

Direito Empresarial

Constituição Federal

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Preliminarmente, posicionando o foco do presente estudo, faz-se necessário informar a existência da Lei nº 4.131, de 03.09.1962, destinada a disciplinar a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, além de dar outras providências¹. A despeito de tal regulamento, o Código Civil, além de estabelecer que a sociedade estrangeira pode ser acionista de sociedade anônima brasileira (**art. 1.134 do Código Civil**), *ressalvados eventuais hipóteses impeditivas previstas em lei*, normatizou que a sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, depende de autorização do Poder Executivo para funcionar no País. Esta parte do Código Civil, inclusa no capítulo destinado a tratar da sociedade dependente de autorização, será objeto de tratamento nestas anotações.

Qualquer que seja a legislação ‘extraconstitucional’ (ou “infraconstitucional”), o foco desta legislação, para guardar simetria com os comandos constitucionais em estudo, e ser aceita como válida pela ordem jurídica², deve sempre buscar resguardar o **interesse nacional**, o qual brota da Constituição Federal, a partir do teor dos princípios fundamentais, dos comandos advindos dos princípios gerais da

¹ Para pesquisar o conteúdo desta lei, utilize os seguintes campos do site www.presidencia.gov.br: Legislação, lei, lei ordinária, ano da legislação. Ao encontrar a lei em referência, será possível ver, na página de rosto, o regulamento da lei, o qual também pode ser estudado.

² Pois, caso contrário, pode (deveria) ser julgada “inconstitucional”.

atividade econômica, dos fundamentos e das finalidades normativas da ordem econômica, de forma a garantir, nos termos anteriormente tratado, a sustentabilidade humana, social, ambiental e econômica da Nação.

A segurança de tal sustentabilidade é resguardada, internamente, por questões de soberania nacional.³ Por isso, é possível ter nos dispositivos do Código Civil, os quais serão objeto do estudo em apreço⁴, como uma das possíveis exceções referidas na parte final do parágrafo único do art. 170, da CF.

Quando se faz referência à soberania nacional, não se pensa em excluir a integração econômica que se tem formado no comércio mundial. Não é isso. Ao que se tem mostrado, tal integração é percebida como necessária para o progresso sustentável da Humanidade (**art. 4º, V e IX, da CF**) e até pretendida, como uma meta constitucional específica, no que diz respeito à formação de uma “comunidade latino-americana de nações” (**parágrafo único do art. 4º da CF**).

Portanto, quando se visa praticar regulamentações nas atividades econômicas, segundo os propósitos constitucionais, se deve ter a pretensão de estabelecer a necessária regulamentação com o sentido de se evitar crises advindas das especulações, bem como, ainda, de não permitir a livre e desenfreada exploração das riquezas das nações. Exploração, esta, que deve ocorrer de acordo com a capacidade de autoregulamentação (**art. 4º, III, da CF**) dos povos diretamente interessados e afetados, no caso, pelo direcionamento das políticas econômicas (e suas consequências), respeitando a capacidade de produção e o retorno que se pode pretender da mesma (de forma igualmente importante) no campo econômico, ambiental, social e humano. Este é o conjunto formador do

³ Matéria objeto das ressaltadas anotações ao art. 170, I, da CF.

⁴ Capítulo XI (Da sociedade dependente de autorização), do Título II (Da sociedade), do Livro II (Do Direito de empresa), da Parte Especial do Código Civil.

interesse nacional, determinante para regular os investimentos de capital interno e, sobretudo, o externo porque, neste caso (de investimento externo), os lucros tendem a ser remetido para outro destino (ou seja, ao estrangeiro).

Considerando a demonstração da economia atual, interna de cada País, como insuficiente para fazer frente aos recursos que circulam no comércio ou mercado financeiro global, restou evidente que as transações comerciais internacionais, sob a atual e precária forma de “controle”, podem exercer forte e pernicioso influência sobre toda a estrutura sócio-econômica de qualquer País, razão pela qual há a necessidade de controlá-la (*esse controle, somado às demais questões estratégicas do País, apresenta-se como parte integrante do “interesse nacional”*).

Há, reconhecidamente, normas no sentido de efetuar “tal controle”. Mas tais normas têm se mostrado insignificantes, sem conseguir estabelecer maior eficiência para garantir a sustentabilidade que se extrai como pretensão da ordem jurídica econômica constitucional. Daí a necessidade de um controle mais efetivo e afinado com os desígnios constitucionais.

A título de ilustração, no sentido de demonstrar uma maior importância de atribuir às normas infraconstitucionais uma interpretação constitucional (*possível, mesmo quando é sabido que esta interpretação deva ser limitada aos termos da lei positiva*), propõe-se, neste momento, estender o que se vem afirmando a uma breve pontuação sobre normas do Código Civil, especificamente, na parte em que trata da **sociedade dependentes de autorização (arts. 1.123 a 1.141, do CC)**⁵.

⁵ O Código Civil é uma norma de caráter geral que convive com várias outras normas especiais, as quais também podem vir a dispor sobre “autorização para funcionar”, como, por exemplo, a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76) e o Código de Mineração: Dec.-Lei nº 227-67 (com várias alterações). Este diploma disciplina o “regime de autorização” de forma diversa do Código Civil. Por se tratar de “legislação” especial, prevalece sobre o Código Civil. Não havendo legislação específica sobre determinado tema, atuará a norma geral do Código Civil (as normas gerais incidem sempre que não houver norma especial tratando do fato em questão).

Esta inserção, mesmo que rápida, nos artigos do Código Civil, auxiliará na tarefa de compreender o que se intenciona descrever como uma *interpretação sistemática de uma lei (integrante de um sistema jurídico, cuja base de validade deve ter como propósito realizar as determinações Constitucionais*⁶).

No **Código Civil**, estas **sociedades dependentes de autorização (para funcionar)** estão localizadas na sua **PARTE ESPECIAL** (ou seja, dentro do Código Civil, possuem tratamento especial). Especificamente, podem ser encontradas no **CAP. XI (Da sociedade dependente de autorização)**⁷, do **TÍT. II (Da Sociedade)**, do **LIVRO II (Do direito de empresa)**, da **PARTE ESPECIAL do Código Civil (arts. 1.123 à 1.141)**.

Quanto a este tópico, visualizando o Código Civil – CC e atentando-se para a Constituição Federal, algumas observações iniciais podem ser feitas:

(i) Por princípio expresso, como regra, há a garantia constitucional do livre exercício de qualquer atividade econômica (**parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal**).

Considerando este princípio (*livre exercício de atividade econômica*), tem-se a **dependência de autorização para funcionar**, a ser conferida pelo Poder Executivo Federal, como uma restrição a esta regra constitucional que assegura o livre exercício da atividade econômica.

É uma restrição decorrente de Lei (**art. 172, da CF**) elaborada à vista dos “interesses” nacionais (**art. 1.135, CC**). Pelo fato do interesse nacional mover, em última análise, os atos de governo, os mesmos devem também estar inseridos no

⁶ Ao que se pensa, esta meta deveria reger todos os atos de interpretação ou de aplicação dos textos normativos.

⁷ O art. 300 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), manteve a vigência dos arts. 59 a 73 do Decreto-Lei nº 2.627/40, os quais formam o Capítulo VIII - DA SOCIEDADE ANÔNIMA OU COMPANHIA CUJO FUNCIONAMENTO DEPENDE DE AUTORIZAÇÃO DO GOVERNO, SOCIEDADES ANÔNIMAS OU COMPANHIAS NACIONAIS E ESTRANGEIRAS.

planejamento estatal (**art. 174, CF**). Como essas questões são de ordem pública, as mesmas devem ser respeitadas (**art. 1.125, CC**). Por isso, quando o **art. 174, da CF**, diz que o planejamento é “indicativo” para o setor privado, esta afirmação não leva em conta: (1) Os casos das sociedades dependentes de autorização, as quais, independente de serem nacionais ou estrangeiras, têm a possibilidade de funcionar restrita ao cumprimento dos requisitos exigidos para a concessão da autorização (art. 1.125, do CC). (2) O teor do planejamento, nos demais casos cujo exercício das atividades independe de autorização. Ou seja, o particular tem a faculdade de exercer ou não a atividade, a sua livre escolha; agora, evidentemente, se escolher exercer qualquer atividade, estas atividades só poderão ocorrer de acordo com os planejamentos legitimamente estabelecidos. Por exemplo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NORMAS ADMINISTRATIVAS MUNICIPAIS QUE DISCIPLINAM O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DO COMÉRCIO LOCAL. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA OS ASSUNTOS DE SEU INTERESSE: ART. 30, I, DA CONSTITUIÇÃO. Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infringjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local. Agravo Regimental a que se nega provimento.⁸

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FARMÁCIA. LEI MUNICIPAL Nº 8.794/78 E NORMAS ADMINISTRATIVAS QUE DISCIPLINAM O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO E O SISTEMA DE PLANTÃO NOS FINS DE SEMANA. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA OS ASSUNTOS DE SEU INTERESSE: ART. 30, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA, DA LIVRE CONCORRÊNCIA E AO DIREITO DO CONSUMIDOR.

⁸ STF. AI-AgR 622405 / MG - MINAS GERAIS. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 22/05/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007. DJ 15-06-2007 PP-00037. EMENT VOL-02280-06 PP-01150.

INEXISTÊNCIA. 1. Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição Federal lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local. 2. Afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e ao direito do consumidor. Inexistência. Ao Governo Municipal, nos limites da sua competência legislativa e administrativa, cumpre não apenas garantir a oferta da mercadoria ao consumidor, mas, indiretamente, disciplinar a atividade comercial, e, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório. 3. Farmácias e drogarias não escaladas para o cumprimento de plantão comercial. Direito de funcionamento fora dos horários normais. Inexistência em face da lei municipal que disciplina a matéria. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁹

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. PROGRESSIVIDADE EXTRAFISCAL. ARTIGO 182, § 4º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A cobrança do IPTU progressivo para fins extrafiscais, hipótese prevista no artigo 182, § 4º, inciso II, da CB/88, somente se tornou possível a partir da edição da Lei n. 10.257/01 [Estatuto da Cidade]. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁰

(ii) O planejamento incide sempre, por questões de interesse nacional, regional ou local. Ainda em razão do interesse nacional, algumas sociedades são dependentes de autorização para funcionar. Como essa autorização fica a cargo do Poder Executivo Federal, ao que se imagina, por se revelar como uma situação de exceção constitucional, a mesma só têm razão de existir se levar em conta a atuação destas sociedades:

⁹ STF. RE 174645 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 17/11/1997. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJ 27-02-1998 PP-00018. EMENT VOL-01900-03 PP-00539.

¹⁰ STF. RE-AgR 338589 / ES - ESPÍRITO SANTO. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 24/06/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe-152 DIVULG 14-08-2008. PUBLIC 15-08-2008. EMENT VOL-02328-04 PP-00819.

(a) Nas áreas privativas da União¹¹, como as citadas nos **arts. 176, 177 ou 21, VI e VIII, da CF**;

ou, alternativamente,

(b) se a mesma visar incentivar ou promover, de forma solidária, o “desenvolvimento harmônico” dos entes da federação (“princípio federativo”) com o objetivo de concretizar as partes integrativas descritas nos planejamentos (**art. 174, da CF**) estabelecidos como meio de efetivamente reduzir as desigualdades regionais e sociais (*atentando para um maior equilíbrio da sustentabilidade humana, social e econômica*) ou, ainda, de assegurar a sustentabilidade ambiental, considerando os recursos disponíveis e a possibilidade de integração, diante das evidentes necessidades de defesa do patrimônio existente (**art. 170, VI e VII, da CF**).

Em virtude deste interesse maior, que se apresenta juridicamente como nacional, os documentos destas sociedades dependentes de autorização devem ser analisados, não somente a título de organização e funcionamento interno (**art. 1.129, do CC**), mas, também, quanto ao atendimento do planejamento proposto (**art. 174, da CF**), durante todo o decorrer da execução das atividades autorizadas (**art. 1.125, do CC**), no seu aspecto econômicos, financeiros e jurídicos (**art. 1.130, do CC**), englobando, neste ponto (*aspecto jurídico*), as questões afetas ao desenvolvimento humano, social e ambiental, por serem estes temas, também integrantes da “ordem jurídica” (*que é de base constitucional*), provenientes dos fundamentos, das finalidades e dos princípios que buscam dar suporte (*jurídico*) à ordem econômica apregoada dentro do próprio Estado (**cf.: art.**

¹¹ E não, propriamente, nas matérias do Estado, amplamente considerado. Isso porque o Estado Federal confere competências próprias e distintas aos diversos Entes Federativos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), a exemplo da contida no art. 175 da CF. Já a autorização do capítulo do Código Civil em estudo, quem concede, é somente o Poder Público Federal (parágrafo único do art. 1.123 do CC). Assim, para que o Poder Executivo Federal não ingresse, demasiada e inadvertidamente, no campo de atuação dos demais Entes Federativos, é que se fez esta afirmação de que as áreas temáticas de ação da autorização em questão se referem ao domínio da competência própria (específica) da União.

170, da CF)¹². E este conjunto de normas, que se apresenta como sendo de ordem pública e de interesse social¹³ (cogentes, portanto), se impõem a todos como determinantes (ou seja, de observação obrigatória).

Feita esta breve incursão inicial, para ilustrar os objetivos perseguidos pelo estudo proposto, ressalte-se, a partir de agora, os dispositivos específicos voltados ao tratamento das sociedades dependentes de autorização:

CÓDIGO CIVIL

PARTE ESPECIAL

LIVRO II **DO DIREITO DE EMPRESA**

TÍTULO II **DA SOCIEDADE**

CAPÍTULO XI **Da Sociedade Dependente de Autorização**

Seção I **Disposições Gerais (arts. 1.123 a 1.125)**

¹² É bom frisar que a apuração dos resultados econômicos, junto com os ambientais e sociais já fazem parte da rotina, cada vez mais exigida, de diversas bolsas de valores de todo o Mundo (inclusive da Bovespa), enquanto a observação do desenvolvimento humano pode, inclusive, gerar a condenação por trabalho escravo. Neste sentido, defendendo a dignidade humana, cite-se o seguinte julgado do **Superior Tribunal de Justiça - STJ**: CC 63320 / SP. CONFLITO DE COMPETENCIA. 2006/0096322-5. Relator: Ministro OG FERNANDES (1139). S3 - TERCEIRA SEÇÃO. DJe 03/03/2009. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DIREITO PENAL. CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ART. 149 DO CP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Compete à Justiça Federal o processamento e julgamento dos processos, cujo delito é o previsto no art. 149 do Código Penal, que se enquadra na categoria dos crimes contra a Organização do Trabalho. 2. Crime de redução a condição análoga à de escravo fere a dignidade da pessoa humana, bem como colocam em risco a manutenção da Previdência Social e as instituições trabalhistas, evidenciando a ocorrência de prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, conforme as hipóteses previstas no art. 109 da CF. 3. Precedentes do STF e do STJ. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitado. (fonte: www.stj.gov.br)

¹³ Cf.: Art. 172 da CF c.c. o art. 1.125, do CC.

Código Civil

Art. 1.123. A sociedade que dependa de autorização do Poder Executivo para funcionar rege-se por este título, sem prejuízo do disposto em lei especial.

Parágrafo único. A competência para a autorização será sempre do Poder Executivo federal.

O presente artigo dispõe sobre **autorização para funcionamento**, concedida por decreto do Poder Executivo Federal¹⁴ (cf.: **arts. 1.131 e 1.135, do CC**). Não se refere à **constituição** da Sociedade. Para visualizar o que se afirma, é possível conferir a norma disposta no **art. 1.128 do CC** (*mesmo sem registro, deve ser feita a constituição provisória da sociedade, a qual será submetida à análise do Poder Executivo Federal, juntamente com o requerimento de autorização para funcionamento: art. 1.131, do CC*).

A prova da **constituição** da sociedade, ou do **projeto** de constituição desta, deve acompanhar o requerimento para o **funcionamento** das suas atividades (**arts. 1.128, 1.132 e 1.134, § 1º, I e II, do CC**)¹⁵. Se tudo estiver em conformidade com a Lei, a sociedade receberá autorização para funcionar. Esta autorização, por Decreto do Poder Executivo Federal, publicada no Diário Oficial da União e do Estado, quando for o caso (**arts.**

¹⁴ Como quem autoriza é o Poder Executivo Federal (art. 1.123, CC), por meio de decreto (art. 1.131, CC), ao que se entende, este ato é de competência exclusiva do Presidente da República (art. 84, IV, da CF). Ao que parece, a edição de um ato normativo desta natureza não é matéria que possa ser delegada pelo Presidente da República (parágrafo único do art. 84, da CF). O presente estudo desconhece norma que permita entendimento contrário (art. 5º, II, CF), mas a lei pode fazer esta concessão a terceiros. Há quem entenda de outra forma, a exemplo de Marcelo Fortes BARBOSA FILHO, o qual afirma que "... Tal ato pode assumir diferentes roupagens, materializando-se por meio de decreto do Presidente da República ou, perante uma delegação de poderes, de uma portaria ministerial." (*Código Civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Coordenador Ministro Cezar PELUSO. 1ª Ed. Barueri – SP: Manoele, 2007, p. 935).

¹⁵ O requerimento de autorização para funcionar, quando necessário, poderá ser feito tanto por uma sociedade já constituída como por uma ainda não constituída (desde que manifeste o interesse de requerer a autorização em questão e apresente, para tanto, os documentos necessários exigidos pelo Poder Executivo Federal).

1.131 e 1.140, do CC), constituirá prova para inscrição (definitiva), no registro próprio, dos atos constitutivos da sociedade, dando a esta personalidade jurídica (cf.: **arts. 45, 985, 1.150, 1.131 e 1.136, §3º, do CC**).

O Poder Executivo autoriza o funcionamento da sociedade e acompanha todos os atos sociais, bem como o desenvolvimento das atividades da empresa autorizada, com vistas a garantir obediência às normas voltadas a estabelecer a ordem pública (**arts. 1.125, 1.129, 1.133 e 1.139, do CC**) erigida de acordo com os manifestos interesses nacionais.

Dependem de autorização para funcionar, por exemplo, as instituições financeiras, seguradoras, mineradoras e, de forma geral, as sociedades estrangeiras (**arts. 21, VIII e 176, da CF e art. 1.134 e ss. do CC**).

Por fim, duas observações quanto ao *caput* deste artigo (**1.123**).

(i) Ao se referir a “... este título...”, no *caput* do art. 1.123, o legislador fez expressa menção ao Tít. II – Da Sociedade. Como o Capítulo em apreço pertence ao título em referência, o legislador não precisaria ressaltar esta afirmação por ser esta uma questão lógica (decorrente do sistema estabelecido pelo Código Civil¹⁶), na parte que não fosse contraposta. Porém, o legislador pretendeu ressaltar este fato.

Por outro lado, se realmente pretendeu se referir a “... este título...” (Título II - Da Sociedade¹⁷), talvez o legislador tivesse afirmando que todas as sociedades, objetos do Título II, fossem capaz de requerer “autorização para funcionar”, o que, para o presente estudo, não seria possível pelo fato do Título II (Da Sociedade) englobar sociedades não personificadas (sociedade em comum – **arts. 986 e SS do CC**, e, sociedade em

¹⁶ Atentar para a Lei Complementar nº 95/98, de onde, para esta finalidade, se destaca o art. 10.

¹⁷ Iniciado pelo art. 981.

conta de participação – **arts. 991 e ss. do CC**). Salvo engano, as sociedades dependentes de autorização não podem ser constituídas sob qualquer um dos modelos das sociedades não personificadas. **Não teria sentido**: As sociedades não personalizadas são assim consideradas porque não foram inscritas no registro próprio (**art. 985 e 986 do CC**), embora já “funcionem” (ou exerçam suas atividades). Já as sociedades dependentes de autorização não podem funcionar, sem antes receber autorização e ter seus atos inscritos nos registros próprios (é uma sociedade extremamente formal). Uma vez inscritas, as sociedades passam a ser personalizadas. Além do mais, como um dos requisitos exigidos para apresentar o requerimento, tem-se a apresentação do contrato ou estatuto social (**art. 1.128 e art. 1.134, § 1º, II, ambos, do CC**), os quais devem ser publicados (**arts. 1.131 e 1.135, do CC**).

(ii) Por fim, a parte final do *caput* deste **art. 1.123**, lembra que as normas deste “título” (ou “capítulo”) aplicam-se, sem prejuízo do disposto em lei especial.

Segundo as regras de hermenêutica já vistas, a lei especial (por sua especificidade) se sobrepõe (prevalece sobre) à lei geral. Daí uma razão para a lei geral não revogar, implicitamente, uma lei especial.

Atualmente, qualquer norma que pretenda revogar outra deve ser expressa neste sentido, sobretudo se possuir o caráter de “geral” e pretender revogar uma disposição “especial”. Esta afirmação ganhou força com a vigência da Lei Complementar nº 95/98: Uma lei não pode revogar uma outra, sem apontar esta revogação de forma expressa (art. 9º) e nem tratar de assunto especificado em outra lei, sem complementá-la, igualmente, por expresse (art. 7º, IV)¹⁸. Assim, o Código Civil

¹⁸ Depois da entrada em vigor da Lei Complementar nº 95/98, parte do *caput* do art. 2º e § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), perdeu seu força normativa pela incompatibilidade com a Lei Complementar 95/98, a qual (estranhamente) não fez qualquer referência expressa a sua revogação, alteração ou complementação (violando os arts. 7º, IV e 9º, da própria Lei Complementar em tela).

(embora comporte uma primeira divisão em “parte geral” e em “parte especial”)¹⁹, por ser uma lei geral, não prevalece sobre a lei especial, a menos que a revogue, a modifique ou a complemente por expresse.

Código Civil

Art. 1.124. Na falta de prazo estipulado em lei ou em ato do poder público, será considerada caduca a autorização se a sociedade não entrar em funcionamento nos doze meses seguintes à respectiva publicação.

Este artigo cita o prazo que deverá ser observado para o início das atividades. Observando os atos de constituição da empresa, autorizada a funcionar, a partir da publicação do termo de inscrição da sociedade no registro público competente (arts. 985, 1.131 e 1.135, do CC), a empresa tem 12 (doze) meses para entrar em funcionamento (sob pena de perder a autorização).

O prazo de doze meses é a regra geral, que pode ser alterada por lei ou por ato do poder público, levando sempre em consideração o interesse público.

Não se confunde com o prazo de trinta dias, estabelecido no **art. 1.131 do CC**, que trata dos prazos para o atendimento das solicitações e das publicações destas documentações (conforme disposto nos **arts. 1.128 e 1.129, do CC**), para formalizar a personalidade jurídica e complementar formalmente os atos necessários para que a sociedade possa dar

¹⁹ Tomando a divisão do Código Civil em Parte Geral e Parte Especial, tem-se igualmente a regra de prevalência da parte especial sobre a geral, com a aplicação subsidiária (complementar ou de apoio) da parte geral quando o tema de interesse, embora tratado nesta parte geral, não vier abordado na parte especial pertinente.

início às suas atividades (**arts. 985; 1.131; 1.136; 104, III e 107, do CC**)²⁰.

Quando o presente **art. 1.124**, fala “... nos doze meses seguintes à respectiva publicação”, ele está se referindo a publicação do termo de inscrição (aludido no **parágrafo único do art. 1.131, do CC**) no órgão oficial da União e do Estado (na hipótese do **art. 1.140, do CC**).

Código Civil

Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.

Quanto ao termo “... facultado...” é bom que se tenha o exato alcance da sua extensão. Havendo uma irregularidade, o Poder Executivo tem a obrigação de iniciar os atos voltados à cassação da autorização anteriormente concedida. Trata-se de um “poder-dever” imposto ao Poder Executivo (e não, propriamente, de uma faculdade):

O *poder-dever de agir* da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O *poder* tem para o agente público o significado de *dever* para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia que uma autoridade pública - um Governador,

²⁰ Cf.: Anotações ao art. 1.131, do CC.

p. ex. – abrisse mão de seus poderes administrativos deixando de praticar atos de seu dever funcional. O *poder* do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de *dever* para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal atitude importaria fazer liberalidades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas.

Se para o particular o *poder de agir* é uma faculdade, para o administrador público, é uma *obrigação de atuar*, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade...²¹

As normas de ordem pública, de que trata este artigo, são sempre impostas ou analisadas (*inclusive, no que se refere à análise do estatuto da sociedade em questão*), em vista do interesse nacional (**art. 172, da CF**). Esse interesse, manifestado com base constitucional, tem suporte na norma jurídica que vai discipliná-lo. Isso porque, neste Estado de Direito, a liberdade de exercício só poderá ser vedada por lei ou com a autorização desta (**art. 5º, II, da CF**)²².

Assim, diante de infração às normas de ordem pública (estabelecidas em defesa do interesse nacional: art. 1.135, caput, CC) ou da prática de atos contrários aos fins declarados no estatuto da sociedade dependente de autorização, não há faculdade deliberativa para o Poder Executivo. Há um dever de agir imposto ao Poder Executivo de cassar a autorização anteriormente concedida.

As normas de ordem pública e o interesse público estabelecidos em lei não são “livre ou casuisticamente”²³ negociáveis pelos Poderes Instituídos. As mesmas **aplicam-se**

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 101-102.

²² Por exemplo, mesmo que não tenham uma lei expressa, o Poder Executivo, por força da Lei (art. 1.135 do CC), pode estabelecer, por ato normativo próprio, condições convenientes à defesa dos interesses nacionais.

²³ Embora as interpretações levem em conta o caso específico (“cada caso é um caso”), a valoração das questões legais devem ser sempre impessoais (sem levar em conta uma pessoa específica). Considera-se o fato (individual) valorizando-se as normas (de forma impessoal e abstrata), de acordo com os contextos sócios históricos do momento, em decorrência, por exemplo, das dinâmicas alterações sociais e econômicas.

independentes da vontade das partes, as quais não têm liberdade de disposição sobre as mesmas. O fator que prepondera nesta análise é o atendimento da questão estratégica ou de segurança nacional, conforme incidam ou não as questões variáveis ponderadas (ou estabelecidas) em lei.

Se a sociedade em questão puder agir, ativamente, dentro de critérios que possam ser levados à escolha de atuação, dentro desta esfera de liberdade de agir, não há, em princípio, que se falar de violação das normas de ordem pública (*porque, neste caso, não haveria violação de critérios, mas, sim, a manifesta preferência por um dos critérios estabelecidos como aceitos*).

Do ponto de vista do Direito, na análise em questão, o Poder Executivo deverá levar em conta não somente a legalidade estrita, mas, ainda, a incidência de vários outros princípios, como os administrativos da moralidade, finalidade, impessoalidade, publicidade e, especialmente, eficiência do ato ou desejo público perseguido, diante da realidade que se lhe está sendo posto à análise. A consideração desta realidade avaliada (pelos juristas) diante da incidência das normas que provém “do todo” que forma o “conjunto” de princípios jurídicos, entendendo-o como estruturado em um “sistema” de preceitos eleitos para nortear a conduta jurídica (sem sobreposição prévia e abstrata de um princípio ao outro), traduz o campo de atuação defendida pelo denominado “princípio da juridicidade”.

Para avaliar a conduta questionada, a “cassação” que é um ato da administração federal (**parágrafo único do art. 1.123, CC**), deve haver um processo fundamentado (processo legal, do **art. 5º, LIV, da CF**), dirigido com base nos princípios não só da legalidade (*que exige a existência de regras pré-existentes – art. 5º, II, CF*), mas também da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência (**art. 37, caput da CF**), afirmados diante do contraditório aberto com assegurada ampla defesa (**art. 5º, LV, da CF**).

Neste processo de análise, o interesse das partes cede espaço ao “interesse da soberania nacional” que, neste Estado de Direito, se manifesta com base nas normas extraídas dos valores, dos princípios e das regras positivas pré-estabelecidas (**art. 5º, II, da CF**)²⁴.

A prática de atos contrários aos fins declarados no estatuto (ou no contrato social)²⁵ da empresa também deverá levar à cassação da autorização concedida para o funcionamento da empresa dependente de autorização, seja ela nacional ou estrangeira. Como é o estatuto (ou o contrato social) quem determina a forma de atuação da empresa, é o estatuto (ou o contrato social) um dos documentos que serão analisados para ver se a empresa está adequada aos interesses nacionais. Aprovado o estatuto (ou o contrato social), o mesmo não poderá ser modificado, sem nova e prévia avaliação do Poder Executivo Federal. Se ocorrer esta modificação ou se a empresa atuar de forma contrária ao disposto no seu estatuto (ou no contrato social) caberá ao Poder Executivo o dever de abrir um processo administrativo que poderá culminar com a cassação das atividades da empresa que desrespeitou a autorização concedida. Isso,

²⁴ Somente a Lei inova no mundo jurídico, criando direitos e estabelecendo obrigações. Por criar direitos (e obrigações), a Lei pode conceder o “direito” para que outros Órgãos criem normas jurídicas. Daí porque a expressão “... em virtude de lei”, contida no art. 5º, II da CF, deva ser entendida em seu sentido amplo, como “norma jurídica” com “origem na Lei”. Guardada a competência material constitucional, e os campos específicos reservados às leis, é possível que estas espécies legislativas permitam que normas jurídicas sejam editadas, por exemplo, pelo Poder Executivo ou Judiciário. E essas normas (como os Decretos do Executivo, por exemplo) irão inovar no mundo jurídico (impondo obrigações ou editando direitos). Neste sentido, citem-se os arts. 84, VI e 96, I, “a” da CF. Para melhor compreensão sobre o tema, deve ser lido, conjuntamente, Maria Sylvia Zanella Di PIETRO (*Direito Administrativo*. 19ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 101-105), Hely Lopes MEIRELLES (*Direito Administrativo brasileiro*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 174-177) e Eros Roberto GRAU (*O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 244-254

²⁵ O *caput* do art. 1.125 cita apenas o “estatuto”, que é a denominação dada à peça de organização e de regulamentação da forma de atuação da sociedade por ações. Porém, o fez equivocadamente, já que esta é uma norma também aplicável quando houver a violação do “contrato social” (que é a denominação dada à peça que define a organização e a forma de atuação da sociedade de “pessoas”). Esta é a leitura que se faz, por exemplo, da leitura conjugada deste artigo com os arts. 1.126, 1.128 e 1.139, do CC. Aqui se fala em “sociedade de pessoas” em sentido inverso ao da “sociedade por ações”. Na sociedade por “ações”, o que importa é o investimento, não importa de onde parta. Já para a sociedade de “pessoas”, o que leva à formação da sociedade são as qualidades dos sócios, os quais foram aceitos. Nas sociedades por ações, muitas vezes, os sócios sequer são conhecidos dos outros sócios.

obviamente, sempre levado em conta a análise de interesse público que é indisponível.

Sobre a “alteração do estatuto”, considerando a análise dos **arts. 1.129, 1.133 e 1.139, do CC**, os mesmos apontam possíveis hipóteses que determinam a alteração do estatuto, sem a necessidade de submeter à aprovação do Poder Executivo (art. 1.133) quando se tratar de sociedade nacional dependente de autorização. O mesmo, ao que se vislumbra, não ocorre no caso das sociedades estrangeiras, já que o art. 1.139, afirma que (todas e) “qualquer modificação” dependerá de aprovação do Poder Executivo, sem exceções. Salvo por alguma causa até o momento não percebida, não há uma aparente “justificativa” para tal tratamento diversificado entre a sociedade nacional e a estrangeira (já que ambas depende de autorização). Melhor seria, para a “restrita hipótese” de controle do interesse nacional, a prevalência da norma extraída do art. 1.139, do CC.

CÓDIGO CIVIL

PARTE ESPECIAL

LIVRO II **DO DIREITO DE EMPRESA**

TÍTULO II **DA SOCIEDADE**

CAPÍTULO XI **Da Sociedade Dependente de Autorização**

Seção II **Da Sociedade Nacional (arts. 1.123 a 1.133)**

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

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

Este artigo aponta a sociedade nacional, estabelecendo, somente, dois requisitos para defini-la: (i) organização conforme a lei brasileira; (ii) possuir a sede da administração no País.

Não se exige, de regra, que todos, ou alguns dos sócios, sejam brasileiros (*embora, excepcionalmente, seja possível exigir que determinadas sociedades sejam formadas, exclusiva ou parcialmente, por brasileiros: cf. parágrafo único deste art. 1.126*).

Quando houver a exigência de que todos, ou alguns sócios, sejam brasileiros, na sua sede ficará arquivada cópia autenticada do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios.

A questão das ações nominativas, **nas sociedades anônimas**²⁶, atualmente, perdeu a importância, já que nestas sociedades (anônimas), independente de autorização, **as ações só serão nominativas**. Isso porque o atual **art. 20 da Lei n.º 6.404/76** (Lei das Sociedades por Ações), com redação trazida

²⁶ Onde se lê “sociedade anônima”, melhor seria “... sociedade por ações”, conforme será explicado no estudo do art. 1.128.

pela Lei n.º 8.021/90, pois fim às ações endossáveis e ao portador:
“Art. 20. As ações devem ser nominativas.”

Assim, nas sociedades por ações, somente se admite o pagamento ou resgate, a qualquer título, a beneficiário identificado. Esse é o significado das ações nominativas:

As ações nominativas são as que inscrevem em seu texto o nome do titular, e constam de registro mantido pela sociedade. A transferência dessas ações, em caso de venda ou cessão, só se consuma pela inscrição do novo acionista no livro de “Registro de Ações Nominativas”, em termo nele lavrado, datado e assinado pelo cedente e pelo cessionário, ou por seus legítimos representantes ou pelo extrato que seja fornecido pela instituição custodiante, na qualidade de proprietária fiduciária das ações, segundo a nova redação do art. 31, trazida pela Lei nº 10.303/2001. Em caso de transmissão decorrente de sucessão universal ou legado, de arrematação, adjudicação ou outro ato judicial, ou por qualquer outro título, somente se fará a transferência mediante averbação daquele livro, à vista de documento hábil, que ficará arquivado na companhia.²⁷

O **art. 1.141** afirma que, mediante autorização do Poder Executivo, a sociedade estrangeira admitida a funcionar no País pode nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil. Isso porque, se foram autorizadas, as sociedades estrangeiras deveriam estar atuando em conformidade com a lei brasileira (**art. 1.137, do CC**). Sem que tivesse atuando em conformidade com as leis brasileiras, a sociedade estrangeira não poderia receber autorização para exercer suas atividades no País. Daí ser possível afirmar que, transferindo sua sede para o Brasil, a sociedade estrangeira autorizada a funcionar no País (por estar em conformidade com as leis nacionais), poderia nacionalizar-se

²⁷ Rubens REQUIÃO. *Curso de Direito Comercial. De acordo com a Lei n. 11.101, de 9-2-2005 (nova Lei de Falências)*. 2º volume. 25ª Ed. Revista e atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95-96.

(pois, assim constando, cumpriria os requisitos do **art. 1.126, do CC**).

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.127. Não haverá mudança de nacionalidade de sociedade brasileira sem o consentimento unânime dos sócios ou acionistas.

Teoricamente, a mudança da nacionalidade da sociedade brasileira pode ocorrer por alteração em qualquer uma das duas causas citadas no artigo anterior (**1.126**): (i) Reorganização da sociedade já formada para que passe a se reger com base em alguma lei internacional ou (ii) mudança da sede da administração da sociedade para outro País.

Em virtude do impacto social e econômico que esta decisão poderia provocar, para que ocorra a mudança de nacionalidade de uma empresa brasileira²⁸, a Lei estabeleceu um quorum “super qualificado” de deliberação: Consentimento unânime dos sócios ou acionistas (ou seja, precisa do consentimento de **todos** os sócios ou acionistas, pouco importando o tamanho da sociedade ou o percentual de participação dos sócios ou acionistas).

Marcelo Fortes Barbosa Filho:

²⁸ Não se trata de fechar uma empresa, mas, sim, de retirar a sua sede do País, mesmo que aqui continue a operar por uma representante, filial etc. Neste caso, em razão da retirada da sua sede do Brasil, a empresa (1) deixará de ter autorização para funcionar (pela perda da condição de sociedade nacional, a sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, só pode funcionar com a autorização expressa e forma do Poder Executivo Federal); (2) somente poderá continuar a funcionar no País, com autorização do Poder Executivo Federal – art. 1.134, do CC.

“A mudança da nacionalidade da sociedade brasileira, tendo em conta o texto do artigo anterior, decorre da transferência de sua sede para fora do território nacional, o que só será possível diante de correspondente alteração do estatuto ou contrato social. Para a aprovação de deliberação tendente à transferência da sede para o exterior e à perda da nacionalidade brasileira, o presente artigo estabelece o respeito a um *quorum* especial, próprio à matéria e compatível com os gravames derivados da necessidade de se submeter às limitações impostas a uma pessoa jurídica estrangeira. A aquiescência precisa ser completa, colhendo-se a manifestação expressa e uniforme de todos os sócios, sem deixar de lado qualquer deles, pouco importando qual o tamanho de sua participação no capital social.”²⁹

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.128. O requerimento de autorização de sociedade nacional deve ser acompanhado de cópia do contrato, assinada por todos os sócios, ou, tratando-se de sociedade anônima, de cópia, autenticada pelos fundadores, dos documentos exigidos pela lei especial.

Parágrafo único. Se a sociedade tiver sido constituída por escritura pública, bastará juntar-se ao requerimento a respectiva certidão.

O requerimento de autorização de sociedade nacional deve ser acompanhado de cópia do contrato, assinada por todos os sócios.

²⁹ *Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência*. Coordenador Ministro César Peluso. 1ª. ed. São Paulo: Manoele, 2007. p. 933.

Se a sociedade que requer a autorização for uma sociedade anônima (ou qualquer outra sociedade por ações)³⁰, este requerimento deve estar acompanhado de cópia, autenticada pelos fundadores, dos documentos exigidos pela lei especial (**Lei nº 6.404/76: Lei das Sociedades por Ações**³¹). Se esta sociedade anônima pretender recorrer a subscrição pública para a formação do seu capital social, a mesma deverá juntar ao requerimento cópias autenticadas do projeto³² do estatuto e do prospecto (**art. 1.132, do CC**).

Se a sociedade (qualquer que seja ela) tiver sido constituída por escritura pública, bastará juntar-se ao requerimento a respectiva certidão (de constituição por escritura pública): **parágrafo único do art. 1.128, do CC**.

Quanto ao contido no *caput* deste artigo (**1.128**), o legislador, ao que parece, contradisse o comando contido na parte final do **parágrafo único do art. 1.126**, onde admitiu qualquer tipo societário (sem restrição). Isso porque, no *caput* em questão, o legislador circunscreveu suas anotações normativas a uma única espécie das sociedades por ações (“sociedade anônima”). Porém, a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) aplica-se não somente às Sociedades Anônimas, mas, também, a outros tipos societários como, por exemplo, às sociedades em comandita por ações (**arts. 280-284, da Lei 6.404/76**)³³. Aliás, a própria Lei das Sociedades por Ações tem

³⁰ Embora tanto este art. 1.128 como o art. 1.132 façam referência à sociedade anônima, ao que tudo indica, estão se referindo, de forma genérica, às sociedades por ações, haja vista que outras sociedades por ações podem, por exemplo, participarem de grupos societários, mesmo quando intencionem atuar em área dependente de autorização para funcionar (cf.: arts. 265, 266 e 268 da Lei nº 6.404/76).

³¹ A sociedade anônima é uma das sociedades por ações, mas não é a única que pode ser constituída por ações.

³² O termo “projeto” deve ser utilizado em seu significado técnico (cf.: art. 1.132, §§ 1º e 2º, do CC), em razão da constituição desta sociedade ficar na dependência de autorização do Poder Executivo. Eventualmente, seria possível dar à expressão “projeto” um sentido prático amplo: Mesmo em se tratando de sociedade de “pessoas”, se a sociedade foi constituída para operar com a autorização do Poder Executivo, a sua constituição já realizada, na prática, não passaria de um “projeto” na medida em que dependeria da autorização deste Poder para funcionar. Porém, sempre que possível, é indicado utilizar a expressão técnica ou esclarecer o sentido amplo do termo (ou o alcance da expressão).

³³ O art. 300 da Lei 6.404/76 refere-se aos arts. 59 a 73 do Dec.-Lei nº 2.617/40, restrito às sociedades anônimas. Pelas semelhanças entre o teor deste Dec.-Lei e o atual Código Civil, é crível que o atual Código Civil tenha realmente pretendido fazer referência, de forma exclusiva, à sociedade anônima.

um dispositivo próprio dispondo sobre as “Companhias Sujeitas a Autorização para Funcionar” (cf.: **arts. 268 e 283, admitindo a participação das sociedades em comandita por ações em grupo societário**³⁴). Portanto, ao que se imagina, no *caput* do **art. 1.128**, onde se lê sociedade anônima, ao que tudo indica, deveria ser lida “sociedades por ações”. Note, ainda, que o **art. 1.123, caput, parte final (do CC)**, ressaltou como cabível a aplicação de lei especial.

Assim, observando este requerimento (de pedido de autorização), acompanhado com o modelo provisório³⁵ da formação da sociedade, é que será visto se a empresa obedece as formalidades exigidas para a execução, planejada, das tarefas pretendidas, em atenção aos interesses nacionais.

O requerimento em questão, não poderia implicar apenas em uma análise de ordem interna, mas, sim, no acompanhamento do planejamento da empresa quanto aos seus aspectos de desenvolvimento humano, econômico, social e ambiental, pelas razões já apontadas, no sentido de cogência (*parte normativa de ordem pública e interesse social*) dos princípios constitucionais como os fundamentais e aqueles que os seguem, de forma simétrica, como os gerais do Capítulo I, do Título VII, da Constituição Federal (“*de alcance humanístico, econômico, social e ambiental*”).

Por fim, vale ressaltar que a constituição da sociedade, que pode ser por contrato social (*caput*) ou por

³⁴ Observe o conteúdo da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações): As sociedades em comanditas por ações podem participar de grupos de sociedades (art. 283). No Capítulo XXI desta Lei (Lei das Sociedades por Ações), que trata do “grupo de sociedades”, consta, especificamente, a norma referente as “companhias sujeitas a autorização para funcionar” (art. 268). Assim, se esta Lei especial (Lei nº 6.404/76) permite que as sociedades em comandita por ações possam participar das “companhias sujeitas a autorização para funcionar”, a norma geral (Código Civil) não poderia restringi-la (implicitamente: se fosse para alterar ou revogar aquele dispositivo, teria que fazê-lo por expresse. Esta é a orientação que se retira da Lei Complementar nº 95/98, a exemplo de seus arts. 6º e 12). Também por esta razão, entende-se que o legislador se equivocou ao estabelecer “sociedade anônima” no *caput* do art. 1.128, razão pela qual é feita a sugestão de leitura, neste ponto, da expressão “sociedade por ações” (em substituição a nominada “sociedade anônima”).

³⁵ Em vista das possibilidades de promover alterações (art. 1.129, do CC), tem-se o termo “provisório” em virtude da dependência de autorização do Poder Executivo para funcionar.

escritura pública (*parágrafo único*) ou, ainda, via projeto (nos casos do **art. 1.132 e §§ do CC**), não se confunde com a inscrição desta (*sociedade*) no registro público competente (**arts. 985, 45 e 1.150, CC**). Não é a constituição ou a autorização para funcionar que assegura a personalidade jurídica para a sociedade, mas, sim, a sua inscrição (**art. 985, do CC**) no órgão competente (*que só ocorrerá, após obtida a autorização, com as publicações contidas no art. 1.131 e 1.135, do CC*). Posteriormente a aquisição da personalidade jurídica, e da publicação do termo de inscrição (**parágrafo único do art. 1.131, do CC**), é que a sociedade adquire o direito de exercer a atividade autorizada, e deve fazê-lo (se não houver outro prazo) em até doze meses (**art. 1.124, do CC**).

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.129. Ao Poder Executivo é facultado exigir que se procedam a alterações ou aditamento no contrato ou no estatuto, devendo os sócios, ou, tratando-se de sociedade anônima, os fundadores, cumprir as formalidades legais para revisão dos atos constitutivos, e juntar ao processo prova regular.

O controle do Poder Executivo Federal, sobre as sociedades, começa já a partir dos atos originários destas entidades (*iniciando pela análise dos contratos sociais ou da obediência aos requisitos exigidos para a formação das sociedades em análise*).

Por isso, a fim de atender aos interesses nacionais, de acordo com as normas pré-estabelecidas, é facultado

ao Poder Executivo exigir que se procedam com as alterações ou aditamento no contrato ou no estatuto social³⁶. Análise, esta, que deverá ocorrer durante todo o tempo de atuação destas sociedades (**arts. 1.133, 1.139 e 1.140, do CC**), razão pela qual deve o Executivo exigir que as mesmas guardem obediência aos interesses nacionais (*estratégicos ou de segurança: arts. 1.125 e 1.135, do CC*), previamente estipulados (*positivados*)³⁷ por Lei (*art. 5º, II, da CF*)³⁸, a qual é passível de regulamentação ou de complementações específicas (**art. 1.124 e 1.129, do CC**) a serem editadas pelo próprio Executivo.

Assim, em decorrência do poder regulamentar do Estado, que é um Estado de Direito, a “faculdade” prevista no início deste artigo é, na verdade, uma afirmação de que o Executivo “deve” exigir as alterações que julgar necessárias (ou convenientes) em defesa dos interesses nacionais. “Poder” para o Executivo que representa “dever” para com a sociedade. Portanto, esta “faculdade” concedida à Função Executiva representa um “poder-dever”³⁹ de agir, já que esta manifestação de poder não

³⁶ Neste tópico específico, o enfoque recai sobre as sociedades dependentes de autorização (para funcionar), mas deveria ser ampliado visando garantir o Estado que se quer ter (constitucionalmente objetivado e fundamentado), com seus princípios, suas regras e seus valores base. Planejar o equilíbrio entre o interesse público e o privado e cobrar atenção ao planejamento proposto e aceito, deveria ser exigência de todas as sociedades em atuação no País (por ocasião da sua constituição e do levantamento dos seus resultados econômicos, ambientais e sociais). Isso porque há uma relação jurídica de dependência lógica (e instrumental) entre o desenvolvimento humano, ambiental, social e econômico.

³⁷ São previamente estipulados por tratar-se de um Estado de Direito, onde, o Estado, para proteger os indivíduos e a sociedade, tem sua liberdade regrada (limitada) pelas normas jurídicas. Falando sobre Estado de direito e separação de poderes, Cláudio Pereira de SOUZA NETO cita que, “De acordo com o princípio da separação de poderes, para se garantir a liberdade individual, é necessário, especialmente, que a prática de atos concretos que afetem a vida dos indivíduos só seja feita de acordo com os padrões gerais e abstratos definidos em lei. Montesquieu chega a definir a ‘liberdade’ como ‘o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem’.” (*Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33-34).

³⁸ “Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.” (Maria Sylvania Zanella Di PIETRO. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 82).

³⁹ “O Poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de *dever* para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal atitude importaria em fazer liberalidades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas.” (Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª Ed. Atualizada por Eurico de Andrade AZEVEDO, Dêlcio Balestero ALEIXO, José Emmanuel BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102).

pode representar uma disposição do interesse público (*essa liberalidade não existe*)⁴⁰.

Como se trata de exigência de atuação Estatal, num Estado de Direito, para a segurança dos indivíduos e da comunidade, a área de intromissão do Poder Executivo Federal (*assim como do Legislativo e do Judiciário*) é circunscrita aos comandos provenientes da norma jurídica (**art. 5º, II, da CF**), a qual deverá ser legitimada pela aceitabilidade social⁴¹. Ultrapassado estes limites, o próprio Estado de Direito assegura aos interessados (pessoa física ou jurídica), diante da lesão ou da ameaça ao direito posto (por ação ou omissão), o poder de requerer a intervenção do Judiciário (**art. 5º, XXXV, da CF**)⁴² buscando adequar determinado fato aos comandos normativos valorizados pelo atual Estado de Direito que é Republicano, Federativo, Democrático e centralizado na pessoa humana, reconhecida como sujeito digno de consideração individual.

Por fim, registre-se que se o Poder Executivo requerer a alteração (incluindo o aditamento) no contrato ou no estatuto social, desde que não haja qualquer outro requisito a cumprir, somente diante da prova da alteração exigida, já realizada, é que a sociedade interessada terá assegurado o direito

⁴⁰ Após descrever o *poder discricionário* como o Direito, implícito ou explícito, concedido à Administração de atuar com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo, Hely Lopes MEIRELLES, afirma: “Convém esclarecer que *poder discricionário* não se confunde com *poder arbitrário*. Discricionariedade e arbítrio são condutas inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitido em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei.” (*Direito Administrativo brasileiro*. 28ª Ed. Atualizada por Eurico de Andrade AZEVEDO, Délcio Balestero ALEIXO, José Emmanuel BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114-115)

⁴¹ Aceitabilidade, com base no próprio ordenamento jurídico que se impõe ao Estado, aos indivíduos e, também, às suas instituições. Daí ser possível afirmar que não é qualquer lei ou regulamentação do Poder Executivo que pode impor limites à liberdade dos indivíduos e das suas organizações. Mas somente as leis baseadas nos valores base, nos princípios e nas regras do próprio ordenamento, as quais devem apoiar-se, hierarquicamente, na Constituição Federal (de ordem justa, social, humana, participativa, integrativa, sustentável, desenvolvimentista etc.).

⁴² A grosso modo (ou de forma geral), enquanto a atuação do Legislativo e do Executivo é mais “abstrata” (para todos; promover o bem geral), a atuação do Judiciário é casual (para o caso concreto, no sentido de corrigir as distorções da ordem jurídica diante do caso concreto, para que o indivíduo, “injustiçado”, seja respeitado como integrante desta ordem voltada à realização do bem estar geral).

de funcionar (visando alcançar as finalidades sociais conhecidas, na forma autorizada pelo Poder Executivo: **art. 1.125, do CC**).

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.130. Ao Poder Executivo é facultado recusar a autorização, se a sociedade não atender às condições econômicas, financeiras ou jurídicas especificadas em lei.

Aqui, a ressalva do que se tem afirmado no sentido de serem condições impostas as prescritas pelas normas decorrentes da lei vigente por ocasião da concessão da autorização. Evidentemente, se houver modificações nesta ordem jurídica, para que a sociedade mantenha a autorização para funcionar, o Poder Executivo, na defesa dos interesses nacionais, deve exigir que se procedam as correspondentes ou necessárias alterações (**art. 1.129, do CC**).

Por que se citou a lei como especificadora das condições que deverão ser obedecidas? Houve esta citação em razão do fato da própria Constituição Federal ter garantido a todos que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (**art. 5º, II, CF**). Em outras palavras, significa dizer que somente a lei, ou em decorrência desta, há inovação no mundo jurídico, impondo direitos ou estabelecendo obrigações. José Afonso da SILVA assevera:

O *princípio da legalidade* é nota essencial ao Estado de Direito. É, também (...), um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela

sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à *lei*, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.⁴³

E o mencionado autor vai muito além lembrando, ainda, que a lei pode ser regulamentada (detalhada ou disciplinadas) por outras normas, constitucionalmente amparadas, a exemplo dos decretos (**art. 84, IV da CF**). Estas outras fontes normativas, embora não criem direitos ou novas obrigações que possam confrontar (violar ou chocar) com a Lei (formal e material), servem para disciplinar situações (criando direitos e obrigações) ou estabelecer procedimentos capazes de assegurar a efetividade da Lei (com todos os seus valores, seus princípios e suas regras)⁴⁴.

⁴³ *Curso de Direito Constitucional positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 400.

⁴⁴ Sobre valores, princípios, regras e sua convivência: Pensando na Constituição Federal, visualizando a obra de Nicola ABBAGNANO (*Dicionário de filosofia*. 4ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003), é possível chegar as seguintes definições. **Valor** exprime à preferência, o objeto da preferência, a expectativa desejável a ser perseguida, postando-se como um guia ou como uma norma a servir de autêntica orientação de conduta ou escolha. Os **princípios** apontam os “pontos de partidas” e os “fundamentos” existentes como possíveis para a concretização dos “valores” expressados pela Constituição. **Regra** como uma proposição que, atenta aos valores e aos princípios existentes, enuncia uma conduta ou determinação (*para se alcançar os valores perseguidos, de acordo com os princípios acolhidos pela ordem constitucional*). Os **princípios** apontam os fundamentos, os possíveis pontos de partida para o estabelecimento das condutas (regras) que deverão ser tomadas (*para que se consiga alcançar os “valores” base do sistema*). Mesmo quando de sentidos aparentemente antagônicos, os princípios convivem uns com os outros, prevalecendo um ou outro, num determinado momento, por ordem de preponderância para eficazmente realizar os valores pretendidos pelo sistema normativo (que deve ser reconhecido como racional e lógico). A incidência de um princípio, num determinado momento, não impede a incidência do outro, no momento seguinte. Já as regras, quando contrárias, não convivem, prevalecendo uma ou outra por ordem de vigência, determinada em razão de sua localização no tempo e no espaço (cf.: Lei de Introdução ao Código Civil e Lei Complementar nº 95/98). Walter Claudius ROTHENBURG leciona: “Quando a incompatibilidade surgir entre princípios e regras, estando ambos estampados na constituição, estas é que deverão prevalecer. Para solucionar tal impasse, adota-se o critério hermenêutico da exceção (pontual e restrita), imaginando-se que o constituinte, ciente do princípio que ele mesmo adotou como norma geral, previu expressa e especificamente alguma regra de exceção.” (*Princípios constitucionais*. Segunda tiragem. Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 63).

Como a Lei se impõe a todos, e de forma especial ao Estado, se a sociedade que busca a autorização para funcionar não cumprir as condições adequadas fixadas pela legislação, o Poder Executivo não pode autorizá-la a funcionar. Daí se afirmar que esta “faculdade” também se constitui em um “dever” de agir.

“Dever” que se origina do fato (i) desta República Federativa constituir um Estado de ações limitadas ou liberadas pelo Direito, abstrato, geral e previamente estabelecido pelo povo ou seus representantes [art. 1º, da CF]; (ii) de ter no povo, organizado juridicamente, a centralização de todo o *poder* tido como aceitável pela ordem jurídica [parágrafo único do art. 1º, CF]; (iii) por possuir, o Estado, suas ações administrativas regidas pela devida atenção à Lei [art. 37, *caput*, CF]; (iv) por se submeterem, as funções da União [Legislativa, Executiva e Judiciária], à autoridade do povo, reconhecido, como visto, pela ordem jurídica como o único detentor do Poder Estatal [art. 2º, CF].

Quando o artigo em estudo assegurou uma “faculdade” ao Poder Executivo, na verdade, assegurou (também neste ponto) o “poder” de ação do Executivo de exigir a obediência às condições econômicas, financeiras ou jurídicas especificadas em lei. Como ressaltado, este “poder” (e não “faculdade”) é um “dever” para com o povo.

Como a lei obriga a todos, a falta de cumprimento de uma norma legal de observação obrigatória, impede que o Executivo conceda à sociedade a autorização para funcionar. Não há, neste ato de negar a autorização, qualquer faculdade ao Poder Executivo, mas, pelo contrário, uma irrefutável obrigação de não autorizar o funcionamento da sociedade em virtude do indisponível interesse público maior que restou violado (ou não satisfeito).

Por sua vez, ao estabelecer as condições econômicas e financeiras, a par das jurídicas, pretendeu o

legislador ressaltar as duas primeiras já que, como condições jurídicas, têm-se como inclusas todas as demais questões tratadas pelo Direito, a exemplo das questões ambientais, humanas e sociais, dentre quaisquer outras, normatizadas, existentes. Assim, qualquer que seja a condição fixada em lei, uma vez não observada pela sociedade que busca a autorização para funcionar, o Executivo, ressaltando-a de forma fundamentada⁴⁵, deve negar a autorização para o funcionamento da sociedade em análise.

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.131. Expedido o decreto de autorização, cumprirá à sociedade publicar os atos referidos nos arts. 1.128 e 1.129, em trinta dias, no órgão oficial da União, cujo exemplar representará prova para inscrição, no registro próprio, dos atos constitutivos da sociedade.

Parágrafo único. A sociedade promoverá, também no órgão oficial da União e no prazo de trinta dias, a publicação do termo de inscrição.

A publicação no órgão oficial da União (Diário Oficial da União) também vai ser levada à inscrição no Registro Público competente (cf.: **arts. 985, 45 e 1.150, do CC**). Esta

⁴⁵ A fundamentação não precisa ser ampla, mas deve ser suficientemente clara e completa de forma a permitir que a sociedade interessada tome conhecimento do fato informado e busque (i) suprir a deficiência para tentar novamente a autorização ou (ii) possa recorrer ao judiciário por entender que teve seu direito de funcionar não atendido, por exemplo, em razão de uma condição não estipulada em lei. A falta de fundamentação, em si, justifica o ingresso em juízo para requerer a chance de obter a autorização de funcionamento teoricamente concedível a quem preencher as condições legais. A ação informada dá segurança e transparência ao Estado de Direito. A ausência de fundamentação (ou “fundamentação oculta”) revela manifestação arbitrária e indevida de poder. Parafraseando Celso LAFER, a falta de fundamentação revelaria um amorfismo do Direito e do próprio Estado, revelador de verdadeira dimensão do poder totalitário (*A reconstrução dos Direitos Humanos. Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 95).

inscrição no registro público competente assegura a personalidade jurídica da sociedade em questão. Posteriormente, esta inscrição também deverá ser levada à publicação no Diário Oficial da União (que é o órgão oficial da União)⁴⁶, consistindo, esta publicação, em ato complementar, final, da autorização para funcionar.

A inscrição (**arts. 45 e 1.150, CC**), que dará personalidade jurídica (**art. 985, CC**) a esta sociedade que depende de autorização para o seu funcionamento, depende da expedição do decreto de autorização de que trata este artigo, após cumprir as formalidades que dispõem o presente Capítulo XI (“Da sociedade dependente de autorização”).

Quanto aos prazos:

(i) A partir da expedição do decreto de autorização, a sociedade tem **30 (trinta) dias** para fazer a juntada dos documentos necessários (*art. 1.128, com as alterações eventualmente cumpridas, de acordo com o contido no art. 1.129, do CC*) e publicá-la no órgão oficial da União (diário oficial da União)⁴⁷.

(ii) A contar da publicação no órgão oficial da União, a sociedade passa a ter **novos 30 (trinta) dias** para providenciar a inscrição da sociedade no registro próprio (**art. 985, do CC**), adquirindo personalidade jurídica⁴⁸.

(iii) Feita a inscrição no registro próprio, a sociedade passa a ter **mais 30 (trinta) dias** para publicar a

⁴⁶ Observe o art. 1.140, do CC: fala, também, em publicação no órgão oficial do Estado (em se tratando de sociedades estrangeiras).

⁴⁷ Em se tratando de sociedade estrangeira, esta publicação também deverá ocorrer, quando for o caso, no Diário Oficial do Estado em questão (art. 1.140, do CC). Atentar para as anotações ao art. 1.140, do CC.

⁴⁸ Adquirir personalidade jurídica é tornar-se, formalmente, capaz de adquirir direitos ou contrair obrigações na órbita jurídica. Porém, no caso das sociedades dependentes de autorização, esta capacidade não depende unicamente da aquisição da personalidade jurídica. É, ainda, necessário que, seguindo a aquisição de personalidade jurídica, ocorra a publicação do ato concessivo da personalidade jurídica no órgão oficial da União, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data do registro de que trata o art. 985, do CC.

inscrição no registro próprio, também, no órgão oficial da União. Esta é a formalidade final para assegurar a possibilidade de início das atividades autorizadas a funcionar.

Finalmente, se não houver outro prazo estipulado em lei ou em ato do Executivo, a autorização será considerada caduca (perderá o efeito) se a sociedade não entrar em funcionamento nos 12 (doze) meses seguintes a esta última publicação (**art. 1.124, do CC**).

Preenchido tais formalidades, a sociedade passa a ter direito ao exercício das atividades dependentes de autorização⁴⁹. Direito ao exercício das atividades dependentes de autorização que, como visto em nota anterior, não se confunde com a aquisição da personalidade jurídica da sociedade em questão.

Perdido qualquer destes prazos o pedido de autorização deve ser (re)iniciado (sob pena dos prazos não se justificarem), com todos os ônus do atraso impostos à sociedade (ex.: pagamento de novas taxas ou reestruturação do projeto social, quando for o caso). O reinício em questão, talvez, possa ocorrer a partir do prazo perdido⁵⁰.

Como a autorização de funcionamento ocorre por Decreto (**art. 1.131, do CC**) do Poder Executivo Federal (**art.**

⁴⁹ Por exemplo: Se a sociedade preencher todas as condições legais para receber a autorização do Poder Executivo e esta autorização lhe for negada, duas situações ocorrerão, quanto a capacidade para ingressar em juízo e requer a autorização judicial de funcionamento: (i) Estando as sociedades constituídas, no caso de sociedade de pessoas, representará a sociedade quem for indicado no seu estatuto (art. 12, VI, do Código de Processo Civil); (ii) se for sociedades de pessoas, ainda sem formação [porque neste caso a sua formação ficaria dependente da autorização para funcionar] os seus pretendentes sócios é que terão a capacidade para, demonstrando seu interesse, requerer a atuação judicial no sentido de obrigar o Executivo a conceder a autorização para funcionar, por ter este descumprido a “lei”.

⁵⁰ A perda do prazo, quando injustificada, pode demonstrar a incompetência da sociedade a, provavelmente, justificar uma nova análise da proposta e das condições estruturais de trabalho da empresa que necessita de autorização do Poder Executivo para funcionar no País. Neste caso, toda uma adequação no processo de estruturação societária poderia ser exigida (como condição razoável) para, assim, assegurar a viabilidade real das condições de trabalho da sociedade em questão, analisadas dentro da equação que deve existir entre as finalidades perseguidas (art. 1.125, do CC) e o alcance aprovado de suas metas (humanas, sociais, ambientais e econômicas), que é uma questão de ordem pública e do interesse nacional.

1.123, CC), ao que tudo indica, a competência desta expedição é privativa do Presidente da República (**art. 84, IV e parágrafo único da CF**).

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.132. As sociedades anônimas nacionais, que dependam de autorização do Poder Executivo para funcionar, não se constituirão sem obtê-la, quando seus fundadores pretenderem recorrer a subscrição pública para a formação do capital.

§ 1º Os fundadores deverão juntar ao requerimento cópias autênticas do projeto do estatuto e do prospecto.

§ 2º Obtida a autorização e constituída a sociedade, proceder-se-á à inscrição dos seus atos constitutivos.

No que se refere a sociedade de capital dependente de autorização para funcionar, se a sociedade depender de subscrição pública para a formação de capital (**art. 1.132, do CC**) ou pretender participar de grupos societários (**art. 268, da Lei nº 6.404/76**)⁵¹, as mesmas não poderão ser constituídas sem antes ter recebida a autorização para funcionar⁵².

O presente artigo fala em subscrição pública para a formação do capital. Subscrição pública é a oferta pública de ações para a formação do capital social, o que é feito por meio de

⁵¹ Qualquer que seja a sociedade (ou espécie de sociedade) que pretenda participar do grupo societário, ressaltando que, em princípio, todas as espécies societárias podem, em tese, participar de grupo societário (e não somente sociedades por ações).

⁵² Lei nº 6.404/76. “Art. 268. A companhia que, por seu objeto, depende de autorização para funcionar, somente poderá participar de grupo de sociedades após a aprovação da convenção do grupo pela autoridade competente para aprovar suas alterações estatutárias”.

bolsa de valores ou do mercado de balcões (Mercado de Valores Mobiliários), conforme exigidos pela Lei das Sociedades por Ações (**art. 4º da Lei nº 6.404/76**).

Havendo a pretensão de formar uma sociedade por ações por subscrição pública (captação de recursos por oferta pública de ações), sem que haja a autorização do Poder Executivo para funcionar, esta subscrição pública não ocorrerá (e a sociedade por ações em questão sequer poderá se constituir, por não ter obtido a autorização para funcionar: **art. 1.132**).

A inscrição dos atos constitutivos das sociedades por ações, que dependam de autorização do Poder Executivo para funcionar e que pretendam recorrer a subscrição pública para a formação do capital, será feita à vista **(i)** da apresentação da autorização para funcionar, **(ii)** da constituição⁵³ da sociedade, conforme autorizada pelo Poder Executivo e **(iii)** das publicações referidas nos **arts. 1.128 e 1.129, do CC**, atendidas as exigências do **art. 1.131, do CC**.

Após realizada a inscrição da sociedade, e a publicação do seu termo de inscrição no órgão oficial da União (**art. 1.131, do CC**), se não houver outro prazo estipulado em lei ou em ato do Poder Executivo, a sociedade deve entrar em funcionamento até o prazo máximo de 12 (doze) meses a partir da data da última publicação (ou seja, da publicação do termo de inscrição), por força da obrigação normativa imposta pelo **art. 1.124 do CC**.

⁵³ São requisitos gerais da constituição de uma sociedade por ações: “I – *atos preliminares de constituição da sociedade* ou *requisitos preliminares* (disciplinados nos arts. 80 e 81 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976); II – *modalidades de constituição das sociedades anônimas* (disciplinados nos arts. 82 a 93 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976); e III – *providências ou formalidades complementares* (disciplinados nos arts. 94 a 99 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976).” (DA SILVA, Américo Luís. *Sociedades empresariais*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.99). Além desses requisitos, deverão ser cumpridos os requisitos especiais previstos em lei para obter autorização para funcionar. Assim, tais requisitos gerais poderão ser alterados (arts. 1.123 e 1.130, do CC). Entretanto, sem que haja previsão legal, o Poder Executivo Federal não pode modificar as exigências estabelecidas em lei (a exemplo das acima citadas, como provenientes da Lei nº 6.404/76), já que lei só se altera por lei de igual ou superior hierarquia.

Lembrando o **art. 1.099 do Código Civil**, o qual afirma que a “sociedade anônima”⁵⁴ rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe nos casos omissos, as disposições do Código Civil, Américo Luís Martins da Silva⁵⁵ cita, quanto ao **projeto** e quanto ao **prospecto**, o disposto, respectivamente, nos **arts. 83 e 84, da Lei 6.404/76**:

Art. 83. O projeto de estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e conterà as normas pelas quais se regerá a companhia.

Art. 84. O prospecto deverá mencionar, com precisão e clareza, as bases da companhia e os motivos que justifiquem a expectativa de bom êxito do empreendimento, e em especial:

I - o valor do capital social a ser subscrito, o modo de sua realização e a existência ou não de autorização para aumento futuro;

II - a parte do capital a ser formada com bens, a discriminação desses bens e o valor a eles atribuídos pelos fundadores;

III - o número, as espécies e classes de ações em que se dividirá o capital; o valor nominal das ações, e o preço da emissão das ações;

IV - a importância da entrada a ser realizada no ato da subscrição;

V - as obrigações assumidas pelos fundadores, os contratos assinados no interesse da futura companhia e as quantias já despendidas e por despende;

VI - as vantagens particulares, a que terão direito os fundadores ou terceiros, e o dispositivo do projeto do estatuto que as regula;

VII - a autorização governamental para constituir-se a companhia, se necessária;

VIII - as datas de início e término da subscrição e as instituições autorizadas a receber as entradas;

IX - a solução prevista para o caso de excesso de subscrição;

⁵⁴ É necessário frisar que as disposições especiais atingem não só as sociedades anônimas, mas todas as demais tratadas nas leis especiais, a exemplo das contidas na lei das sociedades por ações (Lei nº 6.404/74) que trata, dentre outras formas societárias, das sociedades por ações.

⁵⁵ Obra citada, pp. 117 e 119.

X - o prazo dentro do qual deverá realizar-se a assembléia de constituição da companhia, ou a preliminar para avaliação dos bens, se for o caso;

XI - o nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos fundadores, ou, se pessoa jurídica, a firma ou denominação, nacionalidade e sede, bem como o número e espécie de ações que cada um houver subscrito,

XII - a instituição financeira intermediária do lançamento, em cujo poder ficarão depositados os originais do prospecto e do projeto de estatuto, com os documentos a que fizerem menção, para exame de qualquer interessado.

O objetivo de todos os citados instrumentos (como de resto deveria ser o objetivo de qualquer contrato ou estatuto social) é o de assegurar transparência aos atos de formação da sociedade, aos seus objetivos e à estruturação social.

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.133. Dependem de aprovação as modificações do contrato ou do estatuto de sociedade sujeita a autorização do Poder Executivo, salvo se decorrerem de aumento do capital social, em virtude de utilização de reservas ou reavaliação do ativo.

Por se tratarem de sociedades dependentes de autorização (Cap. XI – “Da sociedade dependente de autorização”)⁵⁶, qualquer modificação que seja pretendida na sua estrutura ou na sua forma de atuação também dependerá de autorização. Evidentemente, a submissão da alteração à aprovação

⁵⁶ As quais constituem uma “exceção” aos princípios da livre iniciativa e do livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, da CF).

do Poder Executivo é realizada para que possa ser efetivo o controle do interesse público, sobre as questões estratégicas ou de segurança que levaram esta sociedade a depender de autorização do Poder Executivo para seu funcionamento.

O disposto neste artigo difere do contido no **art. 1.139 do CC**, o qual aponta a necessidade de autorização para a realização de toda e qualquer modificação, sem exceção alguma.

Tendo em conta que ambas as sociedades (nacionais e estrangeiras)⁵⁷ dependem de autorização do Poder Executivo para exercer suas atividades, à vista do interesse nacional, o presente estudo não vislumbrou um critério razoável (do ponto de vista da “igualdade” constitucional) que pudesse sugerir uma razão jurídica para tal distinção.

Só excepciona esta regra (no que se refere às sociedades nacionais)⁵⁸ o aumento do capital social, decorrente da utilização de suas reservas ou da reavaliação de seus ativos (ou seja, de uma nova destinação dada ao “patrimônio” já existente na própria empresa), justamente porque este patrimônio já pertence ao “capital disponível” da empresa.

Ao tratar da sociedade empresarial personificada anônima⁵⁹, quando dispôs sobre a “capitalização de lucros e reservas” (item 8.4.3.1.4), Américo Luís Martins da SILVA afirmou:

⁵⁷ Observe: Como regra, a sociedade nacional pode livremente ser exercida. Excepcionalmente, por questões de interesse nacional, irá depender de autorização para funcionar. Já as sociedades estrangeiras, qualquer que seja seu objeto social, sempre dependerá de autorização do Poder Executivo para funcionar, independente do objeto que venha desenvolver (mesmo quando, por exemplo, vá desenvolver qualquer atividade que, se desenvolvida por sociedade nacional, independeria de autorização do Poder Executivo). No ponto em análise, o gravame recai sobre a sociedade “dependente de autorização”, por questões de interesse nacional. Logo, incidente o interesse nacional, por que distinguir o tratamento havido para a sociedade nacional e à sociedade estrangeira? Até o momento, o presente estudo não aferiu qualquer razoabilidade, com amparo constitucional, para o tratamento diferenciado ora apontado (proveniente do condito nos arts. 1.133 e 1.139, do CC).

⁵⁸ Já para as sociedades estrangeiras, esta exceção não existe, de acordo com o art. 1.139, do CC.

⁵⁹ Cite-se que toda a sociedade anônima é empresarial e personificada (parágrafo único do art. 982, do CC).

O *aumento de capital social* pode ainda ser feito pela *incorporação* ou *capitalização de lucros e reservas*. Essa forma de *aumento de capital social* realiza-se, pura e simplesmente, pela operação de contabilidade, pela qual se transfere do “lucro líquido do exercício” (remanescente do lucro líquido efetivamente verificado no exercício social que se finda) e da “reserva” (lucro não distribuído nos exercícios anteriores) para a sua conta *reserva de capital (capital surplus)*.

...

Ainda a respeito da *capitalização de lucros e reservas*, CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO esclarece que, neste caso, não há, pois, um acréscimo no patrimônio da sociedade, pois dele já era parte componente. Tal medida torna, porém, a sociedade mais sólida, pois impede que as reservas sejam distribuídas em dinheiro entre os acionistas.⁶⁰

Antes de dar continuidade ao tema, é necessário fazer uma anotação: Todo o estudo que envolve sociedade por ações mereceria uma visão técnica, de um profissional mais qualificado no tema (e não é o caso do autor destas anotações). Porém, mesmo sem o conhecimento técnico necessário, observando o disposto no art. 169 da Lei nº 6.404/76, citada pelo próprio Américo Luís Martins da Silva⁶¹, é possível anotar que o aumento, mesmo quando proveniente da capitalização de lucros ou de “reservas” irá provocar alteração no valor das ações (ou no número destas). Se houver a alteração no valor das ações (ou na quantidade destas ações), ao que se imagina, o capital anteriormente disponível da empresa deixaria de estar disponibilizado. Assim, estas ações, eventualmente, poderiam perder uma garantia (ou parte do seu lastro). Se o interesse nacional move a concessão da autorização para funcionamento, em princípio, toda e qualquer conduta que teoricamente pudesse

⁶⁰ *Sociedades empresariais*. Vol. II. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169. Américo Luís Martins da SILVA dedica o Capítulo IX desta sua volumosa obra para tratar da “sociedade empresarial dependente de autorização”, o que faz em quatro itens: 9.1. Regras gerais sobre sociedades dependentes de autorização do Poder Executivo. 9.2. Autorização de sociedade nacional. 9.3. Autorização de sociedade estrangeira. 9.4. Alienação do controle.

⁶¹ *Sociedades empresariais*. Vol. II. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169.

afetar o patrimônio da empresa (ou a garantia de suas ações), deveria, ao que se imagina, depender de análise do Poder Executivo. Se esse raciocínio, dado de forma atrevida (porque desprovida de suficiente conhecimento técnico), tiver amparo, qual seria a razão, por exemplo, para justificar a distinção de tratamento dado às sociedades nacionais e estrangeiras, pelos arts. 1.133 e 1.139 do CC (sabendo que a exigência de autorização para funcionar, de parte de uma sociedade nacional, só ocorreria diante de um interesse nacional intenso, ou seja, qualificado)?

CÓDIGO CIVIL

PARTE ESPECIAL

LIVRO II **DO DIREITO DE EMPRESA**

TÍTULO II **DA SOCIEDADE**

CAPÍTULO XI **Da Sociedade Dependente de Autorização**

SEÇÃO III **Da sociedade estrangeira**

CÓDIGO CIVIL

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,

ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.

§ 1º 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.

A sociedade que não apresentar os requisitos definidores da sociedade nacional (art. 1.126, do CC)⁶² é estrangeira.

⁶² A sociedade é nacional quando satisfaz, conjuntamente, dois requisitos: (i) for organizada de conformidade com a lei brasileira e (ii) tiver no País a sede de sua administração (art. 1.126, do CC). Ausentes um ou dois dos citados requisitos, a sociedade deve ser considerada como estrangeira.

A sociedade estrangeira depende de autorização do Poder Executivo para funcionar no País, qualquer que seja o seu objeto de atuação. Evidentemente, com autorização do Poder Executivo, pode funcionar no País (independente do que venha a desenvolver, desde que para tanto tenha recebido a autorização para funcionar).

Como regra, as sociedades estrangeiras podem ser acionistas de sociedade anônima brasileira.⁶³ Mas, há casos em que a Lei brasileira não admite a participação de sócios ou acionistas estrangeiros (parágrafo único do art. 1.126, CC).

Os requisitos contidos no § 1º deste artigo, ao que se percebe, são mais voltados à tentativa de resguardar o interesse nacional da segurança econômica e a atenção às normas pátrias. Porém, com o conhecimento do inteiro teor do contrato ou do estatuto (**inc. II**) é possível (*e necessário*) que se façam, também, exigências para que esta sociedade estrangeira venha funcionar no País (*como, teoricamente, de qualquer sociedade Nacional*), voltando suas atitudes, não somente para o desenvolvimento econômico, mas, também, para a devida (*e cobrada, como deveria ser*) atuação social e ambiental, em respeito às condições humanas das pessoas envolvidas no processo de produção⁶⁴. Essas exigências, no mínimo, são convenientes à defesa do interesse nacional (**art. 1.135, do CC**). Portanto, é um “poder-dever” do Executivo exigir que se cumpram as planejadas interferências nas condições humanas e na ordem social e ambiental, já que sobre o interesse Nacional (cogente) não tem o Poder Executivo qualquer disposição.⁶⁵ A

⁶³ O *caput* do art. 1.134, foi taxativo ao afirmar “... sociedade anônima...”. Mesmo neste artigo, para o presente estudo, ao invés da expressão “sociedade anônima”, melhor seria constar “... sociedade por ações”, pelas razões explicadas nas anotações ao art. 1.128, do CC (o presente estudo não consegue vislumbrar questões lógicas para a distinção). É oportuno citar que, tanto nas “sociedades anônimas” quanto nas “sociedades em comandita por ações”, o estrangeiro tem a possibilidade de participar como acionista (por força do *caput* do art. 1.134).

⁶⁴ Possibilitando, desta forma, atingir os princípios constitucionais da ordem econômica (essa abrangência, tida como esperada pela Constituição Federal, da atuação das sociedades – pessoas jurídicas de direito privado – nacionais ou estrangeiras, que venham a funcionar no País).

⁶⁵ Rapidamente, neste sentido, poderiam ser vistas as anotações já feitas ao art. 1.125, do CC.

“conveniência”, neste caso, é quanto a análise (*havendo mais de uma hipótese a ser acolhida ou submetida à escolha*) das exigências que o Poder Executivo vai fazer ao ver se autoriza a atuação da sociedade estrangeira nos pretendidos campos econômicos, sociais e ambientais (*cuja atuação, pelo imperativo interesse Nacional, terá que ser exigida*).

Sobre os requisitos de autorização, vale destacar o contido no **inc. III do § 1º**. Atualmente, quanto aos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, sempre vai ser exigível dos mesmos, o valor da participação de cada um no capital da sociedade porque, como visto, o atual art. 20 da Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), só admite ações nominativas (não há mais ações ao portador ou endossáveis)⁶⁶.

Quanto ao contido no **inc. IV do § 1º**, no que se refere ao capital destinado às operações no território nacional, o montante autorizado deve ser depositado em estabelecimento bancário oficial (§ 1º do art. 1.136, do CC) podendo, diante de uma retirada indevida, ser cassada a autorização para funcionar (cf.: arts. 1.129 e 1.139, do CC). Isso porque o depósito se constitui numa das “condições” para a autorização (art. 1.136, do CC).

No que se refere ao contido no **inc. V, do art. 1.134**, a nomeação do representante é exigida tanto neste dispositivo quanto pela norma do **art. 1.138 do CC**.

Por sua vez, o **inc. VI do § 1º deste art. 1.134**, deve ser estudado atentando-se ao disposto no **art. 1.140 do CC**.

Já com relação ao contido no § 2º, certamente, o consulado de que se fala é o brasileiro que deverá possuir

⁶⁶ As ações serão todas nominativas (art. 20 da Lei 6.404/76), embora o valor de cada ação possa ser ou não nominal (arts. 11, 13 e 14 da Lei nº 6.404/76). Se não tiver valor nominal, o valor da participação de cada sócio vai ser aferido de acordo com o preço da emissão das ações fixados, na constituição da companhia, pelos fundadores, e no aumento do capital, pela assembléia-geral ou pelo conselho de administração.

jurisdição no País sede da empresa estrangeira em questão⁶⁷. O consulado é a representação comercial do País no estrangeiro.

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.135. É facultado ao Poder Executivo, para conceder a autorização, estabelecer condições convenientes à defesa dos interesses nacionais.

Parágrafo único. Aceitas as condições, expedirá o Poder Executivo decreto de autorização, do qual constará o montante de capital destinado às operações no País, cabendo à sociedade promover a publicação dos atos referidos no art. 1.131 e no § 1º do art. 1.134.

Prosseguindo com a análise feita nas anotações do artigo anterior, as quais ressaltam o “poder-dever” do Executivo Federal de cobrar a atenção aos interesses econômicos, sociais, humanos e ambientais do País, é necessário reafirmar a extensão da “faculdade” contida no início deste artigo.

A Lei “facultou” ao Poder Executivo Federal estabelecer (novas) exigências, julgadas convenientes⁶⁸, em virtude do interesse nacional. Por ser fruto de um Direito que está lhe sendo assegurado por Lei, desde que não ofenda a Lei e não ingresse em área de competência alheia, o Poder Executivo tem por este dispositivo liberdade (regrada) de ação⁶⁹, ou seja, tem o

⁶⁷ Informações úteis podem ser retiradas do site: www.mre.gov.br (Ministério das Relações Exteriores).

⁶⁸ Essa conveniência tem que guardar sintonia com os valores, com os princípios e com as regras positivas vigentes.

⁶⁹ Dentro das suas limitações, o Poder Executivo, como visto, pode inovar na ordem jurídica, porque tem este direito assegurado por Lei (art. 5º, II e 172 da CF c.c. o art. 1.135 do CC). A vontade do Executivo (como a do Legislativo e do Judiciário) deve ser a expressa pela norma jurídica (por ser este um Estado de Direito etc.), a qual, em síntese, deve revelar o interesse nacional.

poder de estabelecer novas condições como convenientes à defesa dos interesses nacionais. Estabelecidos os interesses nacionais, por lei ou por ato (“decreto”) do Poder Executivo (*o qual, neste caso, fez uso da faculdade que este artigo lhe concede*), cabe ao executivo o dever de cobrar respeito às normas jurídicas postas (sem qualquer poder de liberalidade neste sentido).

A escolha de atuação no País é da sociedade (*estrangeira ou brasileira*), mas a autorização para funcionar passa pela análise de conveniência⁷⁰ feita pelo Povo brasileiro que atua, neste caso, por intermédio do Presidente da República, seguindo critérios previamente estabelecidos por lei (*a exemplo dos diversos planejamentos legais existentes, inclusive no campo das políticas urbanas*) ou por Decreto do Poder Executivo Federal (art. 84, IV, da Constituição Federal).

A atuação “que a sociedade estrangeira se propõe a prestar” e que deverá implicar em uma pretendida (e planejada) intervenção da sociedade estrangeira nos campos econômicos, ambientais, humanos e sociais passa à análise do Poder Executivo Federal que julgará a adequação da(s) proposta(s) aos interesses nacionais (fixados em lei ou em decreto do Poder Executivo)⁷¹.

Se as condições propostas como necessárias à defesa dos interesses nacionais forem aceitas, o Poder Executivo expedirá o decreto de autorização, o qual indicará o montante de capital destinado às operações no País. Valor este que deverá ser devidamente depositado em instituição bancária oficial (**§1º do art. 1.136, do CC**), sem que possa ser “indevidamente” desviado (**arts. 1.129, 1.139 e 1.140, do CC**).

⁷⁰ Aqui, a conveniência está em ver se a “sociedade” é bem vinda ou não ao nosso País. Será bem vinda, se cumprir o ordenamento jurídico Pátrio. Por outro lado, seu funcionamento não será conveniente, se descumprir o ordenamento jurídico brasileiro.

⁷¹ A utilidade que se retira do sistema legal, serviria para amenizar ações como as afirmadas por Gilberto DUPAS: “Transfere-se para as regiões de periferia os fragmentos das cadeias produtivas mais intensos em mão-de-obra e, concomitantemente, aqueles com emanações poluentes ou tóxicas proibidas pelas rígidas regulamentações ambientais dos países centrais.” (*Economia global e exclusão social. Pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra S.A., 2001, p. 176). Por isso, e com o sentido de se evitar o agravamento das distorções sociais e regionais, parafraseando este autor, o Estado tem que ser firme e forte para defender os interesses do seu povo.

Com o decreto de autorização, a sociedade deverá publicar os atos mencionados no **art. 1.128** (atendendo ao contido no **art. 1.129**, se for o caso), no **§ 1º do art. 1.134** e no **§ 1º do art. 1.136**, todos, do CC (art. 1.135, CC). As publicações devem ocorrer no órgão oficial da União e do Estado (**art. 1.131 e 1.140, do CC**), conforme ditado pelo **§ 3º do art. 1.136**, cumprindo as demais disposições legais (ex.: art. 1.136, do CC)⁷².

O atendimento aos interesses nacionais é visto não somente por ocasião da concessão da autorização para funcionar, mas, também, durante todo o tempo de atividade, no País, da sociedade estrangeira ou nacional (dependente de autorização), sob pena de ser cassada a autorização. Este é um comando normativo que pode ser extraído, também, do **art. 1.125, do CC**.

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.136. A sociedade autorizada não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que se deva estabelecer.

§ 1º 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.

§ 2º Arquivados esses documentos, a inscrição será feita por termo em livro especial para as sociedades estrangeiras, com número de ordem contínuo para todas as sociedades inscritas; no termo constarão:

⁷² Todos os artigos citados são do Código Civil.

I - nome, objeto, duração e sede da sociedade no estrangeiro;

II - lugar da sucursal, filial ou agência, no País;

III - data e número do decreto de autorização;

IV - capital destinado às operações no País;

V - individuação do seu representante permanente.

§ 3º Inscrita a sociedade, promover-se-á a publicação determinada no parágrafo único do art. 1.131.

A inscrição da sociedade estrangeira, como a inscrição de qualquer sociedade personalizada, lhe assegura capacidade de direitos e obrigações na ordem jurídica, como atributo próprio da personalidade jurídica então adquirida (arts. 45 e 985, do CC).

Assim sendo, não se admite a atuação, no País, de sociedade estrangeira sem personalidade jurídica⁷³.

O local de inscrição da sociedade estrangeira é o da sede (**arts. 45 e 1.150, do CC**) de onde a sociedade deva se estabelecer.

A norma do **§ 1º do art. 1.136**, estabelece um dos procedimentos para se efetuar o requerimento de inscrição da sociedade estrangeira dependente de autorização. Deve ser estudado em conjunto com o disposto no **parágrafo único do art. 1.135, do CC**. Sendo assim:

⁷³ É sabido que existem sociedades nacionais sem personalidade jurídica, como a “sociedade em comum” (arts. 986-990, do CC) e a “sociedade em conta de participação” (arts. 991-996, do CC). Porém, as sociedades nacionais que dependam de autorização do Poder Executivo Federal para funcionarem, como as sociedades estrangeiras, terão que ter personalidade jurídica (cf.: arts. 1.128, 1.132, 1.134, § 1º, I e II e 1.136, do CC).

(i) Para requerer a autorização de funcionamento a sociedade estrangeira apresentará um requerimento contendo os itens dispostos no **§ 1º do art. 1.134, do CC**, bem como as exigências do **art. 1.128 e 1.129, do CC**.

(ii) Diante do requerimento apresentado, o Poder Executivo estabelecerá as condições convenientes à defesa do interesse nacional (se já não estiverem fixadas de forma suficiente) ou verificará se as condições estabelecidas estão sendo cumpridas (**arts. 1.125, 1.133, 1.135, 1.139 e 1.140, do CC**).

(iii) Expedido o decreto de autorização, pelo Poder Executivo Federal, a sociedade tem **30 (trinta) dias** para fazer a juntada dos documentos necessários (*previstos nos arts. 1.128, 1.129, § 1º do art. 1.134, § 1º do art. 1.136, conforme exigência do art. 1.135, todos, do CC*) e publicá-la no órgão oficial da União e do Estado (diário oficial da União e do Estado), juntamente, se houver exigência legal ou do Poder Executivo, com as publicações do balanço patrimonial e a de resultado econômico, bem como os atos de administração (de conformidade com o **art. 1.140 e parágrafo único do CC**).

(iv) A contar da publicação no órgão oficial da União e no órgão oficial do Estado, a sociedade passa a ter **novos 30 (trinta) dias** para providenciar a inscrição da sociedade no registro próprio (**art. 985, do CC**), adquirindo personalidade jurídica⁷⁴ (**parágrafo único do art. 1.131, do CC**). Essa inscrição será feita por temo em livro especial para as sociedades estrangeiras, conforme descrito no **§ 2º do art. 1.136 do CC**.

(v) Publicada a inscrição no registro próprio, a sociedade passa a ter **mais 30 (trinta) dias** para publicar a

⁷⁴ Adquirir personalidade jurídica é tornar-se, formalmente, capaz de adquirir direitos ou contrair obrigações na órbita jurídica. Porém, no caso das sociedades dependentes de autorização, esta capacidade não depende unicamente da aquisição da personalidade jurídica. É, ainda, necessário que, seguindo a aquisição de personalidade jurídica, ocorra a publicação do ato concessivo da personalidade jurídica no órgão oficial da União e no órgão oficial do Estado, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data do registro de que trata o art. 985, do CC.

inscrição no registro próprio, também, no órgão oficial da União e do Estado, constituindo, esta, a formalidade final para assegurar a possibilidade de início das atividades autorizadas a funcionar (§ **3º do art. 1.136, do CC**).

Finalmente, se não houver outro prazo estipulado em lei ou em ato do Executivo, a autorização será considerada caduca (perderá o efeito) se a sociedade não entrar em funcionamento nos 12 (doze) meses seguintes a esta última publicação (**art. 1.124, do CC**).

Quanto ao banco oficial, na esfera federal, em princípio, tem-se o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal. Frise-se, todavia, que a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) autoriza a guarda (a custódia) de ações por vários bancos, públicos e privados.

Já a norma contida no § **2º do art. 1.136 do CC** destina-se aos serviços de arquivo (**arts. 45 e 1.150, do CC**), os quais farão a inscrição, no livro próprio, contendo, como requisitos mínimos, os ali indicados. Obviamente, quem leva tais indicações para registro é a sociedade interessada, tudo em conformidade com a autorização conseguida (sob pena de cassação desta: **arts. 1.125, 1.129, 1.139 e 1.140, do CC**).

Como o § **3º** do artigo em estudo faz menção às publicações contidas no parágrafo único do art. 1.131, do CC, é igualmente possível afirmar que a autorização para funcionar não fica na dependência da aquisição da personalidade jurídica da sociedade estrangeira. Depende da formalização, após a aquisição da personalidade jurídica, da publicação da inscrição nos órgãos oficiais da União e do Estado (§ **3º do art. 1.136 c.c. o art. 1.140 do CC**). Antes desta publicação, a formalidade aquisitiva do direito de funcionar não se completa (**art. 104, III, primeira parte e 107, do CC**).

As normas deste artigo foram dispostas para efetivar o controle dos interesses nacionais, de ordem pública, sobre as empresas estrangeiras.

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.

Parágrafo único. A sociedade estrangeira funcionará no território nacional com o nome que tiver em seu país de origem, podendo acrescentar as palavras "do Brasil" ou "para o Brasil".

Faz parte da soberania nacional (**art. 1º, I, da Constituição Federal**), o controle da ordem jurídica nacional. O controle final desta ordem jurídica se dá, normalmente, por meio do Poder Judiciário (**art. 5º, XXXV, da CF**), ao qual sempre será possível levar à apreciação eventual ocorrência de lesão ou ameaça a direito (mesmo que em última análise, no caso, por exemplo, de uma questionada decisão arbitral).

As sociedades, no trato de suas próprias relações societárias, ou no que se refere a relação destas com terceiros, ao tratar de interesses patrimoniais disponíveis, poderão fazê-lo conforme determinam seus estatutos, incluindo a utilização da arbitragem⁷⁵. Isso tudo porque as leis nacionais permitem.

Observe: Quanto aos atos e operações praticadas no País, aplicam-se as leis brasileiras. Com a autorização das leis

⁷⁵ O que se afirma pode ser conferido, por exemplo, da leitura dos arts. 5º, 6º e 34 ss., da Lei nº 9.307/96.

brasileiras, e por esta razão (*desde que haja a permissão das leis brasileiras*), pode haver a atuação de organismos internacionais para a solução de conflitos ocorridos de atos ou operações, originárias, no País⁷⁶. Solução só possível, diante da permissão da lei brasileira que, em última análise, tem a condição jurídica de analisar o critério de eleição da arbitragem ou, ainda, se a decisão arbitral seguiu o modelo eleito para validar a arbitragem.

Quanto ao nome, a sociedade estrangeira atuará no Brasil com o nome que tiver em seu país de origem, possuindo a faculdade (ou seja, podendo, a seu critério) de acrescentar ao seu nome de origem as expressões “do Brasil” ou “para o Brasil”. Estas expressões, embora não sejam obrigatórias, quando existentes, indicam a presença de “sociedade estrangeira autorizada a funcionar no País”. Trata-se de uma faculdade concedida à empresa estrangeira, que pode utilizá-la ou não conforme sua conveniência (certamente, será apreciada do ponto de vista oferta ou apresentação da sua imagem junto ao público nacional).

Relacionando-se ao *caput* deste artigo, tem-se, também, a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42: arts. 7º, 8º, 9º, 11 e 12) e o art. 88 do Código de Processo Civil. Marcelo Fortes BARBOSA FILHO lembra, ainda, os arts. 67-68 do Decreto-Lei nº 2.627/40 (que dispõe sobre as sociedades por ações)⁷⁷.

⁷⁶ Como um contrato celebrado aqui no País e que submete as dúvidas ou os litígios à solução de determinado organismo internacional de arbitragem.

⁷⁷ (*Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência*. Coordenador Ministro Cezar PELUSO. Barueri – SP: Manoele, 2007, p. 941). Vale lembrar que a única parte não revogada deste decreto, pelo art. 300 da Lei nº 6.404/76, é a “DA SOCIEDADE ANÔNIMA OU COMPANHIA CUJO FUNCIONAMENTO DEPENDE DE AUTORIZAÇÃO DO GOVERNO, SOCIEDADES ANÔNIMAS OU COMPANHIAS NACIONAIS E ESTRANGEIRAS” (arts. 59-73).

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.138. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade.

Parágrafo único. O representante somente pode agir perante terceiros depois de arquivado e averbado o instrumento de sua nomeação.

Para as sociedades em geral, normalmente, os administradores das sociedades atuantes no País são identificados, ou por meio dos próprios atos constitutivos da sociedade ou por intermédio de instrumento em separado averbado à margem do instrumento de inscrição da sociedade, conforme assegurado pelas normas dos arts. 997, VI e parágrafo único e do 1.012, do CC.

Em se tratando de sociedades estrangeiras, as quais são sempre dependentes de autorização para funcionarem no País, esta indicação constará, primeiro, do próprio requerimento de autorização (**art. 1.134, § 1º, V, do CC**) e, posteriormente, do termo de inscrição da sociedade (**art. 1.136, § 2º, V, do CC**). Não importa quem seja, nem é exigido que continue o mesmo, mas, sempre, a indicação deverá ser levada à análise e aprovação da autoridade competente do Poder Executivo Federal (**art. 1.139, do CC**).

Essa conduta permite a identificação do administrador e o seu chamamento para as responsabilidades sociais, inclusive processuais, nos termos do **art.12 do Código de Processo Civil**.

O arquivamento e a averbação do instrumento de nomeação do administrador: (i) São vinculados ao Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, em se tratando de sociedades empresárias (com fins econômicos). (ii) São vinculados ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, em se tratando de sociedades simples (**art. 1.150, do CC**).

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.139. Qualquer modificação no contrato ou no estatuto dependerá da aprovação do Poder Executivo, para produzir efeitos no território nacional.

O acompanhamento dos atos societários por parte do Poder Executivo serve para assegurar o efetivo exercício do controle dos interesses nacionais (**art. 1.135, CC**), como ocorre nas demais sociedades dependentes de autorização (**art. 1.125 do CC**). Esse controle, aliás, também deveria ocorrer com todas as outras sociedades, a título de cobrar a observação da adequação das alterações ao interesse público que, em se tratando de ordem econômica e financeira⁷⁸, se manifesta como sendo de natureza econômica, humana, social e ambiental.

Significa dizer: Mesmo que tais modificações tenham ocorrido no exterior, as mesmas só produzirão efeitos no Brasil depois que forem autorizadas pelo Poder Executivo Federal. Se as mesmas não receberem autorização do Poder concedente, e já tiverem sido consolidadas no exterior, deverá ser cassada a autorização dada para o funcionamento da sociedade no País. Todas essas situações, sempre, levando em conta os interesses nacionais, os quais devem ser reafirmados e

⁷⁸ Título VII da Constituição Federal.

perseguidos para terem chances reais de serem efetivados (concretizados).

Quanto às hipóteses de exceções citadas pelo **art. 1.133, do CC**, conforme visto nas anotações feitas a este artigo, as mesmas, aparentemente, não se justificam. Faltaria, na compreensão limitada deste estudo, uma razoabilidade para, no caso apontado, afastar o controle da análise do Poder Executivo sobre as sociedades nacionais (quanto a incidência do interesse nacional ou da análise das questões de ordem pública que, porventura, a hipótese pudesse vir a provoca).

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.140. A sociedade estrangeira deve, sob pena de lhe ser cassada a autorização, reproduzir no órgão oficial da União, e do Estado, se for o caso, as publicações que, segundo a sua lei nacional, seja obrigada a fazer relativamente ao balanço patrimonial e ao de resultado econômico, bem como aos atos de sua administração.

Parágrafo único. Sob pena, também, de lhe ser cassada a autorização, a sociedade estrangeira deverá publicar o balanço patrimonial e o de resultado econômico das sucursais, filiais ou agências existentes no País.

O artigo em comento fala das publicações exigidas pela lei nacional da sociedade estrangeira (essa lei, no caso, seria a estrangeira). Publicações, estas, que deveriam ser reproduzidas nos órgãos oficiais da União e do Estado. Se deve publicar as exigências da lei estrangeira nos órgãos oficiais da União e do Estado, parece ser razoável que nestes mesmos órgãos oficiais devam ser publicadas as exigências feitas pelas leis

nacionais (já que a pretensão, em qualquer dos casos, é a de garantir a transparência dos atos das sociedades estrangeiras).

Havendo exigência legal, mesmo que feita pelo Poder Executivo, por força do disposto no **art. 1.135, do CC**, a sociedade estrangeira deve providenciar as publicações que lhe forem sendo exigidas, sob pena, inclusive, de cassação da autorização para funcionamento (**art. 1.125, do CC**).

Neste ponto do Capítulo em apreço, é bom abrir parênteses para alguns esclarecimentos.

Infelizmente, este artigo demonstra a verdadeira tônica da preocupação infraconstitucional, neste campo específico “da sociedade dependente de autorização”. Demonstra uma preocupação predominantemente (quase que absoluta ou exclusiva) com o resultado econômico (incluindo o patrimônio) e administrativo da sociedade em questão (voltados, ao que tudo indica, à solidez econômica).

O que se tem falado sobre a preocupação que se deve ter nas áreas humanas, sociais e ambientais, é o que se entende como o devido para efetivar, concretizar ou dar vida ao desejo constitucional advindo dos princípios fundamentais e dos princípios gerais da atividade econômica, onde este estímulo (econômico) permanece unido ao desenvolvimento do capital humano, ambiental e social, complementando-se um aos outros.

Separar a esfera infraconstitucional da constitucional, limitando o campo desta é, ao ver deste estudo, uma manifestação defeituosa, inclusive do ponto de vista da sua constitucionalidade. Por isso, ao longo de todo este trabalho (da parte da legislação civil⁷⁹), sempre houve o desejo (ou a luta) para se incluir com a preocupação econômica, também a ambiental, a humana e a social. É certo que esta preocupação é fruto de um esforço (*com o ressaltado objetivo de concretizar aquilo que se*

⁷⁹ Que vai dos arts. 1.123 ao 1.141, do Código Civil.

entende como a aspiração constitucional) compreendido como possível, mas forçado. Forçado, neste caso, não com relação ao que “deve ser”⁸⁰, mas, sim, com relação ao que se pode acolher (mais diretamente) como pretensão do legislador infraconstitucional quando da elaboração de todo este Capítulo do Código Civil.

Já é tempo de buscar compreender o Estado, a partir do documento jurídico dedicado à sua Constituição para, assim (e só assim), ser possível concretizá-lo (torná-lo real ou efetiva)⁸¹, diante da ordem jurídica atual, que é justa, humana, solidária, desenvolvimentista e de atuação planejada, com liberdade (regrada), pautada na igualdade “possível”, estabelecida diante do reconhecimento das diferenças existentes, da necessidade de inserção dos indivíduos como um sujeito ativo (inclusive de Direitos) no Estado que foi juridicamente constituído de forma a valorizá-lo (como pessoa ou ser individual, passível de digna inclusão e reconhecimento), inclusive, para participar das decisões públicas referendadas pelo Estado (que deve reconhecer no povo, o único poder do Estado e que, para resguardá-lo, estruturou funções políticas e públicas que não têm conseguido seu intento de sustentar os indivíduos, diante das suas necessidades mais mezinhas)⁸². Isso demonstra o

⁸⁰ Friso: Do ponto de vista, limitado, do que se entende como a adequada orientação constitucional. Se é certo que nem todas as normas (ou comandos) podem ser realizadas de plano, também deve ser correto entender que, sempre que possível, ela deve ser lembrada (perseguida). Se não houver um esforço, sobretudo legislativo, para (sempre que possível) realizar o “amplo” conjunto normativo constitucional (no mínimo em suas esferas de atuações específicas), sobretudo quando não conflitantes, o documento normativo de “constituição do Estado” é desvalorizado (minimizado ou, quem sabe, desprezado). Isso o Estado (Povo e Governo) não deveria permitir. Quando há um amplo predomínio de uma ordem, que pode conviver com outras ordens de mesma hierarquia e natureza, penso que todas estas ordens deveriam ser respeitadas e incorporadas (mesmo que tenham que ser no campo da interpretação e da aplicação da lei válida). É apenas o que se entende como uma busca, mais eficiente e necessariamente integrativa, de realização do Estado.

⁸¹ Como disse Rudolf Von IHERING: “A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.” (*A luta pelo Direito*. Tradução de Pietro NASSETTI. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2005, 27).

⁸² É bom que se afirme: O autor do presente estudo nada tem de especialista em direito público ou em “sociedade por ações”, embora se esforce para lecionar a parte inicial do direito empresarial. Apenas opina como um participante do processo aberto de interpretação (cf.: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira MENDES. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002).

longo caminho que as legislações específicas (que tratam de temas pontuais) terão a percorrer para alcançar o desejo (ou a orientação) aspirado e imposto (ao bem do Povo que o recepcionou) pelo digno legislador constituinte.

Embora várias instituições já cobrem, a lei ainda não é clara ao estabelecer a necessidade de publicar, junto com as publicações correntes (do balanço patrimonial, do resultado econômico de suas atividades, bem como os atos de sua administração) a atualmente já instiga (de forma a valorizar) demonstração do **balanço social** (*balanço das atividades sociais da empresa, para reverter a miséria e as desigualdades sociais*) e do **balanço ambiental** (*o investimento da empresa para garantir a sustentabilidade ambiental de suas atividades e do planeta*). Exigências, estas, que já estão começando a fazer parte das bolsas de valores mundiais. Inclusive a CVM – Comissão de Valores Mobiliários já têm normas neste sentido⁸³. Quem as apresentam ingressa num círculo restrito de empresas de alta qualidade e de reconhecida responsabilidade (infelizmente ainda não cobrada, ao que se sabe, de forma direta, por parte do Legislador, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário).

Fechando os parênteses anteriormente abertos, retoma-se o texto cingindo-se a interpretação às possibilidades conhecidas.

Sempre que a lei lhe exigir alguma publicação específica, quanto ao balanço patrimonial e de resultado econômico, bem como as relativas aos atos de sua administração⁸⁴, a sociedade estrangeira terá que publicar o texto no Diário Oficial da União e do Estado.

⁸³ <http://www.cvm.gov.br/>

⁸⁴ Como algumas das bolsas de valores, mais destacadas, já cobram demonstrações também das atividades empresariais desenvolvidas nas áreas ambientais e sociais, já passou a hora da lei, também de forma específica (para que não haja dúvidas), fazer idêntica cobrança de todas as sociedades (nacionais ou estrangeiras, dependentes ou não de autorização), não só no momento de sua estruturação e planejamento, como especialmente por ocasião da demonstração das suas atividades e dos resultados destas atividades.

Diante da exigência legal, a obrigação deverá ser cumprida. Por isso, se houver exigências (por lei) das demonstrações (do seu planejamento e) dos resultados das atividades das sociedades nas áreas humanas, sociais e ambientais, estes deverão ser feitos no órgão competente (da União e dos Estados). Exigência, esta, que pode ser feita, de forma independente, pelo próprio Poder Executivo Federal (**art. 1.135 do CC**), em decorrência dos citados princípios constitucionais.

Se porventura não for feita uma interpretação extensiva, com finalidade de concretizar as aspirações constitucionais, restritivamente, o presente artigo (**1.140**) já estabelece o dever de realizar a publicação do balanço patrimonial e de resultado econômico, bem como as relativas aos atos de sua administração, no Diário Oficial da União e do Estado. Se estas publicações não ocorrerem, em tempo oportuno, poderá ser cassada a autorização de funcionamento da sociedade estrangeira em questão (**arts. 1.125, 1.129 e 1.139, do CC**).

Diante da análise do cumprimento das obrigações impostas às sociedades estrangeiras, qualquer que seja a decisão por parte do Executivo, a mesma deverá vir fundamentada. A fundamentação permitirá a análise e o controle da legalidade da decisão tomada (mesmo que por via judicial: **art. 5º, XXXV, CF**).

Por isso já se disse que eventual cassação da autorização de funcionamento (conforme visto no **art. 1.125, do CC**), deverá ser realizada mediante processo fundamentado (processo legal, do **art. 5º, LIV, da CF**), dirigido com base nos princípios não só da legalidade, mas também da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência (**art. 37, caput da CF**), firmados diante do contraditório aberto com assegurada ampla defesa (**art. 5º, LV, da CF**).

Por outro prisma, a publicidade destes balanços é exigível para favorecer a transparência das ações das sociedades, garantindo segurança aos investidores nacionais e aos estrangeiros (no plano econômico), bem como à comunidade (em geral) envolvida no processo de produção, de circulação ou de aquisição dos seus produtos e serviços em comentário. Critérios estes que elevam a abrangência do interesse pela vida societária, em respeito à proteção dos aspectos humanos (relação de emprego/desemprego), social (afetação social do início e da paralisação das atividades) e da utilização ou destinação dos recursos ambientais (disponíveis ou postos à disposição durante todo o processo em análise). **Interesses comuns advindos da ciência do resultado global da atividade da empresa. Esse conjunto que aponta ao interesse comum justifica, inclusive, a exigência da demonstração do balanço correspondente ao local da sede da empresa, mesmo que esta seja no exterior** (art. 1.134, § 1º, VI e 1.140, do CC).

Se a sociedade estrangeira tiver sucursais, filiais ou agências no Brasil, cada uma destas deve, da mesma forma e pela mesma razões, publicar os seus resultados patrimonial, econômico e administrativo (e todos os demais exigidos por lei).

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.141. Mediante autorização do Poder Executivo, a sociedade estrangeira admitida a funcionar no País pode nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil.

§ 1º Para o fim previsto neste artigo, deverá a sociedade, por seus representantes, oferecer, com o requerimento, os documentos exigidos no art. 1.134, e ainda a prova da realização do capital, pela forma

declarada no contrato, ou no estatuto, e do ato em que foi deliberada a nacionalização.

§ 2º O Poder Executivo poderá impor as condições que julgar convenientes à defesa dos interesses nacionais.

§ 3º Aceitas as condições pelo representante, proceder-se-á, após a expedição do decreto de autorização, à inscrição da sociedade e publicação do respectivo termo.

A nacionalização das sociedades estrangeiras, obedecendo as normas de ordem pública e de interesse social, deve servir de estímulo ao desenvolvimento econômico, humano, social e ambiental.

Uma vez nacionalizada a sociedade, a mesma passa a ser regida pelas normas nacionais.

Uma vez nacionalizada, os critérios de orientação desta sociedade são os mesmos existentes para o funcionamento das sociedades nacionais dependentes ou não de autorização, conforme o objeto a ser desenvolvido.

Para se nacionalizar, acrescem-se aos documentos exigidos no art. 1.134, do CC, a prova da realização do capital social, tal como declarado no contrato, ou no estatuto, e do ato em que foi deliberada a nacionalização. Isso, para que não haja o risco do capital ser apenas aparente (fictício), causando prejuízo ou riscos à economia e à sociedade que a recebe.

Para as sociedades dependentes de autorização, em qualquer momento das atividades desenvolvidas, sempre o Executivo terá a oportunidade (o dever) de impor as condições que julgar conveniente aos interesses nacionais (art. 1.129, do CC). Exigências, estas, que deveriam ser cobradas de todas as sociedades atuantes no País, sejam ou não nacionais.

O que não se pode é exigir, para cada empresa, ora o cumprimento de uma exigência, ora outra (essa conduta, se despida de qualquer fundamento positivado, violaria o princípio da impessoalidade, da moralidade e mesmo da legalidade).

Ao que se imagina, as condições impostas pelo Poder Executivo devem ocorrer via Decreto (art. 84, IV, da CF).

Nacionalizada a sociedade, as publicações que tratam das sociedades dependentes de autorização para funcionar, deveriam ocorrer da forma como previsto no art. 1.131 do CC. Isso porque as mesmas valem tanto para as sociedades nacionais (tópico onde estão inseridas) como para as estrangeiras (art. 1.135, do CC) que forem nacionalizadas (já que, neste caso, foram nacionalizadas).

SOCIEDADES ESTRANGEIRAS - DECISÕES

Sobre a atuação de sociedades estrangeiras, para demonstrar que discussões sobre as mesmas chegam aos tribunais, em diversas áreas, seguem algumas decisões do **Supremo Tribunal Federal**⁸⁵:

SL 176 / DF - DISTRITO FEDERAL

SUSPENSÃO DE LIMINAR

Relator(a): Min. PRESIDENTE

Julgamento: 20/07/2007

Presidente

Min. ELLEN GRACIE

Publicação

DJ 03/08/2007 PP-00026

...

⁸⁵ Fonte: www.stf.jus.br

Despacho

1. A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92, requer a suspensão da execução da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da Ação Popular nº 2006.34.00.035825-0 (fls. 43-45), que deferiu o pedido de liminar para suspender a licitação para a outorga de concessões de exploração e produção de petróleo e gás natural em blocos com risco operatório, referente à denominada "8ª Rodada de Licitações", que teria início no dia 28 de novembro de 2006, ao entendimento de que poderia haver prejuízo ao patrimônio público, "com o alijamento do certame da principal empresa brasileira cuja atividade é de reconhecido caráter nacional destinado a garantir o abastecimento do País da energia resultante dos derivados de petróleo" (fls. 44-45). Diz a requerente que a Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região indeferiu o pedido de suspensão lá formulado (fls. 108-111) e o Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.045618-3 indeferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo (fls. 168-174). Assevera que a realização da licitação em questão foi aprovada pela Resolução nº 3, de 18.3.2006, do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE. Sustenta, mais, em síntese: a) razoabilidade dos critérios adotados para a 8ª Rodada de Licitações, porquanto, "em Bacias de Elevado Potencial de Descobertas para Gás Natural e Petróleo, a ampliação da regra de restrição de ofertas poderá incentivar um maior comprometimento das empresas para com o investimento em exploração e produção", e, "em Bacias de Novas Fronteiras Tecnológicas e do Conhecimento, a introdução de limitações às ofertas poderá incentivar o investimento em regiões pouco conhecidas geologicamente" (fl. 23), certo que, "em Bacias Maduras, a experiência brasileira recente indica preliminarmente que a restrição permitiu que empresas de menor porte instalem-se no país" (fl. 24), cumprindo-se o objetivo de continuidade das atividades de exploração e produção em áreas onde exercem importante papel sócio-econômico regional; b) existência de constatação, em processo de análise e acompanhamento das sete rodadas anteriores de licitação, de que "a ausência de restrição de ofertas, no caso da Bacia de São Francisco e Solimões, permitiu que uma só empresa de origem Argentina arrematasse 43 blocos, totalizando 113 mil km²" (fl. 25); c) ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, dado que a decisão impugnada "nega a discricionariedade técnica característica das agências reguladoras e desconsidera todo o trabalho técnico realizado" (fl. 30); d) existência de grave lesão à economia pública, consubstanciada na estimativa de "arrecadação total de aproximadamente 12,3 bilhões de reais apenas com a produção de óleo e gás dos blocos ofertados nessa rodada"; e) necessidade de continuidade das atividades exploratórias e de pesquisa que visam à expansão constante do conhecimento geológico das bacias brasileiras, porquanto "dados armazenados no Sistema de Informações Gerenciais de Exploração e Produção (SIGESP) da ANP indicam que, com o consumo médio de 1,8 milhões de barris de petróleo por dia no ano de 2005, as reservas comprovadas no Brasil (11,8 bilhões de barris) seriam esgotadas em 18,0 anos" (fl. 35), e o monopólio de fato da exploração de petróleo pela Petrobras "é um fator economicamente ruim para o país, haja vista que diminui a probabilidade de descoberta de petróleo e gás natural em razão da concentração dos blocos em uma única empresa" (fl. 38). Ademais, "a Petrobras teve sob sua concessão 382 blocos para exploração, sendo que 84 foram integralmente devolvidos e 235 estão sob sua concessão sem ter havido descoberta" (fl. 38); f) existência de perigo na demora, ante o fato de que a suspensão da 8ª Rodada de Licitação impede que se coloque em outros certames os blocos sub judice, o que não permite a exploração de gás natural e

de petróleo. 2. A Presidência do Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao pedido e determinou a remessa dos autos a esta Corte (fls. 518-519). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 525-529). 4. A União requer seu ingresso na presente suspensão na qualidade de assistente litisconsorcial, por integrar o pólo passivo da ação popular em tela e ter interesse jurídico e econômico no presente processo (fls. 533-534). Alega a União que a verdadeira pretensão deduzida na ação popular em questão é a de obter, por via transversa, a exclusividade da execução da política energética nacional pela Petrobras, afastada no julgamento da ADI 3.273/DF, redator p/ o acórdão Ministro Eros Grau, DJ 02.3.2007. Sustenta, ainda, em síntese: a) ocorrência de invasão da competência exclusiva do Poder Executivo federal inserta nos arts. 173, § 4º, e 177, § 1º e § 2º, da Constituição da República, na medida em que a decisão impugnada "estabelece intervenção indevida do Poder Judiciário na administração dos critérios e mecanismos próprios à regulamentação do mercado e da livre concorrência" (fl. 537); b) a referida limitação estabelecida pela ANP visa a "garantir a exploração correta e eficaz dos blocos arrematados, impedindo que uma única empresa arremate parcela considerável dos blocos oferecidos, sem condições de explorá-la com a eficiência devida e o grau de investimento exigido pelo setor" (fl. 538); c) necessidade de prevalência do interesse público, tendo em vista que a ANP analisou minuciosamente o resultado das sete rodadas de licitação anteriores com o objetivo de aperfeiçoar o procedimento licitatório para alcançar melhores resultados nas rodadas seguintes, certo que, em virtude da ampliação das restrições impostas, a 8ª Rodada de Licitações "gerava para a União, quando de sua suspensão, proporcionalmente sete vezes mais receita do que a 7ª Rodada" (fl. 545); d) impossibilidade de repreensão às medidas tomadas pela ANP no sentido de prestigiar os valores eleitos pela Constituição da República, porquanto inseridas no âmbito de sua discricionariedade técnica, conferida pela Lei 9.478/97; e) existência de perigo para a auto-suficiência brasileira na produção de petróleo, porquanto "e) existência de perigo para a auto-suficiência brasileira na produção de petróleo, porquanto "a suspensão judicial da 8ª rodada de licitações gera incertezas no processo e afugenta o capital privado que se deseja para esta atividade de risco". Ademais, estudos técnicos realizados pela ANP indicam que os blocos selecionados para a 8ª Rodada de Licitações "podem apresentar um volume recuperável de gás natural estimado em 90 bilhões de metros cúbicos, além de 130 milhões de barris de óleo leve" (fl. 550), necessários à recomposição das reservas nacionais, bem como para a redução da dependência externa em relação ao suprimento de gás natural; f) necessidade de um sistema regular de leilões de blocos para petróleo e gás natural que permita a reposição das reservas nacionais, "tendo em vista que a colocação em produção de um campo exploratório é processo de longo prazo, podendo transcorrer-se mais de 10 (dez) anos entre a licitação de um bloco e o efetivo início de produção de dada descoberta" (fl. 551). 5. Inicialmente, defiro o pedido de ingresso da União na presente suspensão, ante seu interesse jurídico, dado que a ação popular foi proposta, também, em seu desfavor, consoante se infere da própria petição inicial, em que se requer expressamente a citação da União (fl. 58). 6. Passo a apreciar o presente pedido de suspensão. Reconheço que a controvérsia deduzida na ação popular em apreço evidencia a existência de matéria constitucional, que se depreende das próprias razões da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, verbis: "na atualidade não é mais aceita a existência de permissão para o Administrador criar "atos administrativos discricionários", tendo em vista que está obrigado a respeitar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (fl. 44). Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência

do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. Frise-se, ainda, que a decisão ora impugnada foi mantida pelo Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.045618-3, o que atrai a aplicação do disposto no art. 4º, § 5º, da Lei 8.437/92. 7. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º e § 1º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no processo de ação popular e na ação civil pública, em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. No presente caso, encontra-se devidamente demonstrada a grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porque a decisão em tela impede a efetivação pela Administração de políticas públicas que visam a dar suporte material ao desenvolvimento e crescimento econômico do país, tendo em vista a nossa matriz energética, baseada no petróleo e no gás natural. Nosso país luta há décadas para se tornar independente em relação à produção de petróleo e, principalmente, de gás natural, objeto freqüente de todos os noticiários nacionais. O tempo é implacável com os países que relegam o planejamento estratégico a um plano inferior, certo que estamos a discutir questões relativas a materiais fósseis, que demandam constantes pesquisas, prospecções e altos investimentos. A União, por intermédio de seus órgãos competentes, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP e o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, estabeleceu critérios, que julgou os melhores, para alcançar as metas de produção de petróleo e gás natural necessárias à sustentação do nosso modelo de crescimento a médio e longo prazos, critérios que se encontram, em princípio, dentro de um juízo eminentemente técnico, no qual está a interferir a decisão ora impugnada. **Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o**
Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o investimento. Não se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica. Entendo que a decisão judicial impugnada impõe à Administração, mesmo que indiretamente, a modificação de um modelo de licitação de blocos de exploração e produção de petróleo e gás natural, fruto da experiência obtida

nas rodadas anteriores, o que, em princípio, desvirtua a atuação normativa e reguladora da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP. Também é inegável a ocorrência de grave lesão à economia pública, consubstanciada no fato de que a decisão proferida na ação popular em apreço, ao impedir o prosseguimento dos leilões de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural prejudica a constante necessidade de reposição das reservas nacionais, as quais são fruto de um processo de longo prazo, que chega a durar mais de dez anos entre a realização da licitação de um bloco e o efetivo início da produção de uma bacia que porventura venha a ser descoberta. Assim, os prejuízos à ordem econômica de nosso país dificilmente se reverterão ao final da tramitação desse processo, motivo que, por si só, legitima a suspensão imediata da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. 8. Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão da execução da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da Ação Popular nº 2006.34.00.035825-0. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 20 de julho de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente 1

HC 88749 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 08/08/2006

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJ 02-02-2007 PP-00160 EMENT VOL-02262-05 PP-00887

LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 468-475

...

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVO-FISCAL. PUNIBILIDADE NÃO DESCARTADA. ORDEM DENEGADA. O paciente internou recursos e declarou-os como investimento estrangeiro em sua empresa. O Conselho de Recursos entendeu que o numerário efetivamente integralizou o capital da empresa, mas admitiu que, após a capitalização, o paciente pode ter-lhe dado destinação ilícita. A não configuração de infração às normas cambiais (art. 23, § 3º, da Lei nº 4.131/62), não afasta a tipicidade, em tese, da conduta, em razão da maior amplitude do tipo penal em questão (art. 21, parágrafo único, Lei nº 7.492/86). Assim, o provimento do recurso administrativo, no caso presente, não afastou a possibilidade de a conduta do paciente ser punível. O oferecimento da denúncia não está, portanto, obstado pela jurisprudência desta corte. Ordem denegada.

Decisão

HC 88749 MC / SP - SÃO PAULO
MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 11/05/2006

Publicação

DJ 19/05/2006 PP-00051

...

DECISÃO: Trata-se de pedido de liminar em habeas corpus, para que seja suspensa a ação penal de origem até o julgamento do mérito deste writ. Em síntese, alega-se que o paciente foi denunciado com base em representação do Banco Central do Brasil ao Ministério Público Federal, dando notícia da suposta realização ilegal de operações de câmbio pela empresa do paciente. O paciente veio a ser denunciado pela prática do delito previsto no art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. De acordo com o impetrante, paralelamente ao processo criminal, tramitava o procedimento administrativo da defesa junto ao BACEN. O recurso veio a ser provido pelo Conselho de Recursos, que arquivou a decisão do órgão de primeiro grau que aplicava multa à empresa. Ficou assim decidido (fls. 35 dos autos em apenso): (...) decidem os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por unanimidade, após rejeitar as questões preliminares argüidas (...), dar provimento ao recurso interposto, convolvando em arquivamento a decisão do órgão de primeiro grau no sentido de aplicar à ISII EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. pena de multa pecuniária (...). Ainda estivesse demonstrado de forma cabal que as operações aqui citadas tenham sido contratadas com intuito de permitir a terceiros realizar empréstimos sem pagamento de impostos - empréstimos esses nos quais, vale ressaltar, a parte recorrente sequer é parte -, essa participação configuraria infração de outra espécie, e não transgressão às normas cambiais. No caso, os recursos internados foram utilizados para aumento do capital e o destino dado após a capitalização - compra de títulos de governo estrangeiro -, malgrado eventualmente ilícito, não invalida o fato de que tais quantias constituíam investimento estrangeiro de longo prazo em subsidiária - a recorrente - promovida por coligada do exterior. O impetrante alega que tal decisão teria o condão de tornar atípica sua conduta, motivo pelo qual requer o trancamento da ação penal. Embasa o pleito nos precedentes firmados por esta corte, no sentido da necessidade de esgotamento da via administrativo-fiscal para que se proceda à denúncia por crimes contra a ordem tributária. É o relatório. Decido. Como se lê no trecho em destaque, o Conselho de Recursos não descartou a possibilidade da existência de crime contra a ordem tributária. Apenas considerou que a conduta do paciente não se enquadra no conceito de operação ilegal de câmbio, que foi tipificada no art. 21 da Lei nº 7.492/86. Aparentemente, os fatos narrados pelo Ministério Público Federal na denúncia,

ainda que não se enquadrem no tipo legal indicado, são apenas relativamente atípicos, podendo ser classificados como outro crime. Assim, como a possibilidade de emendatio libelli não foi descartada pela decisão do Conselho Recursal supra transcrita, não vislumbro o necessário fumus boni juris nas alegações. Do exposto, indefiro a liminar. Solicitem-se informações ao Superior Tribunal de Justiça, de preferência com envio de cópia do acórdão proferido no HC 49.667/SP. Após, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 11 de maio de 2006. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator...

Sem a expressa autorização do autor, a reprodução do conteúdo desta página é proibida. Qualquer citação ou referência, total ou parcial, ao conteúdo desta página deve, obrigatoriamente, citar o nome do autor e a fonte, de onde se extraiu o texto (www.rodriques.adv.br)