

Nacionalidade da Pessoa Jurídica e a empresa multinacional*.

José Carlos de Magalhães

Professor Assistente da Faculdade de Direito da U.S.P.

SUMARIO: I Pretensões relativas à nacionalidade da pessoa jurídica. II Identificação da pessoa jurídica com os seus membros: a prática da “perfuração do véu social”: a) motivos de segurança nacional: bens de inimigos; b) controle de atividades consideradas essenciais; c) proteção diplomática — o problema do vínculo efetivo; — prática interna dos Estados; — prática internacional. d) fraude à lei. III Projeção futura da prática atual. IV Conclusão.

I. PRETENSÕES RELATIVAS A NACIONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA.

A pretensão de conferir nacionalidade às pessoas jurídicas tem como pressuposto básico o interesse dos Estados em submeter às suas leis as atividades dessas entidades, e, ao mesmo tempo, o de conferir-lhes uma qualidade que as vinculem aos interesses da comunidade nacional à qual, por qualquer laço, estejam ligadas.

Nacionalidade, como é sabido, é um princípio que possui um caráter eminentemente político, já que objetiva estabelecer um vínculo de

* Este trabalho foi redigido no segundo semestre de 1973, quando o Autor se encontrava na Yale Law School, como “visiting Scholar” e obedece à orientação metodológica do “policy oriented approach” que lhe foi transmitida pelos Professores Myres S. McDougal e William M. Reisman que o assistiram na preparação do plano esquemático, do qual este trabalho é parte. A ambos quer registrar seus agradecimentos, que estende ao Prof. Vicente Marotta Rangel pelo incentivo, e paciência na leitura e crítica dos originais. É do Autor, contudo, a responsabilidade pelas imperfeições nele contidas.

lealdade da pessoa para com o seu Estado e deste em relação aos seus nacionais. Ao estender-se às pessoas jurídicas tal qualidade, o que se está fazendo, na realidade, é dar personalidade jurídica conferida pela lei às sociedades uma existência distinta e própria, com vinculações políticas também próprias, as quais independem das que possuem os seus membros, associados, acionistas ou dirigentes.

Interesses econômicos, políticos e mesmo defensivos estão por traz dessa pretensão, à semelhança do que ocorre relativamente às pessoas físicas. A variedade de critérios existentes para estas mostra bem esse aspecto. O mesmo sucede com as pessoas jurídicas, e a falta de uniformidade entre os Estados na consideração desse princípio apenas reflete a disparidade de interesses, fruto de condições especiais que cada Estado possui.

Essa falta de uniformidade se reflete não apenas na área estrita do direito internacional privado, para a resolução de conflitos de leis, mas também, e especialmente, no tratamento dado às pessoas jurídicas em circunstâncias especiais de guerra, crise ou na defesa de interesses protegidos por lei, de terceiros e do fisco.

Os principais critérios conhecidos e empregados pelos Estados são o da nacionalidade segundo o local da constituição da pessoa jurídica e o da nacionalidade segundo o país onde se situa a sede social ou administrativa da sociedade. Na verdade, outros critérios são propostos pela doutrina e mesmo acolhidos na prática. Entretanto, em última análise, pode-se dizer que prevalecem esses dois, apesar das variantes diversas que deles defluem.

O primeiro, o da nacionalidade segundo o país onde os atos constitutivos da pessoa jurídica são arquivados ou aprovados, é geralmente adotado pelos países que seguem o sistema jurídico anglo saxônico do direito comum, além de outros, de direito civil, como Brasil e México que o adotam em um critério misto. A premissa básica desse sistema é a de que o Estado é que autoriza o funcionamento da sociedade. Sem essa autorização — originalmente um privilégio outorgado pelo Estado — a entidade não poderia existir.

Assim, a nacionalidade da pessoa jurídica é conferida pela lei do local que autorizou a sua constituição e funcionamento. Passa ela a refletir, desde o seu nascimento, o poder estatal que lhe deu origem, através da autorização.

O segundo sistema, o da nacionalidade do país onde se situa a sede social ou administrativa da pessoa jurídica é, de acordo com RABEL¹, típico dos países de direito civil que seguem a tradição do direito romano. Aqui a pessoa jurídica é considerada fruto de um contrato social, o qual regula as relações das pessoas físicas nele envolvidas. Não é o Estado que autoriza a constituição ou dá nascimento à entidade, mas sim o contrato social ou os estatutos, os quais refletem a vontade comum de associação segundo as normas estabelecidas. E estas normas devem pautar-se pelas leis do local em que a sede social e a direção dos negócios se encontra. França², Alemanha e de maneira geral os países da Europa Continental seguem esse critério que chegou a ser acolhido pela Corte Permanente de Arbitragem³.

Outros, além desses, existem⁴ e o mais conhecido é o do local da principal atividade da sociedade ou do local da exploração dos negócios sociais. Esse sistema, segundo informa TIMBERG⁵, tem encontrado aceitação em alguns Estados mais sensíveis a razões de ordem fiscal, bem como na doutrina do direito internacional.

De maneira geral, entretanto, prevalecem os critérios do local da constituição e o do local da sede da administração e suas variantes e combinações.

Os problemas surgidos pela diversidade de sistemas tem sido resolvidos, de maneira geral, por normas de direito internacional privado, em questões de meros conflitos de leis, que se prendem geralmente à determinação da lei aplicável e ao funcionamento ou constituição da pessoa jurídica⁶.

O conceito de pessoa jurídica como entidade distinta da de seus membros não é aqui discutido, já que a nacionalidade da pessoa jurídica, como uma entidade em si é que é considerada.

1. RABEL, *The Conflict of Law: A Comparative Study*, págs. 31-67 (1947).

2. Na França as sociedades cuja sede social estão situadas no território francês estão submetidas à lei francesa, de acordo com o artigo 3 da Lei 66.537 de 1966.

3. Cf. HENRY BATTIFOL, *Droit International Privé*, pág. 224 (1967).

4. BROCHARD resume tais critérios como sendo: a) nacionalidade do país onde a empresa se constituiu; b) lugar onde a empresa tem sua sede social; c) nacionalidade dos acionistas; d) nacionalidade das pessoas que controlam a empresa; e) lugar da exploração dos negócios sociais. In "Diplomatic Protection of Citizens Abroad", págs. 617-618.

5. SIGMUND TIMBERG, "Corporate Fictions — Logical, Social and International Implications" in 46 *Columbia Law Review* 533 (1946).

6. BATTIFOL, nota 3, pág. 222.

II. IDENTIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS COM SEUS MEMBROS:
A PRÁTICA DA "PERFURAÇÃO DO VÉU SOCIAL".

Questão mais séria, entretanto, começa a surgir quando se coloca em cheque a distinção entre a pessoa jurídica e seus membros e a constituição formal da entidade passa a ser ignorada ante a realidade dos interesses das pessoas físicas nela envolvidas e os do Estado. A necessidade de se verificar a real participação e vínculos das pessoas envolvidas na pessoa jurídica tem surgido sempre quando interesses nacionais ou de terceiros estão em jogo. Realmente, questões de segurança nacional em épocas de guerra ou crise econômica, necessidade de controle de determinadas atividades, proteção diplomática a nacionais e fraude tem servido de justificativa a tal proceder. O exame dessa prática merece consideração mais detalhada para uma apreciação de sua aplicação ao complexo de pessoas jurídicas de diversas nacionalidades e que se convencionou denominar de empresa multinacional.

a) *Motivos de Segurança Nacional: Bens de Inimigos*

Por ocasião da I Guerra Mundial, tanto países que adotam o critério do país da constituição, como é o caso da Inglaterra, como outros que acolhem a tese do país da administração, como é o caso da França, passaram a fazer abstração da personalidade jurídicas das sociedades para ir às pessoas físicas reais que as manipulavam, a fim de perquirir sobre a sua verdadeira nacionalidade e os interesses por elas representados. Envolvida a segurança nacional, em situação de guerra, a ficção da personalidade jurídica da empresa, como pessoa distinta da de seus membros, é abandonada. Lord Parker, em decisão que ficou famosa, proferida pela House of Lords da Inglaterra⁷, no caso *Daimler Co. v. Continental Tire & Ruber Co.* enfatizou que:

7 Essa decisão alterou os rumos da jurisprudência inglesa que, até então, se pautava pelo reconhecimento formalístico das sociedades, CLÓVIS BEVILAQUA refere-se a essa jurisprudência, para sustentar, no Brasil, a manutenção daquele princípio, ainda em época de guerra. "*Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1913-1934)*" pág. 136 (Ministério das Relações Exteriores — Publicações, 1962).

“Uma companhia (constituída no Reino Unido) pode . . . assumir um caráter inimigo. Este será o caso se os seus agentes ou as pessoas que de fato controlam seus negócios são residentes em um país inimigo ou, qualquer que seja o seu lugar de residência, aderem ao inimigo ou seguem instruções ou agem sob o contrôlo dos inimigos”⁸

Similar orientação tomaram os tribunais franceses que não hesitaram em abandonar a nacionalidade formal das empresas francesas, conferidas de acordo com a lei francesa, para perquirirem sobre a verdadeira vinculação do grupo dirigente ou dos acionistas majoritários. Tanto quanto na Inglaterra, a questão se ligou especialmente a sequestro de bens de inimigos, ao surgir a possibilidade de as empresas esquivarem-se ao sequestro por serem legalmente francesas, embora econômica e politicamente ligadas à Alemanha ou Austria⁹

Os Estados Unidos não adotaram essa linha de conduta no curso da I Guerra Mundial, tendo a Suprema Côrte desse país reafirmado o tradicional princípio da nacionalidade segundo o lugar da constituição da pessoa jurídica, ao decidir o caso *Behn Meyer & Co. v Miller*¹⁰ em que a autoridade administrativa encarregada de sequestro de bens de estrangeiros inimigos havia sequestrado os bens da empresa, que, constituída embora nos Estados Unidos, possuía, como grupo dirigente e principais acionistas, indivíduos de nacionalidade alemã. Aqui, a Suprema Côrte expressamente observou a identidade jurídica da sociedade, como sendo distinta da de seus membros, acolhendo a sua condição de nacional, por ter sido constituída nos Estados Unidos¹¹

Contudo, com a emenda do *Trading with the Enemy Act* de 1941, esse país se rendeu aos imperativos da segurança nacional e passou a não observar a tradicional separação jurídica entre a sociedade e seus acionistas ou dirigentes em situações em que interesses nacionais relevantes estivessem em jogo. Seguindo a mesma linha adotada em tem-

8. 1916 A.C. 307 (House of Lords) apud HEINRICH KRONSTEIN, “The Nationality of International Enterprises”, 52 *Columbia Law Review* 983 (1952).

9. BATTIFOL, *nota* 3, págs. 227/228.

10. 266 U.S. 457 (1925). Repertório de Jurisprudência da Suprema Côrte.

11. *Idem*, pág. 472. Vide também KRONSTEIN, *nota* 8, pág. 987.

pos de guerra pela Inglaterra e França, o Restatement of the Foreign Relations Law dos Estados Unidos sanciona o teste do contrôle, não apenas em épocas de guerra, mas também em épocas de atritos internacionais de caráter econômico, dispondo expressamente:

“Quando a nacionalidade de uma “corporation” é diferente da nacionalidade das pessoas (físicas ou jurídicas) que a possuem ou controlam, o estado da nacionalidade de tais pessoas tem jurisdição para prescrever e aplicar em seu território normas de leis que governem sua conduta ¹².

Prática Brasileira.

O Brasil também adotou essa política realista no curso da primeira guerra, continuando-a na segunda, considerando de propriedade inimiga as associações ou sociedades nas quais a maioria do capital pertencesse a súditos inimigos, qualquer que fosse o local do arquivamento dos atos constitutivos e o da sede, ainda que no Brasil. O artigo 6 do Decreto Legislativo n.º 3365 de 16 de novembro de 1917 foi incisivo:

“Os estabelecimentos comerciais ou industriais, associações, sociedades, inclusive as anônimas, bancos, usinas ou armazens, serão considerados de propriedade inimiga, sempre que a totalidade do respectivo capital, ou a sua maior parte, pertencer a súditos inimigos, qualquer que seja a respectiva sede, no Brasil ou no estrangeiro” ¹³

12. *Restatement. Foreign Relations Law of the US* § 27, Comment a pág. 83 — Proposed Official Draft, 1962.

13. RODRIGO OTÁVIO afirma que esse dispositivo não trata da nacionalidade da pessoa jurídica. Considerando esta como uma entidade distinta de seus membros, afirma que o efeito de tal disposição é o mesmo que fixar um critério para a nacionalidade das sociedades. (*Dicionário de Direito Internacional Privado*, F. Briguet & Cia. Editores, Rio, 1933, pág. 346). Do mesmo entendimento é VALLADÃO, (*Direito Internacional Privado*, Freitas Bastos, 1971). AMILCAR DE CASTRO, ao contrário, entende que, neste caso, a pessoa jurídica será tratada como inimiga, mas, pelo controle, não muda de nacionalidade. (*Direito Internacional Privado*, vol. I, pág. 45, Forense, Rio, 1968).

Na segunda guerra, regulou a matéria, com similar orientação, o Decreto-lei n.º 4807 de 7 de outubro de 1942.

É bem verdade que em épocas de normalidade política a distinção entre a pessoa jurídica e os seus membros tem sido respeitada para outros efeitos ¹⁴ que não envolvam a segurança nacional, tal como entendida pelas autoridades governamentais.

O que se verifica é que a sociedade encarada como uma entidade juridicamente distinta dos seus sócios, acionistas e dirigentes, nem sempre tem essa consideração. A realidade da atividade econômica e dos interesses envolvidos tem merecido atenção especial, ainda que à custa desse tradicional conceito que, no Brasil, é expresso sinteticamente no artigo 20 do Código Civil:

“As pessoas jurídicas tem existência distinta da de seus membros”.

Quando o interesse e a segurança nacionais estão ameaçados pela existência de guerra ou conflito externo, essa distinção deixa de ser observada, senão como regra geral, pelo menos para casos determinados em que a nacionalidade das pessoas físicas que manejam a pessoa jurídica é um importante indício do vínculo político-econômico com o país considerado inimigo.

No âmbito internacional, esse critério foi acolhido em tratados de paz, com o específico objetivo de proteger bens aliados e embargar os do inimigo, para assegurar as indenizações de guerra ¹⁵. O Tratado de Paz firmado com a Itália fornece o exemplo típico:

“Cada Alta Parte Contratante reserva-se o direito de denegar qualquer dos direitos e privilégios acordado neste Tratado a qualquer companhia ou associação criada ou organizada sob as leis e regulamentos de outra Parte Con-

14. BATTIFOL, *nota 3*, esclarece que, após a tendência da I Guerra Mundial, os tribunais franceses voltaram a consagrar a distinção, pág. 228.

15. Esse fato foi considerado como prática comprovada pela Côte Internacional de Justiça, na decisão do caso Barcelona Traction. Vide item 60 da sentença.

tratante em cuja propriedade ou direção, nacionais de quaisquer terceiros países possuam direta ou indiretamente um interesse predominante”¹⁶

O tratado firmado entre o Canadá, Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Estados Unidos em 5 de dezembro de 1947, estabelecendo normas para solução de controvérsias relativas a indenizações de guerra com bens da Alemanha, também prevê o exame da composição da pessoa jurídica para qualificar os verdadeiros interesses a serem protegidos¹⁷.

b) *Controle das Atividades Consideradas Essenciais.*

De certa forma, o mesmo tratamento tem sido dado relativamente a empresas que atuam em setores considerados estratégicos ou chaves, tais como imprensa, mineração, pesca, comunicações, transportes, etc., que os Estados, sem uniformidade embora, procuram reservar para seus nacionais. A personalidade das sociedades passou a ser desconsiderada, para se verificar quais os interesses e nacionalidades realmente envolvidas.

No Brasil, por exemplo, não obstante o formal reconhecimento da distinção entre a pessoa jurídica e os seus membros e a adoção do critério da nacionalidade pelo país da constituição, ignora-se esse princípio nos casos de sociedades que se dediquem a setores considerados essenciais à segurança ou desenvolvimento nacionais ou de grande impacto social. Relativamente a radiodifusão e imprensa, por exemplo, a própria Constituição impõe a regra da abstração da personalidade da pessoa jurídica, identificando-a com seus membros, ao exigir que estas sejam compostas e dirigidas por nacionais apenas¹⁸

Restrições similares são encontradas em outros setores e em outros países, como nos Estados Unidos, em que empresas controladas por estrangeiros não podem participar de contratos com o governo para o fornecimento de bens considerados de importância estratégica.

16. T.I.A.S. n.º 1965 à pág. 40 (Departamento de Estado dos EUA 1948), apud KRONSTEIN, nota 8 pág. 988.

17. *American Journal of International Law*, pág. 157 (1948).

18. Artigo 174 da Constituição Brasileira de 1969.

É verdade, por outro lado, que nestes casos geralmente a lei estabelece as restrições de forma indireta, ou seja, deixando de considerar nacionais para um específico propósito, enquanto que não para outros, ou simplesmente exigindo sejam nacionais os acionistas de uma pessoa jurídica que explorar determinado setor, como ocorre com as empresas jornalísticas no Brasil. Na França, onde o critério da nacionalidade pela sede social vigora, encontramos, na lei sobre bancos, a mesma orientação:

“ são considerados como bancos estrangeiros qualquer que seja o lugar de sua sede social, os bancos que direta ou indiretamente estão sob o controle de pessoas físicas ou morais estrangeiras”¹⁹

Exemplo eloquente também é encontrado na legislação que disciplina a propriedade rural no Brasil, onde a lei 5.709 de 7 de outubro de 1971, ao fazer restrições à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, dispõe:

“Art. 1 — O estrangeiro residente no país e a pessoa jurídica estrangeira, autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei. “§ 1.º — Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta lei, a pessoa jurídica brasileira na qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior”.

Antes, o Decreto-lei n.º 494 de 10 de março de 1969 seguia a mesma linha, equiparando às pessoas jurídicas estrangeiras as pessoas jurídicas nacionais das quais participassem, a qualquer título, pessoas estrangeiras, naturais ou jurídicas, detentoras da maioria do capital social e com sede ou domicílio no exterior (art. 6 § 2)

O que se verifica é que, por via legislativa e através da adoção de um regime de nacionalidade especial, o legislador brasileiro não hesita em identificar a pessoa jurídica com seus membros, desconsiderando a formal distinção prevista no Código Civil. O que prevalece não é o cri-

19. Lei de 13 de junho de 1941 (apud BATTIFOL, pág. 233, nota 25).

tério formal genericamente previsto, mas o exame detido da verdadeira vinculação da pessoa jurídica e daqueles que a dirigem. Os interesses nacionais envolvidos são de tal ordem que a pessoa jurídica, como entidade autônoma, é invadida na sua estruturação formal, para a verificação dos vínculos efetivos das pessoas físicas que a manipulam.

O que se verifica é que, neste caso, o teste do contrôle da empresa é aplicado “a priori”. Quando se exige que os acionistas sejam nacionais ou que o contrôle esteja em mãos de nacionais, o que se está fazendo, na verdade, é abstração da pessoa jurídica, como entidade distinta para se examinar os seus membros. Isto corresponde à figura do “piercing the corporate veil” conhecida no direito anglo-saxônico ²⁰ e empregada especialmente em casos de abusos de personalidade jurídica e fraude, a qual, assim, não obstante aplicada com cautela pelos tribunais para casos concretos já ocorridos ²¹, passa a ter uma aplicação mais ampla.

Ao limitar a exploração de certas atividades a pessoas jurídicas que possuam membros exclusivamente nacionais, os Estados estão protegendo interesses que afetam direta ou indiretamente, sua segurança interna ou externa. E é sob essa justificativa que o “piercing the corporate veil”, ou seja, a “ruptura da muralha da sociedade”, como a chamam os alemães ²², é institucionalizada, consagrando o real contrôle como qualidade essencial para a determinação da nacionalidade. A nacionalidade da sociedade passa a ser um conceito despojado de qualquer sentido, já que são as pessoas nela envolvidas, suas vinculações políticas ou nacionais, bem como os interesses que representam, que servem de elementos preponderantes.

c) *Proteção diplomática.*

A proteção diplomática a nacionais constitui norma de direito internacional geralmente aceita pelos Estados e tem na decisão da Côrte

20. Segundo JÚLIO OLAVARRIA a prática de ignorar a separação entre a pessoa jurídica e seus membros, o “disregard of corporate entity” ou o “piercing the corporate veil”, começou a ser empregada nos Estados Unidos em 1809. *Manual de Derecho Comercial*, Barcelona, 1970, pág. 243.

21. RADNAY, Note on “Piercing the Corporate Veil” under International Law in 16 *Syracuse Law Review* 779, (1964-65).

22. Cf. JÚLIO OLAVARRIA, *nota 20*, pág. 243.

Permanente de Justiça Internacional, no caso *Mavrommantis Palestine Concessions*, o precedente mais significativo²³. Nessa decisão, a antiga Côrte deixou claro que:

“É um princípio elementar de direito internacional que um Estado está habilitado a proteger os seus súditos quando são prejudicados por atos contrários ao direito internacional cometidos por outro Estado, do qual eles não tenham obtido satisfação através dos canais competentes”²⁴.

Daí ser importante, para efeito de proteção diplomática, a determinação da nacionalidade das empresas e das pessoas jurídicas em geral. Não há, contudo, também aqui, um consenso para essa determinação e os critérios adotados pelos Estados são díspares, prevalecendo embora a tendência de se aplicar o teste do contrôle e dos interesses realmente envolvidos na sociedade. A questão deve ser enfocada sob dois aspectos, tais sejam, a prática dos Estados no seu âmbito interno de decisão e a prática internacional.

PRÁTICA INTERNA DOS ESTADOS.

Tanto países que adotam o critério da nacionalidade pelo país de constituição, quanto os que acolhem o do local da sede social passam, neste particular, a prescrutar os verdadeiros interesses envolvidos na pessoa jurídica e a nacionalidade de seus beneficiários, antes de dar-lhes proteção diplomática.

Os Estados Unidos, adeptos da teoria do lugar da constituição, abrem outra exceção aqui, ao dar suporte à doutrina de que a mera constituição nos Estados Unidos de uma empresa não é condição suficiente para garantir-lhe proteção diplomática a que os nacionais têm direito²⁵. Com efeito, as exigências que o Departamento de Estado faz, a esse propósito são, em resumo:

23. Cf. RADNAY, *nota 21*, pág. 791.

24. *Côrte Permanente de Justiça Internacional*, série A n.º 2 (1924).

25. LILLICH, *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*, págs. 86-90, 1962.

“Primeiro. .que a companhia seja constituída de acordo com as leis dos Estados Unidos ou Estado membro. Segundo, que haja um interesse americano substancial em tal “corporation” que autorize a proteção diplomática em uma reclamação”²⁶

Assim, se uma sociedade constituída nos Estados Unidos, mas de propriedade de estrangeiros, embora possa ser considerada nacional para outros efeitos, inclusive para casos de determinação de lei regulados pelo direito internacional privado, não o será para o efeito de proteção diplomática. Neste particular, como LILLICH esclarece, a empresa pode tornar-se “não nacional”, estrangeira²⁷ O requisito imposto pelo Departamento de Estado é o de que pelo menos 50% das ações da empresa seja de propriedade de norte-americanos²⁸.

Similar situação é encontrada na França onde, como BATTIFOL esclarece, “a aptidão de uma sociedade para invocar direitos reservados aos franceses, a proteção diplomática francesa, o gozo de tratados concluídos pela França poderiam ser determinados por critérios distintos, de tal sorte que a noção de nacionalidade não teria nenhuma unidade, nem, em consequência, consistência”²⁹.

O que, de modo geral, parece assentado é que os Estados não consideram suficiente a nacionalidade formal da sociedade para efeito de concessão de proteção diplomática. O interesse substancial de nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, tem sido indagado como meio de se atribuir ou não a verdadeira nacionalidade para esse propósito. Não se pode falar, contudo, que haja um consenso neste particular, pois, como IAN BROWNLIE explica, “a prática dos Estados e a jurisprudência é muito difícil de se avaliar: o direito de proteção é discricionário e muitos tratados e decisões judiciais cuidam de estreitas questões e não fornecem base para generalizações”³⁰

26. LILLICH & CHISTENSON, *International Claims: Their Production and Preparation* 16 (1962). Veja-se também RADNAY, *nota 21*, pág. 791.

27. *Idem*, pág. 17 n.º 72.

28. Cf. RADNAY, *nota 21*, pág. 792 e LILLICH & CHISTENSON, *nota 26*, pág. 89.

29. BATTIFOL, *nota 3*, pág. 222.

30. IAN BROWNLIE, *Principles of International Law*, pág. 473 (1972).

Desde que, contudo, o Estado decida dar proteção diplomática à pessoa jurídica que, de acordo com suas leis, tem a sua nacionalidade, a prática dos Estados e mesmo a jurisprudência tem admitido a proteção ³¹. A discricão de dar essa proteção diplomática é, entretanto, só do Estado ³² que, para dá-la, como vimos, pode sujeitar a pessoa jurídica ao teste do controle acionário, exigência de interesses nacionais substanciais ou a existência de vínculo efetivo com o Estado. Conferido esse direito no âmbito interno, a ordem internacional fica adstrita a aceitá-lo, pois, como enfatizou o Juiz BUSTAMANTE Y RIVERO, na decisão sobre as objeções preliminares do caso Barcelona Traction, “o exercício do direito de proteção pertence preferencialmente ao Estado nacional da companhia” ³³.

PRÁTICA INTERNACIONAL.

A esse respeito, contudo, tem sido invocada por alguns autores a aplicabilidade da doutrina do vínculo efetivo entre a pessoa jurídica e o Estado que lhe confere a nacionalidade. A ordem internacional, de acordo com essa tendência, estaria legitimada a prescrutar a verdadeira vinculação político-econômica de uma empresa, em confronto com a sua nacionalidade formal, conferida pelo país em que se constitui ou no qual tem sua sede. Essa doutrina sustenta a aplicabilidade do princípio do vínculo efetivo, “genuine link”, tal como foi desenvolvida na decisão do caso *Nottebohm v Guatemala*, pela Côrte Permanente de Justiça Internacional. Os fatos desse caso merecem ser aqui repetidos ³⁴: *Nottebohm*, era um cidadão alemão, radicado na Guatemala, onde vivia há quarenta anos. Para evitar os efeitos da legislação guatemalteca de confisco de bens

-
31. A Côrte Permanente de Justiça Internacional deu expressão a esta regra na decisão do caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, estatuinto: “Ao esposar o caso de um de seus súditos e ao iniciar ação diplomática ou o processo judicial internacional em seu benefício, o Estado está na realidade expressando (defendendo) seus próprios direitos — seu direito de assegurar o respeito pelas normas do direito internacional em relação à pessoa de um nacional”. (Publicação da Côrte, série A, n.º 2, pág. 12).
 32. JONES, J. MERVYN, “Claims on Behalf of Nationals Who Are Shareholders in Foreign Companies” in *26 British Year Book International Law* 225 (1949), pág. 231.
 33. *Objecções Preliminares*, 1964, Côrte Internacional de Justiça, 6, 83.
 34. *International Court of Justice, Reports*, 1955, pág. 23.

de súditos de países inimigos, na Segunda Guerra Mundial, Nottebohm dirigiu-se à Liechtenstein e pleiteou sua naturalização. Embora lá permanecesse período curto, conseguiu naturalizar-se, em um procedimento extremamente rápido. Logo após, retornou à Guatemala, já naturalizado cidadão de Liechtenstein, pretendendo, com isso, subtrair-se aos efeitos das leis de confisco. O governo da Guatemala, contudo, não reconheceu a nova nacionalidade e, considerando-o alemão, procedeu ao confisco de seus bens, deportando-o, a seguir.

Liechtenstein, esposando as pretensões de Nottebohm, deu-lhe proteção diplomática e ingressou com ação perante a Corte Internacional de Justiça, sustentando a validade do decreto de naturalização, ato de competência do Estado, bem assim o cabimento da proteção diplomática conferida. A Corte decidiu que a aceitação da outorga da nacionalidade, para efeito de proteção diplomática, depende da existência de um vínculo efetivo entre a pessoa e o Estado e que, no caso, tal vínculo não existia, já que Nottebohm passara grande parte de sua vida na Guatemala, onde seus interesses e família se encontravam, sem que tivesse abandonado a sua nacionalidade alemã. Por outro lado, não possuía ele qualquer vínculo com Liechtenstein, nem econômico, familiar ou de qualquer outra espécie. A cidadania fora obtida com o intuito de frustrar a aplicação da lei guatemalteca e, portanto, não poderia prevalecer contra a Guatemala.

Tanto quanto a decisão sobre os decretos de nacionalização da Tunísia e Marrocos, esta veio demonstrar que o poder dos Estados em conferir nacionalidade às pessoas físicas está sujeito a restrições que a ordem internacional pode fazer. Embora esse julgamento pretende ficar restrito aos fatos peculiares do caso, estabeleceu ele, na verdade, uma regra aparentemente geral qual seja a da necessidade da existência de um vínculo efetivo entre o Estado e o seu nacional, para efeito de ser reconhecida por terceiros a proteção diplomática ³⁵.

Essa decisão prende-se exclusivamente à nacionalidade da pessoa física, mas o princípio do vínculo efetivo, na qual se baseia, é também invocado em relação às pessoas jurídicas. A legislação sobre bens de ini-

35. A. S. SUSMAN, "Note on Diplomatic Protection", *Harvard Journal of International Law*, vol. 12, págs. 91 a 114, nota 124.

migos promulgada durante a Primeira Guerra Mundial fornece base para essa extensão, ratificada, como vimos, por idêntico proceder na Segunda Guerra e por algumas decisões internacionais isoladas, embora de caráter restrito³⁶. A sua aceitação, no terreno das pessoas jurídicas, não é, contudo, isenta de dúvidas e o debate continua aberto na doutrina, sem que a jurisprudência internacional tivesse resolvido, em definitivo, a pendência. O fato é que a abstração da personalidade jurídica, que a aplicação desse princípio envolve, não é fato novo, sendo, ao contrário, empregado pelos Estados em casos especiais.

A esse propósito, a mais recente manifestação da jurisprudência internacional sobre a matéria se encontra na decisão do tormentoso caso Barcelona Traction, julgado em 5 de fevereiro de 1970. O caso foi apresentado à Côrte Internacional de Justiça pela Bélgica em benefício de acionistas belgas da sociedade Barcelona Traction Light and Power Co., contra o governo espanhol, a fim de obter reparação por prejuízos sofridos, em razão de atos tidos como contrários ao direito internacional. Essa empresa possuía a nacionalidade formal canadense, tendo sido constituída no Canadá, onde se encontrava, ademais, a sede dos seus negócios sociais. A maioria dos acionistas, entretanto, eram belgas. Os atos impugnados como violatórios do direito internacional foram a declaração de falência da empresa e a venda de seu acervo a um grupo espanhol, credor da massa. O Canadá, inicialmente, esposou as reclamações da companhia no campo diplomático, tendo participado de negociações diretas com o governo da Espanha e outras, das quais participaram os Estados Unidos e Inglaterra, que manifestaram interesse na solução do caso, ao que parece, mais na defesa de um princípio que defendem e querem ver consagrado na prática internacional, do que por interesse direto na questão. Após tentativas infrutíferas e o insucesso das negociações, o Canadá, sem que tivesse ficado claro porque, deixou de tomar medidas outras em defesa dos interesses da empresa. A Bélgica, então, sob o fundamento de que estaria legitimada a agir em nome

36. Essas decisões isoladas tratam em sua maioria de casos de expropriação ou danos causados a companhias nacionais de propriedade de estrangeiros residentes no exterior, cujo país confere-lhes proteção diplomática. Nenhuma discute o princípio do vínculo efetivo da empresa com o Estado, sendo o caso Barcelona Traction o primeiro em que esse princípio é invocado como aplicável às pessoas jurídicas.

dos acionistas belgas, ingressou com a ação ³⁷, na qual a questão do vínculo efetivo da empresa com o Canadá foi posto em foco. Os interesses prejudicados foram realmente dos acionistas belgas, já que a empresa, com a declaração de falência, estaria, de acordo com a alegação belga, praticamente extinta ³⁸

O problema enfocado foi, assim, o da aplicabilidade do princípio do vínculo efetivo, como expresso no caso *Nottebohm*, às pessoas jurídicas. Isto importaria na necessidade de se abstrair a personalidade jurídica da empresa, para se verificar das reais ligações e interesses em jogo. Como vimos, no âmbito interno, os Estados tem feito essa abstração em determinados casos e para limitados efeitos. No âmbito internacional tal ainda não aconteceu, com a amplitude posta no caso em tela, não obstante precedentes de decisões arbitrais não muito claros, nem convincentes.

A *Côrte* concluiu que a abstração da personalidade jurídica de uma empresa somente tem ocorrido em casos de fraude ou manipulações condenáveis, a fim de proteger interesses de terceiros, no tratamento de bens de inimigos em épocas de guerra ou no tratamento de bens de estrangeiros em casos de nacionalização ³⁹. Em todos esses casos a circunstância particular de cada um não fornece base para generalizações. E na área do direito internacional o mesmo ocorre, tendo a *Côrte* se expressado enfaticamente:

item 62: “As partes não deixaram de invocar, todavia, no curso do processo, instrumentos internacionais e sentenças de tribunais internacionais que se relacionam com essas questões. Entretanto, é fácil de ver que se trata, em ambos os casos, de procedimentos muito particulares, derivados de circunstâncias próprias das situações em questão.

37. Bélgica e Espanha são partes em um tratado de conciliação, solução judicial e arbitragem, firmado em 1927 que contém a cláusula de jurisdição obrigatória da antiga *Côrte* Permanente de Justiça Internacional, transferida para a *Côrte* Internacional de Justiça. Daí ter sido possível o ingresso unilateral da ação.

38. Esse fato foi contestado pela Espanha e julgado não provado pelo *Côrte*, porque a empresa apesar da falência, podia fazer-se representar, como se fez. A assimilação pretendida com o caso *Delagoa Bay Railway* foi rejeitada.

39. Parágrafos 59 e 60 da sentença.

Querer deduzir deles analogias ou conclusões aplicáveis a outros âmbitos supõe desconhecer-se sua natureza de “lex specialis” e expor-se, portanto, a erros”

Embora a Côrte não o mencione, dentre os precedentes invocados se encontra o caso *Delagoa Bay Railway* ⁴⁰ ocorrido entre Portugal, Inglaterra e Estados Unidos, em fins do século passado. Portugal concordou em submeter a um tribunal arbitral a decisão sobre o montante da indenização a ser paga em virtude de ato que cassou concessão para exploração de estrada de ferro feita em favor daquela empresa, de nacionalidade portuguesa, mas de propriedade de cidadão americano e, posteriormente, de ingleses, seus sucessores. Neste caso a empresa havia praticamente cessado de existir e não podia fazer-se representar. Além disso, como aponta MIAJA DE LA MUELA, o tribunal arbitral não apreciou a questão da proteção dos acionistas estrangeiros, porquanto o protocolo de arbitragem entre Portugal, Inglaterra e Estados Unidos havia reduzido a função dos árbitros à fixação do “quantum” da indenização, sem entrar no mérito da questão do cabimento da proteção ou da nacionalidade da empresa ⁴¹

Aliás, é a submissão de Portugal à arbitragem internacional, para decidir sobre ato que afetava uma empresa nacional portuguesa, é que é geralmente invocado como precedente para a abstração da personalidade jurídica da empresa no campo internacional ⁴² De qualquer forma, a Côrte reconheceu que o conceito de pessoa jurídica como uma entidade distinta de seus membros, não é acolhido em caráter absoluto e com uniformidade na prática dos Estados.

Por outro lado, não ficou muito claro, na decisão, a aplicabilidade ou não do princípio do vínculo efetivo, como expresso na caso *Nottebohm*.

-
40. Para uma apreciação desse e de outros casos geralmente invocados como precedentes sobre a proteção de acionistas nacionais de companhias constituídas no exterior, veja-se J. MERVYN JONES, “Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies” in *26 British Year Book International Law* 225 (1949).
41. MIAJA DE LA MUELA: La Cuestión de “Jus Standi” del Gobierno Belga en la Sentencia de 5-2-1970 in *Revista Espanhola de Derecho Internacional* vol. 23 pág. (1969).
42. SUSMAN, “Note on Diplomatic Protection” in *Harvard Journal of International Law*, vol. 12, pág. 91 (1972); MERVYN JONES, *nota 40*, pág. 243.

Ou se a inexistência de tal vínculo é suficiente para justificar o abandono da distinção entre a pessoa jurídica e seus membros. É verdade que a Côrte expressamente declarou não haver analogia entre os casos, dispondo no item 70 da sentença:

“A este respeito se faz referência ao caso *Nottebohm* e, de fato, as Partes o mencionaram frequentemente no curso do procedimento. Todavia, tendo em conta os aspectos de fato e de direito que apresenta a proteção no presente caso, a Côrte entende que não pode haver analogia com as questões apresentadas, nem com a decisão adotada naquele caso”

Contudo, apesar de rejeitar a aplicação do princípio, a Côrte, logo após, procura esforçadamente demonstrar a existência do vínculo entre a empresa e o Canadá⁴³, o que tem levado comentadores a ver nisso uma contradição, sem que ficasse clara a definitiva posição daquele tribunal sobre tão importante matéria⁴⁴. O fato é que, como anotou F. A. MANN, o formalismo jurídico prevaleceu sobre o realismo⁴⁵.

43. O parágrafo 71 da sentença dispõe: “No presente caso, não se discute se a sociedade se constituiu no Canadá, nem se sua sede estatutária ali se encontra. A constituição da sociedade conforme ao Direito Canadense foi o resultado de uma livre escolha. Não somente a sociedade foi formada como queriam seus fundadores, em virtude do direito canadense, senão também que tem se subordinado ao direito canadense por mais de 50 anos. A sociedade tem conservado no Canadá sua sede, sua contabilidade e o registro de suas ações; lá se tem celebrado durante muitos anos as reuniões do Conselho de Administração. A sociedade figura nos expedientes do fisco canadense. Assim criou-se um vínculo estreito e permanente que se tem reforçado mais ainda pelo transcurso de mais de meio século... As relações entre a *Barcelona Traction* e o Canadá são, pois, múltiplas”.

44. Veja-se nota em “*Economic Internationalism vs. National Parochialism: Barcelona Traction*” in *3 Law and Policy in International Business* 542 (1971) págs. 561-563 onde essa incerteza é manifestada nos seguintes termos: “como resultado dessa inconsistência na análise da Corte, não é de todo claro que a Côrte decidiu (a) que não havia necessidade de mostrar o “genuine link” ou (b) havia necessidade, mas o Canadá a satisfaz” (pág. 562). IAN BROWNLIE, *Principles of International Law* ed. 1972, manifesta a mesma opinião, pág. 476.

45. F. A. MANN, 67 *American Journal of International Law* 274 (1973).

O impacto dessa decisão, diluída de certa forma pelo número de votos separados ⁴⁶, reflete-se diretamente nas empresas multinacionais, sempre afetadas pela multiplicidade de nacionalidades de suas subsidiárias.

Reflete ela também dois tipos de interesses envolvidos nos investimentos internacionais, no centro dos quais a empresa multinacional (*) se coloca. De um lado, o interesse do país investidor de dar proteção ao seu nacional, de regular-lhe a atividade no exterior e controlar-lhe os investimentos. De outro, o do país receptor, interessado em submeter a empresa multinacional à sua ordem jurídica e ao seu controle, fazendo-a útil aos propósitos nacionais.

A aceitação do princípio do vínculo efetivo, como determinante da nacionalidade, encontra nessa dualidade de interesses o seu principal obstáculo. A empresa multinacional, com seu extraordinário poder, também deve ser considerada no contexto, porquanto se por um lado quer proteção diplomática, por outro deseja usufruir os benefícios da liberdade de escolha e das vantagens fiscais que certos países lhes oferecem. Com o seu crescente poderio, é duvidoso que estas venham a necessitar sempre da proteção de algum Estado particular. De certa forma pode-se dizer que, ao escolher países de conveniências fiscais, estão as multinacionais fazendo uma opção, desligando-se de seu Estado de origem e passando a contar consigo próprias.

As incertezas da exibilidade do requisito do vínculo efetivo, não resolvidas de todo pela decisão do Barcelona Traction, tendem, por outro lado, a fazer crescer a regulamentação de matérias específicas, através de tratados bi ou multilaterais, nos quais, para efeitos de cada tra-

46. Com efeito, 8 juízes manifestaram-se em declarações de votos concorrentes e um dissidente. Como ROSALYN HIGGINS observou, "quando um julgamento de 50 páginas é acompanhado por mais de 300 páginas de opiniões separadas e dissensões, seu impacto é inevitavelmente diluído". "Aspects of the Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Ltd." in *11 Virginia Journal of International Law*, 327-329, nota 5.

Conservamos a denominação consagrada de empresa multinacional, que nos parece mais correta por refletir uma entidade econômica de múltipla nacionalidade. O Instituto Hispano Luso Americano Filipino de Direito Internacional recomenda a denominação de "empresa transnacional" que nos parece inadequada, por ignorar as diferentes nacionalidades e vínculos da empresa multinacional. (Cf. Resolução da 5.ª Comissão — X Congresso, 1974).

tado particular sejam definidas a nacionalidade da empresa, a proteção a que estão sujeitas e a competência dos Estados envolvidos. Os tratados de Amizade, Navegação e Comércio, agora sob a denominação de Tratado de Amizade e Relações Econômicas, negociados pelos Estados Unidos com diversos países, servem de exemplo dessa tendência.

d) *Fraude à lei e Aplicação da Teoria da Empresa.*

Resta considerar a questão dos “tax havens” ou paraísos fiscais que são procurados pelas multinacionais para esquivarem-se de ônus fiscais e os decorrentes de legislação trabalhista e outras imposições. Esses países, dentre os quais se destacam Bahamas, Ilhas Cayman, Liechtenstein, alguns Cantões da Suíça e Luxemburgo, são procurados pelas grandes empresas para sede formal de seus negócios e administração. Adquirindo a nacionalidade local, beneficiam-se das vantagens oferecidas pela legislação liberal que esses países possuem, ao mesmo tempo em que mantém vínculos com o país de origem, através da manutenção de subsidiárias e da propriedade de ações. A indagação dos aspectos fraudulentos de tal operação pode, entretanto, ser feita através da “perfuração do véu social”, para a verificação da conexão genuína e os interesses envolvidos.

É duvidoso, por outro lado, que esse aspecto emergja tão claramente em uma empresa multinacional, porquanto, dotada de complexa organização e complexo sistema de vendas e produção em diversos países, em todos pode ela contrair vínculos autênticos, mesmo nos “paraísos fiscais”, formal sede de todo o complexo.

Para lidar com tal tipo de problema, Estados exportadores de capital, como os Estados Unidos, Inglaterra e mesmo a Alemanha, começam a desenvolver a chamada teoria da empresa, que considera como uma unidade econômica todo o complexo de pessoas jurídicas formalmente autônomas e independentes, para sujeitá-lo ao foro local, pela prática de fatos ocorridos no exterior. Embora preocupados com o aspecto de fraude fiscal ou da evasão a leis ou regulamentos, os tribunais daqueles países, ao lado de certo desenvolvimento legislativo, estão introduzindo mecanismos de controle que ignoram a nacionalidade formal da empresa. Considerando-se a empresa como um todo, os atos praticados por qualquer

subsidiária ou pela matriz podem ficar sujeitos à competência, não apenas do local em que foram praticados, mas também dos demais países onde o complexo atua.

De acordo com essa tendência, a matriz responde pelas subsidiárias na medida em que ela tenha o seu efetivo controle. A importância prática desse desenvolvimento é a submissão de todo o complexo da multinacional à lei nacional do Estado da matriz, especialmente para propósitos fiscais e de controles antimonopólio e comércio com o inimigo. As transações intra-empresa são também atingidas com a aplicação de controles de transferências de preços que neles se contém.

Nos Estados Unidos, a subsidiária estabelecida fora do país é considerada entidade distinta apenas se realmente possuir atividade e substância, vale dizer, a mera constituição de uma sociedade em outro país não é suficiente para distingui-la da matriz. É necessário que essa subsidiária exista de fato e não seja mero artifício. Entretanto, nas operações intra-empresa em que a alocação de lucros e transferência de preços são possíveis, subsidiárias e sede são tratadas como interligadas para efeito de alocação de lucros e a consequente imposição de tributos⁴⁷. A Inglaterra adota a teoria de que a empresa, para propósitos fiscais, reside onde seus negócios estão e estes são considerados executados no país onde a direção central se encontra⁴⁸. Assim, de forma indireta, a empresa é tratada como um todo, a despeito das diversas personalidades jurídicas distintas de suas subsidiárias. Na Alemanha, embora limitada a efeitos internos, a figura do Konzern tem o mesmo sentido⁴⁹.

Embora o tratamento em questão não importe necessariamente na abstração da personalidade jurídica da sociedade, ela tem, na prática, esse efeito, por afetar entidades juridicamente distintas. Essa tendência começa a tomar corpo na área de aplicação de leis antimonopólio, onde se começa a reconhecer a unidade econômico-jurídica da empresa, a despeito da diversidade de personalidades⁵⁰. A Comissão do Mercado Comum Europeu, por exemplo, em decisão sobre práticas monopolísticas de empresa dinamarquesa, deu aplicação a esse princípio, ao con-

47. YITZAKAK HADARI, "The Structure of the Private Multinational Enterprise" in 71 *Michigan Law Review*, 729 (1973) pág. 722.

48. HADARI, pág. 783.

49. KRONSTEIN, "The International Law of Cartels" (1973). HADARI, nota 47.

50. HADARI, pág. 785, nota 47.

siderar subsidiária e matriz como uma unidade econômica, desobrigadas de competir entre si, concluindo que:

“sob essas circunstâncias, não se pode esperar que uma parte dessa entidade — embora tenha uma personalidade legal separada — vá competir com a companhia-mãe”⁵¹.

Na área de aplicação da política anti-monopólio, essa doutrina tem sido empregada pelos Estados Unidos, não com o fim de estabelecer jurisdição das cortes americanas com base na nacionalidade, mas para estabelecer a presença da empresa estrangeira dentro da sua jurisdição para propósitos processuais, ou estabelecer uma relação de causa e efeito para enquadrar as atividades da empresa estrangeira em uma das extensões do princípio da jurisdição territorial admitidas na prática internacional⁵².

III. PROJEÇÃO FUTURA DA PRÁTICA ATUAL.

Pelo que se verifica, a prática interna e internacional dos Estados, a propósito da nacionalidade, não tem sido firme, nem consistente. O abandono do formalismo jurídico tem sido frequente, quando interesses maiores do Estado estão em jogo ou quando serve para por em evidência uma realidade que se deseja sob controle mais estrito.

Desde o caso *Delagoa Bay* e o tratamento de bens de inimigos em épocas de guerra, até a prevenção contra fraudes e defesa do fisco, a abstração da personalidade jurídica da sociedade tem sido o meio procurado para se alcançar o âmago da empresa e a realidade de sua existência.

Não obstante, tal fato tem sido sempre encarado como excepcional, derivado que é de circunstâncias particulares as quais não poderiam servir de base para generalização pelo direito internacional. Em verdade, prevalece ainda entre os Estados a noção tradicional da separação da pessoa

51. 12 EEC J.O.L. 165 à pág. 14 — 1965/1969 New Developments Transfer Binder — *CCH Comm. Market Report* § 9308 a p. 8659 (apud HADARI à pág. 785, n.º 331).

52. JENNINGS, “Extraterritorial Jurisdiction and the US Antitrust Laws”, 33 *The British Year Book of International Law* 146 à pág. 154 (1957).

jurídica e seus membros, bem como a nacionalidade pelos critérios formalísticos do local do país da constituição ou o da sede da administração. A decisão do caso Barcelona Traction é uma indicação segura dessa tendência, como também o é o Convênio para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos Entre Estados e Nacionais de Outros Estados, celebrado pelo Banco Mundial com cerca de 55 países. O parágrafo 2.º do artigo 25 desse Convênio acolheu o critério da nacionalidade formal conferida pelo Estado parte, embora abra exceção ao admitir a nacionalidade pelo controle, quando as partes com isso concordem⁵³. Não há nesse convênio, qualquer alusão à controvérsias que um Estado pode ter com sócios ou acionistas estrangeiros de uma pessoa jurídica que tenha feito inversões em seu território, o que é relevante, no dizer de MIAJA DE LA MUELA, porque um dos projetos que antecederam o Convênio, o de 1963, mencionava a nacionalidade dos “controlling interests” em um Estado parte, como suficiente para que a controvérsia ficasse sujeita ao mecanismo de solução do Convênio⁵⁴.

A rejeição desse projeto, a adoção da nacionalidade formal no Convênio, a decisão do caso Barcelona Traction e as reações negativas contra as tentativas de aplicação da lei nacional da matriz a todo complexo multinacional, encerrando diferentes nacionalidades formais, podem ser vistos como indicações de que os critérios formais tendem a prevalecer como regra geral.

O que resta ver é se o tratamento da empresa multinacional, como uma entidade jurídico-econômica, não se constitui em um caso especial a ser tratado como tal.

Os países exportadores de investimentos, como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, tendem a dar, cada vez mais, ênfase a um critério realista, como o preconizado pela teoria da empresa que considera a empresa multinacional como uma unidade jurídico-econômica, como meio e modo de controlar-lhes as atividades nacionais e internacionais. O

53. STEINER e VAGTZ observam, contudo, que o artigo 25 da Convenção e definiu o que seja “nacional” mas não definiu a “nacionalidade da pessoa jurídica”, deixando, também de fornecer qualquer parâmetro de leveza a uma definição. *Materials on Transnational Legal Problems*, Foundation Press, 1968 — pág. 361.

54. MIAJA DE LA MUELA, “Diferencias entre Estados y Personas Privadas Etranjeras” in *Revista Espanhola de Derecho Internacional* vol. 22.

vivo interesse dos Estados Unidos e Inglaterra na solução do caso Barcelona Traction, embora ligado mais ao problema da proteção contra expropriações, é também fruto dessa pretensão e tendência.

Por outro lado, entretanto, os países receptores de investimentos vêm no conceito formal da nacionalidade uma proteção contra a interferência externa e um meio de exercer controle da atividade econômica dentro de suas fronteiras. Considerando a subsidiária da empresa uma sociedade nacional, o país receptor pode condicionar as decisões da multinacional e participar ativamente do processo legislativo na área internacional para o seu controle.

É essa dualidade de interesses que tem permitido à empresa multinacional criar força, pela sua habilidade de agir onde as diferenças de legislações o permitem. E é essa dualidade que tem impedido à ordem internacional encontrar consenso necessário para criação de controles internacionais.

Essa antinomia tende, contudo, a diminuir na medida em que as atividades da empresa multinacional venham a exigir a colaboração conjunta de todos para o seu controle. Constituindo-se em uma terceira força nesse contexto, a empresa multinacional, como uma ameaça ao próprio Estado como instituição política, tende a fazer com que contra si se desenvolva uma atividade conjunta dos países exportadores e os receptores⁵⁵. O interesse da ONU⁵⁶ é apenas um indício do que já começa ocorrer.

Esse interesse reflete o desejo da comunidade internacional em conhecer o fenômeno e colocá-lo a seu serviço, em seu benefício. As dife-

55. SEYMOUR J. RUBIN, "Development in the Law and Institutions of International Economic Relations" in *The American Journal of International Law* vol. 68, pág. 475 (479), 1974.

56. Isto pode ser observado pelo número de resoluções de diversos órgãos da ONU sobre o assunto, sem se mencionar a Comissão instituída pela Assembléia Geral para elaborar estudos sobre os problemas postos pelas multinacionais. O mais recente estudo dessa Comissão, aparecido em março de 1973 chama-se "Multinational Corporations in World Development" U. N., New York, 1973. As resoluções aprovadas são as seguintes: Res. 1721 (LII) C. E. S. — The Impact of MNC on the Development process and on international relation. Res. 2626 (XXV) A. G. 24-10-1970. Res. 56 (III) UNCTAD, 19-5-1972. Res. 39 (III) UNCTAD, 16-5-1972. Res. 3016 (XXVII) A. G. 18-12-1972. Res. 1737 (LIV) C. E. S. 4-5-1973. Res. 75 (III) UNCTAD, 19-5-1972. Res. 45 (III) UNCTAD, 18-5-1972. Res. adotada na LVI sessão da Conferência Geral da OIT. Res. 73 (III) UNCTAD, 19-5-1972.

renças de interesses entre nações ricas e pobres, entre grupos de Estados privilegiados e Estados desprovidos de amparo podem ser minimizados pela empresa multinacional, se devidamente submetida ao controle internacional e não de apenas um grupo de Estados. A posição multinacional desse tipo de empresa dá-lhe condições para desempenhar um papel aplainador dessas diferenças a longo prazo, ainda que busque ela seus próprios interesses a prazo menor.

Parece, por isso mesmo, não ser viável o controle de complexo multinacional por um ou um grupo de Estados, através de instrumentos jurídicos derivados do conceito de nacionalidade e da competência territorial. Tal controle é incompatível com o caráter transnacional das relações internacionais, com a interdependência crescente entre os Estados e com a efetiva integração da empresa multinacional nas economias de grande número de países.

É de se observar que a tendência de se reconhecer o caráter multinacional desse tipo de empresa já pode ser percebida no processo legislativo internacional, especialmente em áreas de integração econômica regional. A criação da Companhia Européia, os projetos de criação da empresa multinacional latino-americana, no seio da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) e a empresa multinacional disciplinada pela Resolução 46 da Comissão do Pacto Andino, surgidos embora como resposta ao gigantismo das multinacionais, tendem a institucionalizar, em caráter regional, a noção multinacional da empresa, organizada, então, como verdadeira companhia, regulada por um instrumento internacional e não mais apenas nacional. Ainda aqui não haverá confusão possível com a chamada companhia internacional de caráter público e regulada por tratados específicos.

A institucionalização da companhia multinacional, como preconizada no Mercado Comum Europeu e pelo Pacto Andino traduzir-se-á na outorga do caráter multinacional de uma sociedade, antes nacional de vários Estados.

Fora das áreas de integração econômica, nas quais os interesses dos Estados membros são comuns, a intitucionalização do caráter multinacional da empresa, nascida fora dessa regulamentação, deverá ser feita por tratados bi ou multilaterais, na medida em que o seu poder consiga tornar comum os interesses em mantê-la sob contróle internacional.

IV CONCLUSÃO.

A aplicação dos conceitos tradicionais da nacionalidade da pessoa jurídica não se amolda bem à empresa multinacional. A concessão de nacionalidade importa em direitos e obrigações que envolvem lealdade para com o Estado que a outorga. E é difícil ver lealdade em uma entidade de múltipla nacionalidade e a prática dos Estados mostra desconfiança a esse respeito. O fato é que os critérios formalísticos da nacionalidade pelo país da constituição ou pelo da sede social não oferecem base segura ⁵⁷.

Realístico, o critério da efetividade de vínculo tem sido por vezes adotado, ainda que para casos especiais, como já examinado. A aplicabilidade de tal princípio possibilitaria, é verdade, alcançar-se os verdadeiros interesses envolvidos nas multinacionais, ou pelo menos a identificação dos países que estariam qualificados a conferir nacionalidade a todo o complexo, bem como fixar-lhes responsabilidades. Por outro lado, contudo, tal aplicação esbarraria com os interesses de outros Estados envolvidos, já que, orientando-se para o mercado mundial, a empresa multinacional possui vínculo em diversos Estados. Tais vínculos não poderiam, é claro, ser medidos apenas em razão da propriedade ou da nacionalidade dos acionistas ou do grupo que detem o controle da empresa, mas principalmente em termos de integração nas economias dos Estados envolvidos.

Cairíamos aqui na doutrina de que uma empresa deve ficar sujeita à lei do país cuja economia afeta ou na qual está integrada ⁵⁸.

O vínculo efetivo afastaria, é verdade, os “tax havens” ou os países de conveniências fiscais, à semelhança do que ocorre com a nacionalidade dos navios e poderia eliminar problemas de fraude e evasão fiscal. Mas não resolveria o problema da multiplicidade de vínculos reais que a multinacional possui. A expropriação de bens de subsidiária de uma empresa não afeta apenas os acionistas desta, mas pode ter

57. KRONSTEIN, “Nationality of International Enterprises” pág. 990 *in* 52 *Columbia Law Review* 982 (1952).

58. KRONSTEIN desenvolve essa teoria, a qual representa, a nosso ver, um esforço mais para justificar a posição norte-americana sobre a matéria, do que para estabelecer uma doutrina de direito internacional que refletisse um interesse comum da comunidade internacional. Vide KRONSTEIN, *nota* 57.

consequências em todo o complexo econômico que representa e, portanto, em diversos Estados nos quais opera. Indiretamente embora, tais Estados também estariam legitimados a exercer a proteção que a nacionalidade pode dar direito.

Mais do que isso, a competência para legislar e aplicar normas, com base na nacionalidade pelo vínculo efetivo, encontraria o mesmo problema da multiplicidade de vínculos e, portanto, de nacionalidades, sem que solução plausível pudesse ser vislumbrada.

Na realidade, o que se percebe é que a empresa multinacional não pode ser encarada, nem tratada, como nacional de determinado Estado, quando ela tem diversas nacionalidades, não só formal, mas de fato, real⁵⁹. Pretender vinculá-la exclusivamente a determinado país⁶⁰ é ignorar a crescente interdependência e interação econômica do mundo contemporâneo. Não obstante a identificação da origem da empresa multinacional seja possível, a sua integração nas economias dos diversos países em que atua e a ramificação de seus interesses a tornam cidadã do mundo.

A aplicação de leis nacionais a todo complexo multinacional, como consequência da aplicação da teoria da empresa, encontra a resistência de outros Estados, também qualificados à mesma pretensão e o conflito de pretensões é insolúvel pela legitimidade de interesses a serem protegidos. Assim, os critérios formalísticos da nacionalidade pelo país da constituição ou da sede, embora reafirmados pela Corte Internacional de

59. SEYMOUR J. RUBIN lembra a sugestão de se criar uma lei disciplinando a companhia internacional que considere o domicílio da pessoa jurídica não em um Estado mas em todos em que ela opera. Mas ele próprio reconhece ser difícil alcançar um consenso que convenha a todos os Estados. "Multinational Enterprise and National Sovereignty: Skeptic's Analysis" — *in Law and Policy in International Business*, vol. 3 — pág. 1 à pág. 30 (1971).

60. Entre os economistas STOBAUGH e WATKINS sustentam essa posição. STOBAUGH, por exemplo, declara enfaticamente que "não acredita na noção popular de que a empresa multinacional são firmas sem país, dirigidas por um grupo de executivos de várias nacionalidades, os quais sistematicamente prescram o mundo em busca de oportunidades e mostram preferência por nenhum — simplesmente porque a empresa não tem país. Contrária essa noção popular, a grande maioria das empresas multinacionais baseadas nos EUA — elas são a maioria no mundo — que são fundamentalmente empresas americanas". "Hearing on the Multinational Corporation and International Investment Before the Subcommittee on Foreign Economic Policy of the Joint Economic Committee", 9 Cong. 2d Sep. (1970), pág. 875.

Justiça, não ajudam a solucionar as questões postas pela empresa multinacional, cuja realidade multinacional ainda não foi formalmente acolhida como uma entidade jurídica responsável perante o fóro público internacional.

O fato é que a realidade da empresa multinacional transcende à competência formal de qualquer Estado para legislar para todo o complexo, com base em padrões nacionais ou refletindo interesses e políticas nacionais.

Se o vínculo da empresa é com muitos Estados, em cujas economias se integra e se toda sua estrutura e organização está voltada para o mundo, parece natural que a regulamentação internacional, através de um organismo adequado⁶¹, seja a solução para minimizar os conflitos que ensejam as pretensões decorrentes da nacionalidade formal de cada unidade do complexo empresarial.

61. SEYMOUR J. RUBIN sugere algo como "Centro Consultivo da Companhia Internacional" (I. C. C. C.), *nota 59*, pág. 36; e GOLDBERG e KINDELBERGER pensam em uma espécie de GATT: "Toward a GATT for Investment: A Propose for Supervision of the International Corporation" in *Law and Policy in International Business* vol. 2, pág. 295, (1970).