastasse, referido diploma legal também determina mais adiante, em seu art. 269, parágrafo 1º, que, havendo grupo de sociedades, este deve estar sob o controle brasileiro, assim entendido como o controle da sua sociedade de comando por pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil, de pessoas jurídicas de direito público interno ou sociedades brasileiras que, direta ou diretamente, estejam sob o controle de pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil.

Desta forma, além de a regra do artigo 251 determinar que a subsidiária integral poderá ter como única acionista sociedade brasileira, não basta a esta o preenchimento dos critérios da incorporação e sede social, devendo também atender o critério do controle. Isso porque os dispositivos que tratam do grupo de sociedades limitam o controle do grupo conforme a nacionalidade dos capitais, vedando que este seja exercido por sociedades, ainda que nacionais, cujo controle esteja nas mãos de pessoas naturais não residentes ou domiciliadas no Brasil.

Tais normas legais demonstram a clara intenção do legislador de evitar que as sociedades constituídas em grupo pudessem ser controladas por uma empresa estrangeira, com sede e administração no exterior.

A este respeito, adverte Jacob Dolinger⁵⁴ sobre a adesão pelo legislador também ao critério do controle para aferição da nacionalidade da sociedade, nos casos de grupo de sociedades e de subsidiária integral, criticando as vedações comentadas.

Em seu entendimento, tais vedações vão de encontro à própria Exposição Justificativa das Principais Inovações, que acompanhou o projeto da Lei das Sociedades Anônimas. Esta, ao mesmo tempo em que veda a subordinação do interesse da sociedade nacional ao da estrangeira, frisa o sistema de controle da lei

⁵⁴ DOLINGER, Jacob. A sociedade anônima brasileira – Critério determinante de sua nacionalidade. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, v.15, n. 23, jul. 1976. p. 68-69

sobre os deveres e responsabilidades dos administradores e do acionista controlador da companhia brasileira controlada por acionistas estrangeiros, senão vejamos:

Mas o Projeto não admite a companhia brasileira subsidiária integral de companhia estrangeira, para deixar claro que a lei veda a subordinação do interesse da sociedade nacional ao da estrangeira: os administradores da companhia brasileira controlada por acionistas estrangeiros, assim como o seu acionista controlador, tem sempre os deveres e responsabilidades definidos nos arts. 116, 1167 e 154 e segs.

Modesto Carvalhosa também lamenta tal incoerência legislativa, defendendo que o legislador deveria ter se valido do mesmo critério a todas as hipóteses, e não ora preterindo o critério da incorporação em território brasileiro para dar lugar ao do controle.⁵⁵

Com efeito, havendo os direitos e responsabilidades bem estabelecidos, não há porque existir tal vedação, uma vez que a constituição de uma subsidiária integral pela sociedade estrangeira “nada mais representará do que uma sociedade brasileira controlada por sociedade estrangeira, em que o acionista controlador e os administradores serão plenamente responsabilizados se atentarem contra os interesses da sociedade brasileira, ou contra o interesse da economia nacional”⁵⁶.

A questão relevante não está em evitar a formação grupos de sociedades com controle estrangeiro, mas sim em engendrar esforços para bem regular a atuação destas sociedades no território nacional, tanto no momento do ingresso do investimento estrangeiro, quanto durante e após o exercício de suas atividades.

3.3. Restrições e impedimentos

A Constituição da República conceituava em seu artigo 171, já revogado, não só a “empresa brasileira” - utilizando a expressão *empresa*, que nada mais é que a atividade, não tendo personalidade jurídica-, com os mesmos critérios do Código Civil (constituição sob a lei brasileira e sede no Brasil), como também a “empresa

⁵⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas** 4º Volume Tomo II: Arts. 243 a 300. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 164

⁵⁶ DOLINGER, Jacob. A sociedade anônima brasileira – Critério determinante de sua nacionalidade. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, v.15, n. 23, jul. 1976. p. 69

brasileira de capital nacional”, que além de tais requisitos, caracterizava-se por deter seu controle efetivo – maioria do capital votante e exercício do poder decisório – nas mãos de “pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno”.

A diferenciação lançada pelo constituinte objetivava garantir tratamento diferenciado às sociedades brasileiras de capital nacional, mediante a possibilidade de legislação específica conceder-lhe proteção e benefícios, conforme estava previsto em seus parágrafos 1º e 2º (revogados), *in verbis*:

§ 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.

Pedro Dallari⁵⁷, ao tecer comentários acerca dos princípios de relações exteriores da Constituição de 1988, afirma que o tratamento diferenciado às sociedades brasileiras de capital nacional, previsto no art. 171 da CRFB, teve forte influência no princípio da independência⁵⁸, estatuído no inciso I, do art. 4º, da Carta. Segundo o autor, o princípio igualmente mostra-se latente em demais dispositivos da Constituição, dentre eles, o art. 170, que elenca a *soberania nacional* como princípio da ordem econômica e o art. 172, que refere que os *investimentos de capital estrangeiro* subordinam-se ao *interesse nacional*, estes ainda em vigor.

Diante da revogação do art. 171, através da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, não há mais a distinção de tratamento entre as sociedades brasileiras e as sociedades brasileiras de capital nacional. Sendo constituída uma sociedade de

⁵⁷ DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 159.

⁵⁸ Vocábulo utilizado pelo autor no sentido de “independência econômica” ou “livre de influência”, com base no entendimento de José Creatella Junior em Comentários à Constituição brasileira de 1988 (p.171).

acordo com a legislação brasileira e definida sua sede em território nacional, esta é considerada brasileira, independentemente da origem do capital investido.

Com efeito, a sociedade brasileira não perde seu status de nacional ao contar com sócio, pessoa física ou jurídica, estrangeiro, visto que são irrelevantes a nacionalidade dos sócios e a origem do capital investido na constituição da sociedade para definir sua nacionalidade.⁵⁹

Este entendimento vai ao encontro do princípio básico do Direito Societário, segundo o qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros, isto é, a sua personalidade jurídica não se confunde com a pessoa dos sócios.

Aliás, a mudança da nacionalidade de sociedade brasileira depende de deliberação unânime de seus sócios ou acionistas, conforme preconiza a regra do artigo 1.127 do Código Civil, bem como do artigo 72, do Decreto-lei 2.627/1940.

Muito embora não mais persista a distinção constitucional entre “empresa nacional” e “empresa nacional de capital nacional”, existem algumas restrições e impedimentos legais à presença do capital estrangeiro em alguns segmentos da economia nacional. Isso porque, com vistas a garantir o interesse e a segurança nacional, procurou coibir-se, total ou parcialmente, a influência estrangeira em determinadas atividades econômicas estratégicas no Brasil.

Após reformas realizadas na segunda metade da década de noventa, diversas destas restrições e impedimentos previstos na Constituição da República acabaram sendo retiradas do texto constitucional, no entanto, algumas ainda persistem, tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, apesar da visível tendência brasileira à abertura econômica.

Atualmente, dentre as atividades protegidas, total ou parcialmente, ao acesso de capital estrangeiro estão as seguintes atividades: assistência à saúde; jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica; energia nuclear; indústria pesqueira; serviços de correio e telégrafos; concessão de linhas

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: Direito de Empresa. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

aéreas domésticas, indústria aeroespacial, instituições financeiras e sociedades seguradoras, além de restrições impostas à propriedade em áreas rurais e negócios em zona de fronteira.

Cumprido tecer alguns comentários acerca da disposição constitucional que veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na atividade de assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei, inserida no art. 199, parágrafo 3º, da Carta.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que disciplina o Sistema Único de Saúde – SUS, muito embora repita tal restrição constitucional em seu art. 23, estabelece exceções à vedação no segmento aos casos “de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos”⁶⁰, bem como quando houver “serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social.”

No entanto, tais exceções não se referem à possibilidade de participação de estrangeiro, pessoa física ou jurídica, no capital social de sociedades atuantes no segmento de assistência à saúde, mas tão somente, à possibilidade de haver a injeção nestas atividades de recursos provenientes do exterior, através de doações e de operações de mútuo, o que parece não implicar na participação da sociedade estrangeira na atividade.

A fim de flexibilizar esta restrição, tramita no Senado o Projeto de Lei nº 259, de 2009, de autoria do Senador Flexa Ribeiro, que “altera o art. 23 da Lei nº 8.080, para permitir a participação de empresa e de capital estrangeiro na assistência à saúde”.⁶¹

O projeto amplia a possibilidade de capital estrangeiro no segmento em questão, mediante a participação em pessoas jurídicas organizadas sob a forma de

⁶⁰ Para tanto, deverá haver autorização do órgão de direção nacional do SUS, e a submissão ao seu controle das atividades que forem desenvolvidas e dos instrumentos que forem firmados (art. 23, parágrafo 2º, da Lei 8.080/90)

⁶¹ Disponível em : http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91666

sociedade anônima, com no mínimo cinquenta e um por cento do capital votante pertencente a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que atuem nos seguintes ramos: (a) hospital geral, inclusive filantrópico (inciso III); (b) laboratórios de análises clínicas, de anatomia patológica e de genética humana; (c) serviço de fisioterapia; (d) serviço de diagnóstico por imagem; (e) ações e pesquisas de planejamento familiar; (f) seguro-saúde e plano privado de assistência à saúde⁶².

O projeto prevê, contudo, algumas atividades assistenciais, cuja exploração é vedada ou restringida ao capital estrangeiro, por serem consideradas estratégicas e de interesse nacional. Estas são: Cirurgia cardiovascular, terapia e propedêutica hemodinâmica, quimioterapia, radioterapia, hemodiálise e transplantes, sob a justificativa do Senador Flexa Ribeiro, autor do projeto, de que “são atividades que utilizam medicamentos, equipamentos e insumos de altíssimo custo e são passíveis de controle por monopólios ou oligopólios.”

Outro exemplo que já foi flexibilizado consiste na regra do art. 222 da Constituição, que reserva o exercício das atividades jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede no País. Tratando-se de pessoa jurídica, há um limite máximo de participação estrangeira, não podendo a sociedade contar com mais de 30% de seu capital social total e votante nas mãos de estrangeiros ou brasileiros naturalizados há menos de 10 anos.

Neste caso, também a administração da sociedade deverá ser exercida exclusivamente por brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, aos quais incumbirá estabelecer o conteúdo da programação divulgada, bem como a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada.

⁶² Este inciso é objeto de emenda, que visa suprimi-la, tendo em vista que a matéria já é tratada pela Lei n° 9656/98, que em seu art. 1°, §3°, permite as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior a constituírem ou participarem do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde.

Antes da redação dada pela emenda constitucional 36/2002, era totalmente vedada a participação de estrangeiros em sociedades deste segmento, que deveriam ser de titularidade exclusiva de brasileiros natos ou naturalizados há menos de 10 anos.

Ademais, a participação de pessoa jurídica em sociedades jornalísticas ou de radiodifusão somente era permitida a partido político e a sociedades cujo capital pertencesse exclusiva e nominalmente⁶³ a brasileiros, desde que através de capital sem direito a voto e que não excedesse a trinta por cento do capital social total daquela.

Portanto, depreende-se que, na esteira das reformas conferidas à Constituição, a partir da emenda constitucional 36/2002, houve uma flexibilização da vedação total à participação de estrangeiros no segmento de atividades jornalísticas e de radiodifusão, de modo a permitir a participação, ainda que minoritária, de pessoas físicas e jurídicas estrangeiras nas sociedades do setor.

Cumprе mencionar, ainda, outro impedimento à sociedade estrangeira, prevista na lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e, na regra de seu art. 3º, § 4º, inciso II, veda que a pessoa jurídica “que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior” se beneficie do tratamento jurídico diferenciado conferido pela lei, como por exemplo optar pelo regime do Simples Nacional.

Assim, muito embora as flexibilizações referidas, diversas restrições e impedimentos à entrada de capital estrangeiro em território brasileiro ainda persistem e servem para garantir a proteção de setores sensíveis da economia nacional, seja para garantir a segurança, o interesse ou a soberania nacional.

⁶³ No atual regime jurídico das sociedades anônimas, as ações somente podem ser nominativas. A Lei 8.021/1990, que dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências, aboliu do ordenamento jurídico pátrio as ações ao portador.

3.4. Caso YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.021.987⁶⁴, de relatoria do Ministro Fernandes Gonçalves, firmou interessante posicionamento acerca da responsabilidade civil de sociedade brasileira pelos atos praticados por sua controladora estrangeira, em decisão assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE PÁGINA DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM. ALEGADA RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA, DE ORIGEM ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE DA ORDEM SER CUMPRIDA PELA EMPRESA NACIONAL. 1. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ. 2. Se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 1021987/RN, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 09/02/2009)

O Recurso Especial em comento foi interposto pela YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que desprovera o Agravo de Instrumento manejado pela recorrente em face da decisão interlocutória de deferimento da antecipação parcial dos efeitos da tutela requerida pela autora, determinando a retirada de site ofensivo do ar (<http://www.geociies.com/lidysantana>), sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais).

A ação ajuizada por Lidiane de Souza Santana objetivava, além da desativação do site mantido supostamente mantido pela recorrente, deferida em sede antecipatória, a condenação da demandada YAHOO! à compensação pelos danos morais sofridos em razão da veiculação de anúncio inverídico e ofensivo de

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.021.987 - RN. Recorrente: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA. Recorrida: Lidiane de Souza Santana. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 07. out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=823695&sReg=200800024438&sData=20090209&formato=PDF> Acesso em 25 jun. 2014

programas sexuais contendo fotografias pornográficas atribuídas à pessoa da autora.

Assim, a recorrente, com base no permissivo constitucional contido na alínea “a”, do inciso III, do art. 105 da CRFB, alegou afronta à regra do art. 28, caput e parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Referiu que a página objeto da demanda, haveria sido criada por um usuário da Internet, que fez uso de serviço disponibilizado pela empresa Yahoo! Inc, sociedade americana que não é parte do processo, e que o fato de referida empresa figurar como sua sócia, não implicaria em sua responsabilidade para responder à ordem judicial que lhe é relativa, aliado ao fato de não estarem preenchidos os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica (em nosso entendimento, pretendia referir-se à modalidade inversa de desconsideração).

Afirmou, ainda, que, na condição de sociedade controlada pela sociedade que detém responsabilidade e integrante de grupo societário, não poderia ser solidariamente responsável, visto que à luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 28, parágrafo 2º), sua responsabilidade seria meramente subsidiária. E, por fim, argumenta que as normas do referido diploma legal não seriam aplicáveis ao caso, tendo em vista a ausência de relação de consumo com a recorrida.

O eminente Relator, ao julgar o recurso, ponderou que o Tribunal *a quo* sequer cogitara a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da recorrente ou de sua controladora americana, mas sim de aplicação da teoria da aparência, tendo citado o dispositivo legal que prevê o instituto apenas como amparo à decisão.

E, assim, considerando que a Yahoo! Brasil vale-se do reconhecimento de sua controladora americana, apresentando-se no Brasil com a mesma logomarca e, como tal, aufere benefícios ao se apresentar como representante nacional desta, entendeu o relator que a controlada (recorrente) deve também responder pelos riscos de tal conduta, que não podem ser repassados ao consumidor.

No ponto, citou como precedente o famoso caso da Panasonic do Brasil, em que o STJ responsabilizou a subsidiária brasileira da Panasonic, sediada no Japão,

pela garantia de produto da mesma marca adquirido em Miami, nos Estado Unidos da América.⁶⁵

Cumpre referir que os Ministros Aldir Passarinho Junior e Carlos Fernando Mathias, muito embora acompanhassem o voto do relator, realizaram ressalva no sentido de que o precedente acima citado, invocado pelo Relator, não se relaciona ao caso em apreço, visto que nas palavras do primeiro, se trata este de precedente “absolutamente atípico”.

Ademais, justificou o nobre relator a responsabilidade da recorrente sob a afirmativa de que há dificuldade de o consumidor distinguir com clareza ambas as empresas, mesmo porque acaso se digitasse o endereço do site objeto da demanda imediatamente haveria o redirecionamento ao site da Yahoo! Brasil.

Desta forma, o relator houve por bem não conhecer do recurso especial interposto, mantendo a decisão recorrida, para reconhecer a responsabilidade da sociedade brasileira por atos de sua sócia controladora estrangeira, diante da incidência da teoria da aparência.

O sistema da responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor visa à mais efetiva e integral reparação do dano ao consumidor, com a adoção da teoria

⁶⁵ DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA. I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos." ()

objetiva, e, conforme ensinamentos do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino⁶⁶, a ampliação do nexos de imputação, para incluir como responsáveis todos os fornecedores envolvidos na relação, aos casos de fato do produto e do serviço.

A teoria da aparência tem ampla aplicação na jurisprudência pátria quando se trata de responsabilidade civil do fornecedor, e no caso em análise, a sua aplicação se deu justamente para garantir a efetiva proteção à vítima do consumo e facilitar o seu acesso à justiça, considerando que a real responsável está sediada no exterior, contudo possui uma subsidiária brasileira, que facilmente poderá cumprir a ordem liminar determinada.

Importante referir que ainda que não se trata a Recorrente de agência, filial ou sucursal da sociedade estrangeira, é necessário haver esta responsabilização. Muito embora a constituição de uma subsidiária brasileira pela sociedade estrangeira, com personalidade jurídica própria, trata-se, de fato, de uma extensão de sua personalidade jurídica, para exercer a sua atividade social no Brasil, diante das vantagens decorrentes desta forma de atuação, sobretudo a ausência de autorização de funcionamento.

Assim, a recorrente não só se vale do renome de sua sócia estrangeira, conforme afirma o relator, como também foi constituída justamente com o propósito de permitir este fato, ou seja, a atuação da estrangeira em território brasileiro, ainda que na qualidade de sócia de sociedade limitada nacional.

Portanto, de suma importância o precedente ora comentado ao tema das sociedades estrangeiras, pois sedimenta entendimento acerca da existência de responsabilidade de uma subsidiária constituída no Brasil, por atos de sua controladora estrangeira, o que, de um lado, visa à proteção dos consumidores brasileiros e, de outro, deve ser levado em consideração pela sociedade estrangeira ao investir no Brasil.

⁶⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 172-173.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como polo de atração de investimentos estrangeiros, o Brasil cada vez mais conta com a presença de capital estrangeiro em sua economia, seja através de investimento de portfólio ou investimento direto, que importa na participação efetiva de estrangeiros na administração de sociedades nacionais ou na constituição de estabelecimentos subordinados no Brasil.

Partindo de uma prévia reflexão do regime jurídico de sociedades estrangeiras, seu reconhecimento e legislação aplicável, buscou o presente trabalho analisar as alternativas disponíveis às sociedades estrangeiras que visem investir no Brasil de forma direta, mais especificamente, com a pretensão de exercer de modo estável seu objeto social.

Conforme exposto no presente trabalho, no Brasil, verificam-se duas principais formas com que a sociedade estrangeira possa concretizar este objetivo. A primeira, mediante autorização para funcionamento do Poder Executivo brasileiro e, a segunda, através da participação no capital social de sociedade brasileira, em regra, independentemente de autorização para tanto.

Na forma do art. 11 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil relativas ao tema, as pessoas jurídicas de direito internacional privado são regidas pela lei do local de sua constituição. Assim, cumpridos os requisitos previstos naquela legislação à existência e aquisição de personalidade jurídica, a sociedade será reconhecida no Brasil.

Contudo, havendo o interesse de efetivamente exercer os direitos próprios de seu objeto social ou de instalação de estabelecimentos permanentes no Brasil, necessita a sociedade estrangeira de autorização do Poder Executivo, podendo, contudo, ser acionista de sociedade brasileira, conforme determina a regra do art. 1.134 do Código Civil.

Assim, a participação no capital social de sociedade brasileira, em regra, prescinde de autorização, o que torna esta alternativa a mais utilizada por sociedades estrangeiras, sem que isto configure fraude à lei.

Por outro lado, considerando que nem sempre os investimentos estrangeiros trazem efeitos positivos aos países receptores e que os mesmos devem ser selecionados de acordo com as necessidades e objetivos locais, aliado a critérios de defesa da segurança nacional, faz-se necessário que o Brasil adote essa preocupação.

A análise pelo governo da oportunidade e da conveniência na recepção de investimentos estrangeiros em certos casos é fundamental e legítima a necessidade de autorização para o funcionamento, em ato discricionário, sem configurar, obviamente, arbitrariedade.

Isso importa dizer que é importante restringir a entrada de empresas, não só para proteger as áreas sensíveis e estratégicas da economia, objetivo visado com as restrições e impedimentos impostos ao capital estrangeiro, como também para que se permita a seleção dos investimentos que de fato venham acrescentar ao País, desenvolver o capital humano e tecnológico, proteger os recursos naturais e, conseqüentemente, reverter-se em benefícios à sociedade.

Ademais, a regulação das sociedades estrangeiras também deve existir, desde os cuidados com a exploração de recursos nacionais, até a proteção daqueles que com elas se relacionem, sobretudo os consumidores.

Nesse ponto, destacam-se algumas exigências legais impostas a sociedade estrangeira autorizada, como por exemplo a obrigatoriedade de nomeação de um representante legal no Brasil, com poderes específicos de representação, inclusive para receber citação, e a necessidade de publicidade dos atos e de prova da integralização do capital social destinado às operações no Brasil.

Também a jurisprudência deve garantir esta proteção, sendo um exemplo o julgado do Superior Tribunal de Justiça analisado no presente trabalho, que determina a responsabilidade de sociedade brasileira pelos atos de sua controlada estrangeira, como forma de amparo ao consumidor.

Assim, é imprescindível ao Brasil, como país receptor de investimentos e também cada vez mais investidor, incentivar a entrada de capital estrangeiro e proteger seus investidores no exterior, e, ao mesmo tempo, respeitar suas necessidades e prioridades internas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. O novo Código Civil e as sociedades estrangeiras. **Revista de Derecho Internacional y del Mersocul**. Buenos Aires, v.7, n. 1, fev. 2003;

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011;

ARROYO, Diego P. Fernández. As Novas Tendências do Direito Internacional Privado. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, n. 4. Set., 2005;

BALANCE OF PAYMENTS AND INTERNATIONAL INVESTMENT POSITION MANUAL. 6. ed. Washington, D.C: International Monetary Fund, 2009. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>> acesso em 23 jul. 2014;

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013;

BASSO, Maristela. **Joint Ventures: Manual prático das associações empresarias**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 4 abr. 2014;

_____. Decreto n 18.871, de 13 de Agosto de 1929. **Senado**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=18871&tipo_norma=DEC&data=19290813&link=s> Acesso em 30 mai. 2014;

_____. Decreto n. 2.400, de 21 de novembro de 1997. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2400.htm> Acesso em: 01 jun. 2014;

_____. Decreto n. 2.427, de 17 de dezembro de 1997. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2427.htm> Acesso em: 01 jun. 2014

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 04 abr 2014;

_____. Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em: 20 mai. 2014;

_____. Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm> Acesso em: 04 abr 2014;

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 20 abr. 2014;

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm > Acesso em: 20 jun. de 2014;

_____. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 04 abr 2014;

_____. Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12441.htm > Acesso em: 30 mai. 2014;

_____. Projeto de Lei n. 259 de 2009. **Senado**. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91666>
Acesso em: 20 jun. 2014;

_____. Projeto de Lei n. 1.572 de 2011. **Câmara dos Deputados**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>> Acesso em: 27 abr 2014;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 63.981/ SP. Recorrente:
Plino Gustavo Prado Garcia. Recorrido: PANSONIC DO BRASIL TDA. Relator:
Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 11 abr. 2000. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=278471&nreg=199500183498&dt=20001120&formato=PDF>> Acesso em 25 jun. 2014;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.021.987 - RN. Recorrente:
YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA. Recorrida: Lidiane de Souza Santana.
Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 07. out. 2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=823695&sReg=200800024438&sData=20090209&formato=PDF> Acesso em 25 jun. 2014;

CALDERON, Silvio Javier Battello. **Falência Internacional no Mercosul**. Curitiba:
Juruá, 2011;

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 11
ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas** 4^o Volume
Tomo II: Arts. 243 a 300. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 17 ed.
São Paulo: Saraiva, 2013;

DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994;

DOLINGER, Jacob. A sociedade anônima brasileira – Critério determinante de sua nacionalidade. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, v.15, n. 23, jul. 1976;

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

FARACO, Alexandre Ditzel. Sociedade Nacional e Sociedade Estrangeira. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, n 34, dez. 2006;

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: teoria e prática**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado. In: CASELLA, Paulo B. e ARAÚJO, Nádia de. **Integração Jurídica Interamericana: As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 1998;

RODAS, João Grandino. Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis. In: In: CASELLA, Paulo B. e ARAÚJO, Nádia de. **Integração Jurídica Interamericana: As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 1998;

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

SAVIGNY, Fridrich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual – Volume VIII**. 1. ed. Ijuí: Unijuí, 2004;

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 4. ed. São Paulo:LTTr, 2000;

XAVIER, Alberto. Problemas jurídicos das filiais de sociedades estrangeiras, no Brasil e de sociedades brasileiras no exterior. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 39, jul – set. 1980;

SECRETARIA DA MICRO E PEQUENA EMPRESA E DEPARTAMENTO DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO. **Revista SMPE/DREI**. 1 ed, dez.

2013 Disponível em:

<<http://issuu.com/departamentoregistroeintegracao/docs/revistadrei22>> Acesso em 20 jun 2014;

VELLOZA, Rubens Tarcisio Fernandes. Anotações concernentes ao comando inserido no art. 1.134 do Código Civil. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, abr – jun. 2012.

ANEXO



Superior Tribunal de Justiça
Revista Eletrônica de Jurisprudência

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.987 - RN (2008/0002443-8)

RELATOR : **MINISTRO FERNANDO GONÇALVES**
RECORRENTE : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA
ADVOGADOS : LEONARDO PERES DA ROCHA E SILVA E OUTRO(S)
 JOSÉ ALEXANDRE BUAIZ NETO E OUTRO(S)
 REGINALDO MEDEIROS GOMES E OUTRO(S)
 ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA E OUTRO(S)
RECORRIDO : LIDIANE DE SOUZA SANTANA
ADVOGADO : LUIZ VALÉRIO DUTRA TERCEIRO E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE PÁGINA DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM. ALEGADA RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA, DE ORIGEM ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE DA ORDEM SER CUMPRIDA PELA EMPRESA NACIONAL.

1. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ.
2. Se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta.
3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Ministro Relator. Brasília, 07 de outubro de 2008. (data de julgamento)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 20080002443-8

REsp 1021987 / RN

Números Origem: 1070018767 20070004717 20070004717000000

PAUTA: 02/10/2008

JULGADO: 02/10/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA

ADVOGADOS : LEONARDO PERES DA ROCHA E SILVA E OUTRO(S)

JOSÉ ALEXANDRE BUAIZ NETO E OUTRO(S)

REGINALDO MEDEIROS GOMES E OUTRO(S)

ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA E OUTRO(S)

RECORRIDO : LIDIANE DE SOUZA SANTANA

ADVOGADO : LUIZ VALÉRIO DUTRA TERCEIRO E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Brasília, 02 de outubro de 2008

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.987 - RN (2008/0002443-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Por LIDIANE DE SOUZA SANTANA foi proposta ação de indenização por danos morais em face de YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA, requerendo, em sede de antecipação de tutela, a desativação do site "<http://www.geocities.com/lidysantana>", no qual estaria veiculado anúncio inverídico, oferecendo programas sexuais com sua pessoa, além de conter fotos pornográficas a ela atribuídas.

O Juízo da 15ª Vara Cível de Natal defere o pedido liminar, determinando que a YAHOO! DO BRASIL retire a página do ar, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais).

Contra essa decisão é manejado agravo de instrumento, desprovido pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em acórdão que guarda a seguinte ementa:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMANDA INDENIZATÓRIA. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM DE FORMA DEGRADANTE. DESRESPEITO À IMAGEM EVIDENTE. ORDEM JUDICIAL DETERMINANDO A RETIRADA DA PÁGINA DA INTERNET QUE VEICULA A NOTÍCIA. ARGÜIÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. PROCEDIMENTOS IMPUTADOS A EMPRESA ESTRANGEIRA. COMPOSIÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. APLICAÇÃO DO ART. 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TEORIA DA APARÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DAS ARGUMENTAÇÕES EXPENDIDAS PELA AGRAVANTE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA IMPOR ENTENDIMENTO DIVERSO DAQUELE PROFERIDO PELO JUÍZO ORIGINÁRIO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO." (fls. 249)

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados (fls. 266/270).

Inconformada, interpõe a YAHOO! BRASIL recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, alegando maltrato ao art. 28, **caput** e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Assinala, no essencial, que a página "<http://www.geocities.com/lidysantana>" foi criada por um usuário da internet com o uso de um serviço oferecido pela empresa Yahoo! Inc., em seu portal "<http://yahoo.com>", cabendo a essa empresa, portanto, cumprir a determinação judicial questionada.

Assevera, de outra parte, que a desconsideração da personalidade jurídica, prevista no **caput** do art. 28 da Lei 8.078/90, é uma forma de atribuir aos sócios obrigações que, em princípio, são da pessoa jurídica. Nesse passo, entende que tal instituto não pode ser utilizado para impor ao sócio responsabilidade que já seria originariamente sua, como ocorre *in casu*, em que está sendo condenado a cumprir ordem judicial relativa à Yahoo! Inc. somente pelo fato desta empresa figurar como sua sócia. Acena, também, com a impropriedade de se falar em desconsideração da personalidade jurídica na ausência de fraude ou abuso de direito.

Nesse diapasão entende, ainda, que por não ser sócia da Yahoo! Inc., mesmo no caso de desconsideração da personalidade jurídica daquela, não poderia ser chamada a responder a ordem judicial relativa à empresa americana. Ressalta, de toda forma, que tanto a condenação direta da Yahoo! Inc., como a imposição de obrigação a sócio daquela empresa depende da presença desta no pólo passivo da demanda, o que não ocorre.

Sustenta, ademais, que nos termos do Código de Defesa do Consumidor, as sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações decorrentes da aplicação de suas normas. Assim, defende a tese de que, na condição de sociedade controlada pela Yahoo! Inc. e integrante do mesmo grupo societário, não poderia ser diretamente responsabilizada por prestação devida pela controladora.

Argumenta que não mantém relação de consumo com a recorrida, daí serem inaplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor para regular a situação retratada nos autos. Não bastasse, entende que o aresto recorrido parte de premissa equivocada para chegar às conclusões apresentadas, pois afirma que a Yahoo! Brasil é representante e sócia da Yahoo! Inc., o que não condiz com a realidade.

Esclarece, por fim, que não tem condições legais e técnicas para cumprir o quanto determinado pela justiça potiguar.

Contra-razões às fls. 322/342.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.987 - RN (2008/0002443-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

Os denominados "provedores de internet" são pessoas físicas ou jurídicas que exercem diversas funções no âmbito da rede mundial de computadores. A partir do tipo de atividade desenvolvida podem ser divididos em provedores de acesso, provedores de serviços e provedores de conteúdo.

Os provedores de serviços são responsáveis, por exemplo, pelos serviços de correio eletrônico, hospedagem de páginas eletrônicas e chave de busca. Dentre esses, o que nos interessa para a compreensão do tema em debate, é a hospedagem de páginas eletrônicas, que incluem, no mais das vezes, a disponibilização de ferramentas para o usuário produzir uma página e o fornecimento de espaço para armazenamento dos dados criados.

Na espécie, ingressa a autora com pedido de antecipação de tutela requerendo seja retirada da rede mundial página eletrônica de conteúdo ofensivo a sua imagem e a sua honra, criada por usuário, até então, anônimo. O pedido é provido, sendo condenada a recorrente a cumprir a determinação, sob pena de multa diária.

Sustenta a recorrente, porém, não ter capacidade técnica ou jurídica para executar o quanto ordenado, pois não seria o provedor de serviços responsável pela criação da página e armazenagem das informações nela contidas.

Assegura, nesse passo, que o site, objeto da lide, foi criado e hospedado por um usuário da internet com o uso de uma ferramenta oferecida pela empresa americana Yahoo! Inc., no portal "http://www.yahoo.com", enquanto o seu portal é o "http://www.yahoo.com.br".

De início, a matéria relativa à impossibilidade de aplicação das normas consumeristas à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, apesar da oposição de embargos declaratórios. Não alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, incide, *in casu*, a súmula 211/STJ.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRADO REGIMENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 211/STJ

– AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CPC - DESPROVIMENTO.

I - Não enseja interposição de Recurso Especial matéria que não tenha sido ventilada no v. aresto atacado e sobre a qual, embora tenham sido opostos os embargos declaratórios competentes, o órgão julgador não se pronunciou e a parte interessada não alegou ofensa ao art. 535 do CPC, incidindo, na hipótese, o verbete sumular n. 211 do STJ.

II - Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no REsp 881.416/RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJde 05.03.2007)

Por outro lado, insiste a recorrente na impossibilidade de aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica ao caso dos autos, seja pela não comprovação da ocorrência de fraude ou abuso de direito, seja porque o instituto não pode ser utilizado para obrigar o sócio por responsabilidade que já era originariamente sua.

Nesse passo, faz-se necessário um esclarecimento, a empresa que teria fornecido os meios para o usuário criar a página ofensiva à imagem e honra da recorrida, isto é, a Yahoo! Inc. é sócia majoritária da Yahoo! Brasil, detendo 97, 14% de suas cotas sociais. Nesse sentido, a afirmação da recorrente poderia ser assim traduzida: não pode ser desconsiderada a personalidade jurídica da Yahoo! Brasil para alcançar a Yahoo! Inc. se a prestação exigida já era de responsabilidade desta última, pois o instituto tem outra finalidade, qual seja, a responsabilização do sócio, em casos específicos - fraude, abuso de direito -, por obrigação da pessoa jurídica.

Acrescenta, ainda, que não é sócia da Yahoo! Inc. e, ainda, que fosse esse o caso, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa americana somente poderia ser efetivada com sua presença no pólo passivo da lide, o que não ocorre.

Apesar de toda essa judiciosa argumentação, o fato é que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, salvo melhor juízo, não cogita especificamente da desconsideração da personalidade jurídica quer da recorrente, quer da Yahoo! Inc.. O artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor é citado como amparo para aplicação da teoria da aparência. São os termos do voto condutor do aresto recorrido, **verbis**:

“O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor dispõe:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

.....

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

Assim é que, como bem ressaltado pela 17ª Procuradoria de Justiça, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, considerando as benesses obtidas pelas empresas nacionais que pertine à utilização de marcas internacionalmente conhecidas, determinou a responsabilidade daquelas pelos produtos anunciados e comercializados por esta, não sendo plausível, portanto, que o consumidor suporte os ônus oriundos da comercialização do produto (sic). (parecer de fls. 225-232)

(...)

Volvendo-se ao caso dos autos, observa-se que a agravante (Yahoo! do Brasil Internet Ltda) é uma pessoa jurídica diversa da Yahoo Inc., todavia, percebe-se que ambas pertencem a um mesmo grupo econômico, sendo certo que a primeira é representante desta última no Brasil.

Desta feita, evidencia-se insubsistentes os motivos soerguidos pela agravante para se eximir do cumprimento da ordem judicial em epígrafe, haja vista que, pelo princípio da aparência, sendo representante e sócia da Yahoo Inc., conforme consta no contrato social colacionado às fls. 198-211, mostra-se como responsável pelo cumprimento das ordens judiciais que remontem a procedimentos dirigidos ao serviço que oferecem em território nacional, se não de forma direta por possível impossibilidade técnica, ao menos intermediando a realização do que lhe foi determinado.

Seria desarrazoado impor ao consumidor todo o ônus de acionar uma empresa estrangeira, quando a mesma se faz representar por outra com sede no Brasil e pertencente ao mesmo grupo econômico.

Assim, não há que se considerar o argumento que sustenta a pretensão recursal em exame de que não se detém as ferramentas necessárias para a retirada da página destacada nos autos da internet.

(...)

Agindo, portanto, a agravante, no Brasil, com aparência de gerência sobre os serviços prestados pela Yahoo Inc, suposta responsável das ferramentas adequadas para retirada da página www.geocities.com/Idysantana da internet, cabe a mesma que adote os procedimentos necessários junto a esta última para o cumprimento da ordem que emana de primeiro grau, haja vista que para o consumidor a Yahoo! Do Brasil Internet Ltda que se apresenta como responsável pelos serviços da Yahoo Inc., compondo, inclusive, o mesmo grupo econômico, conforme já ressaltado."(fls. 253/255).

Nesse contexto, percebe-se que o cerne da controvérsia cinge-se à possibilidade de aplicação da teoria da aparência ao caso, acenando a recorrente com a impropriedade de se adotar tal entendimento, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor fala somente em responsabilidade subsidiária de participante do mesmo grupo econômico e não em responsabilidade direta.

A teoria da aparência ou aparência de direito foi definida por Álvaro Malheiros como sendo "uma situação de fato que manifesta como verdadeira uma situação jurídica não verdadeira, e que, por causa do erro escusável de quem, de boa-fé, tomou o fenômeno real como manifestação de uma situação jurídica verdadeira, cria um direito subjetivo novo, mesmo à custa da própria realidade" (Aparência de direito. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: RT, n.6, p. 46, 1978). É matéria controvertida na doutrina e na jurisprudência, tendo alcançado certo grau de unanimidade no que respeita à citação de pessoa jurídica feita em pessoa que se apresente, na sede, como sua representante.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. APARENTE REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA.

1. Reputa-se válida a citação da pessoa jurídica por intermédio de quem se apresenta na sede da empresa como seu representante legal e recebe a citação sem ressalva de que não possui poderes para tanto. Precedentes desta Corte: AGA 441.507/RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª

Turma, DJ de 22/04/2003; AERESP 205275/PR, Relator Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ de 28/10/2002; REsp302.403/RJ, Relator Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 23/09/2002.

2. *In casu, sob o ângulo fático (Súmula 07/STJ), assentou a Corte local: "Embora, o senhor RICARDO CALDERARO IÓRIO não conste dos atos constitutivos da agravante, ao menos das alterações acostadas aos autos (fl. 3337-TJMG), e embora não esteja claro qual sua relação com a sociedade executada (já que nem mesmo a agravante cuidou de esclarecer este pormenor), não se pode deixar de registrar que o mesmo, além de estar na sede da agravante, nada ressaltou quando firmou o termo de intimação de penhora trazido em cópia às fl. 28-TJMG-verso" (fl. 72).*

3. *Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 736.583MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 20.09.2007 p. 223)*

No caso em apreço, é fato que a Yahoo! Brasil apresenta-se aos consumidores utilizando a mesma logomarca da empresa americana. Além disso, ao digitar na rede mundial o endereço trazido nas razões do recurso como sendo da Yahoo! Inc. - www.yahoo.com - abre-se, na realidade, a página da Yahoo! Brasil. Diante dessa moldura fática, é de se supor que o consumidor não distingue com clareza as divisas entre a empresa americana e sua correspondente nacional. Uma aparentando ser a outra.

Assim, sendo direito do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos e a efetiva reparação dos danos morais experimentados, é de se concluir pela legitimidade passiva da recorrente para responder aos termos da ordem judicial questionada, não sendo razoável impor à recorrida o ônus de demandar empresa internacional, mormente se a demora na retirada das informações caluniosas é fator preponderante para agravar-lhe o sofrimento moral.

Esclareço, por oportuno, que para Orlando Gomes uma das razões para a aparência ser tomada como realidade é não tornar mais lenta, fatigante e custosa a atividade jurídica (Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: RT, 1967, p. 242).

Ademais, é de se considerar que a empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve, pois, também, responder pelos riscos de tal conduta.

Nesse sentido:

"DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países,

sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos." (REsp 63.981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, julgado em 11.04.2000, DJ 20.11.2000 p. 296)

Cumprе ressaltar, ainda, que à recorrente foi determinada a retirada da página causadora de dano à imagem da recorrida, mas no caso de impossibilidade técnica, foi estabelecido que adotasse os procedimentos necessários junto à Yahoo! Inc. (sua controladora) para alcançar o mesmo fim, não lhe auxiliando, portanto, a argumentação no sentido de que não tem capacidade técnica para cumprir o quanto determinado.

Frise-se, por fim, que a circunstância de o aresto recorrido ter asseverado que a Yahoo! Brasil é sócia da Yahoo! Inc., quando a situação é inversa, não tem o condão de alterar as conclusões ali referidas, pois ambas, de toda forma, pertencem ao mesmo grupo econômico, como reiteradamente afirmado.

Não conheço do recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 20080002443-8

REsp 1021987 / RN

Números Origem: 1070018767 20070004717 20070004717000000

PAUTA: 02/10/2008

JULGADO: 07/10/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA
 ADVOGADOS : LEONARDO PERES DA ROCHA E SILVA E OUTRO(S)
 JOSÉ ALEXANDRE BUAIZ NETO E OUTRO(S)
 REGINALDO MEDEIROS GOMES E OUTRO(S)
 ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA E OUTRO(S)
 RECORRIDO : LIDIANE DE SOUZA SANTANA
 ADVOGADO : LUIZ VALÉRIO DUTRA TERCEIRO E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). LEONARDO PERES DA ROCHA E SILVA, pela parte RECORRENTE:
 YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de outubro de 2008

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
 Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.987 - RN (2008/0002443-8)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, tenho uma restrição em relação à invocação do precedente. É que se trata de precedente tão absolutamente atípico que não representou, não representaria hoje e nem representava à época o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, se considerada a composição da 2ª Seção.

É uma situação em que um produto que jamais foi feito no Brasil teria garantia, sem que aqui fosse produzido ou existisse sequer o ferramental para se fazer um reparo dessa natureza.

Trata-se de um acórdão muito peculiar, que quase chegou a ser rescindido na Seção, não o sendo por uma preliminar suscitada pelo Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa de inadmissibilidade em uma determinada circunstância.

Mas a questão no caso é outra, de Internet, como destacado no debate, de sorte que acompanho o voto de V. Exa., não conhecendo do recurso especial, mas com a ressalva de que aquele precedente do Superior Tribunal de Justiça não se afeiçoa a essa espécie dos autos.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.987 - RN (2008/0002443-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Exa., não conhecendo do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.987 - RN (2008/0002443-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator): Acabamos de ver o lúcido voto do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior fazendo uma análise, uma visão crítica, no melhor sentido que a palavra tenha, de uma jurisprudência no caso da Panasonic, que todos conhecemos, e mesmo aqueles que não votaram, não estão sozinhos, porque muita gente pensa assim.

No caso dos "hackers", por exemplo, que entram em contas bancárias, os penalistas não sabem bem o que fazer, e a última coisa que se diz é Direito Penal próprio e Direito Penal impróprio. Se a matéria pode se resolver pelo Direito Penal comum, próprio, então, pouco importa o veículo, senão, o impróprio, que está exigindo, e há "toneladas" de projetos de lei em matéria penal para definir os delitos de informática.

No caso, trata-se apenas de responsabilidade.

Ouvi a lúcida sustentação do eminente Advogado, mas, no caso específico, todos entram em **sites**. A informática é um utensílio de bolso. Então, no momento, um pouco dessa figura da confusão, no sentido jurídico do termo, e diante dessa ótica, enfatizada pelo voto do eminente Ministro Relator, peço vênha para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator, sem me comprometer com o precedente, com o acórdão potiguar.

Não conheço do recurso especial.