

COORDENADORIA DO MESTRADO ACADÊMICO E PESQUISA

Equipe:

Professor Mario Gomes Schapiro (coordenador)

Camila Souza Alves

Carolina Dalla Pacce

Sarah Morganna Matos Marinho

Matheus de Barros

Programa de Iniciação Científica da FGV Direito SP

Relatórios de iniciação científica 2011

DIREITO GV – PROGRAMA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

LEANDRO MOREIRA VALENTE BARBAS

**IMIGRAÇÃO DE GESTORES DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO
BRASIL: EXPATRIAÇÃO, PROTEÇÃO À MÃO-DE-OBRA NACIONAL E
DESENVOLVIMENTO**

SÃO PAULO

2010

LEANDRO MOREIRA VALENTE BARBAS

**IMIGRAÇÃO DE GESTORES DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO
BRASIL: EXPATRIAÇÃO, PROTEÇÃO À MÃO-DE-OBRA NACIONAL E
DESENVOLVIMENTO**

Monografia produzida no âmbito do Programa de Iniciação Científica da Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV) da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), sob a orientação da professora Michelle Ratton Sanchez Badin.

SÃO PAULO

2010

Ao meu avô e melhor amigo,
Decio de Mattos Moreira.

AGRADECIMENTOS

Obviamente, à professora-orientadora deste trabalho, Michelle Ratton Sanchez Badin, sem a confiança da qual ele não poderia nem ao menos ter começado a ser produzido, muito menos finalizado. Junto dela, à Fundação Getulio Vargas, que me concedeu a oportunidade de realizar este projeto.

A toda a minha família, por motivos que não preciso citar, e especialmente ao Tobi, que também faz parte dela.

Ao amigo Breno Torquato de Paiva, que inúmeras vezes se deixou incomodar, dedicando seu tempo a me ajudar de forma decisiva na confecção e pensamento do trabalho.

Ao irreverente amigo Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, que era meu supervisor no estágio de férias onde tive a idéia de submeter um projeto ao programa de iniciação científica. Aqui, por todas as contribuições que soube dar a este trabalho, que também foram decisivas para que ele pudesse ser concluído.

Aos professores Silvio Miyazaki, Marta Rodriguez, Aurea Christine e todos os demais que puderam me emprestar um pouco de tempo para discutir as idéias do trabalho, solucionar dúvidas e contribuir, cada qual à sua maneira.

A todos os amigos, em especial a Paulo Eduardo Scheuer, Muriel Waksman e Diego Nabarro, que acompanharam de perto e com interesse a trajetória deste trabalho, do começo ao fim, e a Rodrigo Jacob, que é o maior exemplo de sucesso através da luta e da persistência que já conheci.

E a todos os que foram entrevistados para este trabalho, pela disposição e por dividir comigo o conhecimento sem o qual também jamais seria possível chegar ao fim deste projeto.

RESUMO

A transnacionalização de empresas vem ocorrendo no Brasil há mais de quarenta anos, sendo que a partir dos anos 90 nota-se um esforço estatal de atração do capital estrangeiro para a economia nacional. Uma das repercussões que a transnacionalização tem para uma empresa é a necessidade de expatriar empregados que cuidem da instalação e, posteriormente, da administração da filial. A partir do mesmo período histórico nota-se o surgimento de normas específicas que disciplinam a concessão de vistos especificamente para estrangeiros que venham ao Brasil exercer cargos de gestão nestas empresas. Ao mesmo tempo, a legislação sobre imigração tem como princípio a proteção da mão-de-obra nacional, permitindo apenas o ingresso de mão-de-obra estrangeira quando esta for qualificada e inexistente (ou escassa) no Brasil. O presente trabalho se presta a investigar como ocorre a conciliação entre estas duas coisas aparentemente opostas, em favor do desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: imigração, expatriação de gestores, empresas transnacionais, proteção à mão-de-obra nacional, conselho nacional de imigração.

ABSTRACT

The transnationalization of firms has been occurring in Brazil for over forty years, and since the beginning of the 1990s, there has been a State effort to attract this kind of international investment. When a firm decides to constitute a branch in another country, it must expatriate employees that will take on the duty of constituting, and then managing the enterprise. During that same period of Brazilian history, one can notice the appearance of norms that regulate the concession of specific visas for international managers. However, Brazilian laws concerning immigration only allow foreigners to work at the country when they can offer innovative knowledge unknown or scarce in the country.

This work dedicates itself to investigating if, and in which way the existence of norms on the concession of specific visas for international managers makes one that aspect of the transnationalization process work faster and more efficiently. Also, how that can influence the development of the country. Secondly, it analyses how such norms can peacefully coexist with the aforementioned immigration laws. How come these two apparently opposite things can fit together, and work in favor of national development?

Keywords: immigration, expatriation of managers, transnational firms, protection of the local workforce, national immigration council.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	9
1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Apresentação e Objetivo.....	10
1.2 Relevância e originalidade do tema estudado	12
1.3 Entrevistas	14
2 PANORAMA DO TEMA: HISTÓRICO, LEGISLAÇÃO E DEMAIS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS	16
2.1 Política Nacional de Imigração	16
2.1.1 Exemplos históricos. Tradição brasileira relativa à imigração até 1980.....	18
2.1.2 Tutela jurídica da imigração pós-1980.....	21
2.2 Conselho Nacional de Imigração.....	24
2.3 Consolidação das Leis do Trabalho.....	27
2.4 Lei Federal nº 6.815 (Estatuto do Estrangeiro).....	29
2.4.1 O Projeto de Lei para um novo Estatuto do Estrangeiro.....	31
2.5 Normas do Conselho Nacional de Imigração sobre expatriação de gestores. Conteúdo e contexto de expedição.....	35
2.5.1 Resolução Normativa nº 62 do Conselho Nacional de Imigração	36
2.5.2 Resolução Normativa nº 18 do Conselho Nacional de Imigração	40
2.5.3 Resolução Normativa nº 63 do Conselho Nacional de Imigração.....	44
3 QUESTÕES QUE ENVOLVEM A EXPATRIAÇÃO DE GESTORES	48
3.1 Inserção e função da expatriação de gestores no contexto da transnacionalização de empresas ...	48
3.2 A expatriação da perspectiva do país receptor: a conciliação entre proteção da mão-de-obra nacional e expatriação de gestores.....	54
3.3 A expatriação de gestores como fator facilitador do desenvolvimento	67
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74
APÊNDICES.....	81
ANEXO.....	85

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho;

CNIg – Conselho Nacional de Imigração;

CZPE – Conselho Nacional das Zonas de Processamento de Exportação;

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego;

RN – Resolução Normativa;

ZPE – Zona de Processamento de Exportação

1 INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação e Objetivo

A globalização já não mais pode ser considerada um fenômeno recente. As empresas transnacionais, isso é, aquelas que, sob o mesmo nome ou direção produzem bens ou serviços estando voltadas para mercados de diferentes países, já há muito constituem complexas e interdependentes redes produtivas. Na linha do que coloca Antonio Galvão Peres¹, estas empresas, hoje globais (e não mais apenas transnacionais), por terem sua produção local dependente da atividade de outras filiais localizadas ao redor do mundo, fazem com que o estabelecimento empresarial não mais possa ser considerado de forma isolada. Este fenômeno dá nome à já conhecida Divisão Internacional do Trabalho (DIT)², e, ainda na linha do supracitado autor, incita a circulação de trabalhadores pelo mundo. Por exemplo, uma montadora alemã que tem filial no Brasil muito provavelmente precisará, em algum momento, enviar para este segundo país algum empregado seu, para que este exerça determinada função dentro da estrutura empresarial.

O foco do presente trabalho está no lado jurídico da migração de funcionários em cargos de alta gestão que a transnacionalização de empresas impulsiona - a chamada expatriação de gestores em geral. No Brasil, a entrada de estrangeiros no país com o fim de trabalho está atrelada à observância de políticas nacionais que visam, entre outros aspectos, a proteção da mão-de-obra nacional. Assim, só determinadas situações permitem que o estrangeiro receba autorização para ingresso e trabalho em território brasileiro. Isso faz com que a definição de quais são tais situações, os termos em que a

¹ PERES, Antonio Galvão. **Contrato Internacional de Trabalho**: Acesso à Justiça, Conflitos de Jurisdição e Outras Questões Processuais. São Paulo: Elsevier, 2009. p.5

² A Divisão Internacional do Trabalho (DIT) consiste, grosso modo, no desmembramento da linha de produção voltada para o consumo, tendo o objeto de comercialização da empresa seus componentes advindos de diversas partes do mundo, com o objetivo de reduzir custos. Paul Singer define-a como uma divisão segundo a qual países que não contem com determinado nível de desenvolvimento (os ditos países "subdesenvolvidos") acabam se tornando exportadores de produtos primários (matérias-primas e alimentos) para os países desenvolvidos, que, por sua vez, exportam produtos manufaturados e industrializados. Cf. SINGER, Paul. **Divisão Internacional do Trabalho e Empresas Multinacionais**. In: Caderno CEBRAP 28: Multinacionais: Internacionalização e Crise. São Paulo: CEBRAP, 1976. P. 51.

entrada no país, o trabalho, e também a manutenção do estrangeiro nele se dará em cada uma delas adquira suma importância.

O objetivo deste trabalho, propriamente dito, é analisar, por um lado, as relações entre a transnacionalização de empresas, a expatriação de gestores e a determinação de situações em que é legalmente admissível a entrada deste grupo específico de estrangeiros no país. E por outro lado, como o interesse e a necessidade nacional em atrair fluxos de capital estrangeiro (investimentos estrangeiros diretos) para o país também acaba por implicar na criação de normas que especificamente autorizem a expatriação.

Nesta linha, cabe ressaltar que a questão bem se aproxima do debate sobre a relação entre Direito e Desenvolvimento³. Isso porque a estratégia de crescimento e desenvolvimento do Brasil, principalmente a partir dos anos 90, prevê determinada participação e dependência de investimentos estrangeiros diretos na economia⁴, de forma tal que estes se tornam indispensáveis para o crescimento do país. Também partindo-se de pressuposto consideravelmente afirmado na literatura estrangeira, segundo o qual a imigração de trabalhadores em geral facilita e impulsiona relações econômicas entre países (cf. Konecny, 2009; Gould, 1993), inclusive no que se refere a investimentos estrangeiros diretos (cf. Dolman, 2007), busca-se entender e analisar, no caso brasileiro, a existência de uma relação entre fluxo de capital estrangeiro (investimentos estrangeiros diretos), imigração e surgimento de normas relativas à expatriação de gestores no Brasil.

³ Neste ponto cabe ressaltar, porém, que o presente trabalho é apenas inspirado pelo debate que envolve a relação entre Direito e Desenvolvimento. Não objetiva propiciar uma análise do tema da perspectiva de qualquer doutrina ligada à área. Apenas entende-se que a análise aqui proposta pode contribuir em algo para o referido debate, mesmo que realizar tal contribuição não seja uma de suas grandes metas.

⁴ Tal dependência está ligada ao déficit de poupança interno comum aos países em desenvolvimento, que implica em escassez de crédito para financiamento de atividades econômicas. Uma das saídas para promover o crescimento econômico acaba sendo, então, abertura econômica para a captação de poupança externa, que vem para o país na forma de investimentos estrangeiros diretos. Certamente a questão é mais complexa do que isso. Para uma explicação e análise mais detalhada, cf. NAKANO, Yoshiaki; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Crescimento econômico com poupança externa?** Revista de Economia Política, vol. 23, n° 2 (90), abril-junho/2003. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/90-1.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2010.

No caso da economia brasileira, as empresas transnacionais desempenham papel relevante. Segundo dados⁵ do Banco Central do Brasil, o país recebeu, só em 2008, cerca de US\$44 bilhões em investimentos estrangeiros diretos. Indiscutível, assim, o peso destas empresas na economia interna do Brasil (movimentaram sozinhas, naquele ano, aproximadamente 2.5% do PIB nacional⁶).

O papel fundamental deste capital estrangeiro na economia nacional favorece a criação de determinados tipos de regulamentação quanto ao aspecto migratório a ele relacionado (no que se refere a gestores)? Então, busca-se estudar esta questão com foco em uma das conseqüências dessa relação de dependência, quais sejam as normas relativas à entrada e permanência de gestores em geral de empresas transnacionais.

É imprescindível ressaltar que o que se busca com a pesquisa não é o estudo da força política (“lobby”) das transnacionais, mas sim, como já dito, investigar a existência de relações entre a relevância econômico-social das empresas transnacionais no Brasil (bem como o capital que elas representam) e a regulamentação sobre entrada de estrangeiros (especificamente os que são chamados para ocupar cargos de chefia nestas empresas) no país. Buscar-se-á entender se, e como, estas empresas são capazes de afetar a criação de normas relativas à imigração simplesmente por serem agentes fundamentais na economia nacional. São as empresas transnacionais capazes de determinar a criação destas normas específicas simplesmente porque há situações em que não suprir determinadas necessidades destas empresas causaria, em última análise, reflexo negativo na economia?

1.2 Relevância e originalidade do tema estudado

⁵ Cf. BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Investimento Estrangeiro Direto: Distribuição por país de origem dos recursos a partir de 2007.** Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/rex/IED/Port/Ingressos/planilhas/DivulgacaoPaíses07.xls>>. Acesso em: 13 maio 2010.

⁶ Dados relativos ao PIB retirados de IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Em 2008, PIB cresceu 5,1% e chegou a R\$ 2,9 trilhões. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1330&id_pagina=1>. Acesso em: 09 jun. 2010.

Nota-se que no Brasil praticamente não há doutrina a respeito de Direito da Imigração⁷ em geral. Isso é, há muitos manuais e apresentações da legislação vigente relativa ao tema, mas poucas obras que se prestam a ir além disso. Uma pesquisa realizada na BDTD – Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações, mantida pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, e que permite a busca unificada em diversas bases de dados de universidades e instituições acadêmicas, não revela vasta gama de trabalhos científicos produzidos com enfoque específico no tema. Nos artigos existentes predominam temas relacionados à imigração ilegal, e à relação entre imigração e direitos fundamentais⁸. A situação é a mesma quando a busca é feita em bases de dados sobre publicações científicas (sistema SciELO e Google Acadêmico) e no mercado de literatura jurídica (*websites* de grandes livrarias).

Também não se encontram muitas respostas na pouca jurisprudência existente relativa ao tema. É que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁹ entende que resoluções¹⁰ não são leis federais, portanto, controvérsia baseada na interpretação delas não é passível de ser submetida à apreciação daquela Corte. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é inexistente a jurisprudência envolvendo normas expedidas pelo Conselho Nacional de Imigração¹¹. Eventuais litígios envolvendo tais questões encontram seu limite recursal prático nos Tribunais de Justiça estaduais, onde raramente

⁷ Atente-se ao fato de que “Direito da Imigração” aqui se refere ao tema da imigração abordado de uma perspectiva do Direito. Há inúmeras peças de produção científica relativas à imigração em outras áreas do conhecimento, porém pouquíssimas na área do Direito.

⁸ Este tema, aliás, é tratado de forma específica em um dos poucos livros de doutrina propriamente dita (ou seja, não meramente expositiva ou simples análise legislativa) em direito da imigração. “Direito da Imigração – O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos”, de autoria de Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes (utilizado como referência bibliográfica para este trabalho) é a única obra que se encontra, no mercado de livros nacional hoje, de uma referência bibliográfica extensa e reflexiva sobre direito da imigração. Cf. LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de Imigração - O Estatuto do Estrangeiro em uma Perspectiva de Direitos Humanos**. São Paulo: Núria Fabris, 2009.

⁹ Nesta linha está o AgRg-REsp nº 908.292/RJ (relator Min. Humberto Martins. Data: 18 de Fevereiro de 2010) e os diversos julgados ali citados, a saber: REsp. 981.992/RS, REsp 1074011/TO, REsp 1099807/RS.

¹⁰ Conforme será apresentado no decorrer deste trabalho, as normas mais específicas sobre situações em que é possível ocorrer a imigração são editadas pelo Conselho Nacional de Imigração na forma de resoluções. Por isso a menção a elas.

¹¹ O tema da imigração de uma perspectiva geral, por aparecer na Constituição, até recebe certo tratamento por parte do STF, tendo estado inclusive sumulado em um de seus aspectos no âmbito de Constituições passadas (como é o caso, por exemplo, da Súmula nº 1 daquela corte), sem mais eficácia atual. Os julgados existentes no âmbito desta Corte, porém, não servem para o estudo aqui proposto.

há consonância interpretativa generalizada. Mas mesmo no âmbito dos TJs dificilmente se encontram julgados sobre estes temas. É que na área de imigração de gestores, na maioria das vezes o interesse da empresa requerente é revestido de urgência, o que quase naturalmente já afasta o Judiciário em geral como meio para se obter qualquer tutela necessária. Atender às demandas feitas pelas autoridades, por trazer de forma mais rápida os resultados esperados, costuma quase sempre ser preferida em relação ao ingresso na via judicial. Por isso, eventuais conflitos costumam ser resolvidos em âmbito administrativo¹².

Outro aspecto que aponta a importância do tema é o fato de, não só no Brasil como no mundo, as empresas transnacionais estarem adquirindo cada vez mais força e expressividade econômica e social, como já mencionado anteriormente. Relacionado a este processo, o chamamento de trabalhadores estrangeiros, principalmente nos cargos de gestão e chefia, desempenha papel fundamental na instalação e na atuação destas empresas no país. E como essa questão tem ligações com a vinda de transnacionais ao país - conseqüentemente com o fluxo de capitais estrangeiros - estudá-la é relevante por significar decifrar parte do processo de transnacionalização de empresas privadas¹³.

Entender tal processo acaba contribuindo, por fim, para o esclarecimento de alguns dos termos nos quais se dá o desenvolvimento econômico e social do país, tendo em vista que a entrada destas empresas, além de representar um fluxo de investimentos estrangeiros diretos relevante para a economia, acaba tendo outras conseqüências, como a assimilação de novas tecnologias e de mão-de-obra especializada.

1.3 Entrevistas¹⁴

Uma das fontes de fundamentação do presente trabalho é o depoimento de profissionais ligados de alguma forma ao tema analisado. O Apêndice A traz maior

¹² Esta constatação surgiu a partir de entrevista realizada em janeiro de 2010 com advogado atuante na área (Entrevistado A1 – ver Seção 1.4 e Apêndice A deste trabalho).

¹³ Estas afirmações serão objeto de análise e discussão ao longo do trabalho.

¹⁴ Uma vez que as falas dos entrevistados são diretamente inseridas na fundamentação de premissas e afirmações feitas na análise, faz-se necessária essa brevíssima seção para que o leitor saiba previamente disso, facilitando a compreensão do texto.

detalhamento quanto à metodologia de realização das entrevistas, bem como a qualificação de cada um dos entrevistados e demais informações relacionadas. Os resultados das entrevistas são diretamente apresentados no corpo do trabalho, integrando a fundamentação das premissas e dos argumentos expostos, quando oportuno.

É necessário ressaltar que as transcrições das falas dos entrevistados também fazem parte das análises apresentadas. Sendo assim, elas devem ser entendidas como partes integrantes das argumentações providas. Estas não devem ser interpretadas isolando o conteúdo das transcrições das entrevistas do conteúdo dos comentários, devendo, assim, ser interpretadas em conjunto.

2 PANORAMA DO TEMA: HISTÓRICO, LEGISLAÇÃO E DEMAIS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS

A exata compreensão do objeto de estudo e discussão do presente escrito depende da posse prévia de certas informações que não constituem seu foco de reflexão, mas são imprescindíveis para que ele seja compreendido, tais como a noção de política nacional de imigração e a principal legislação vigente a respeito do tema. Isso é, trata-se de conceitos que não constituem por si próprios a controvérsia aqui discutida, mas que estão ligados a ela de forma tal que necessitem chegar ao conhecimento do leitor para que este possa entender as discussões apresentadas. Sendo assim, dedica-se aqui espaço não só para apresentar tais informações com nossas palavras, mas também para deixarmos claro o modo como as interpretamos (como no caso da legislação pertinente, por exemplo) e compreendemos.

A necessidade de se fazer este esforço primário decorre de dois principais aspectos. Em primeiro lugar, do desconhecimento generalizado que os profissionais do Direito costumam ter a respeito do tema da Imigração. Isso decorre da falta de tradição de seu estudo nas faculdades, que, por sua vez, decorre do fato de o tema não ser amplamente estudado na área do Direito em geral. Em segundo lugar, a apresentação é necessária frente à falta de uma fonte de informação clara, amplamente conhecida, acessível e relativamente pacífica a respeito do tema em geral. Isso significa que não há como o presente trabalho tomar como base reflexões e conclusões já anteriormente firmadas por outros autores a respeito do tema. Havemos, assim, e sem qualquer prejuízo, de partir do “zero”.

Passamos então a apresentar as informações sem as quais seria impossível a compreensão do contexto, tanto jurídico quanto institucional, em que se localiza o tema discutido.

2.1 Política Nacional de Imigração

O movimento migratório pode trazer, tanto para o país de onde sai o trabalhador (portanto, emigra), quanto para o país ao qual ele imigra, determinadas repercussões,

principalmente na esfera econômica. Como indica Telma Thais Cavarzere¹⁵, alguns dos efeitos dos fluxos migratórios para os países podem ser a diminuição dos salários dos nacionais do país no qual ingressou o estrangeiro em virtude de sua entrada (quando este oferece mão-de-obra mais barata, ou em virtude de qualificação elevada não-encontrável no país); perda de mão-de-obra qualificada pelo país do qual se emigra; a formação de colônias estrangeiras fechadas dentro de um país pode ser utilizada de forma a desvirtuar a economia local, inclusive com repercussões políticas; entre outras repercussões, de acordo com o caso concreto. Além destas, há hipóteses em que a livre entrada de imigrantes potencialmente resultaria na substituição da mão-de-obra nacional pela estrangeira (pelo fato de esta ser mais barata, ou mais qualificada), gerando o desemprego dos trabalhadores nacionais. É pelo fato de os fluxos migratórios trazerem diversas repercussões nas esferas econômicas, sociais, políticas e culturais internas que cada país opta por regulá-los, cada qual de acordo com seus objetivos.

A política nacional de imigração é o conjunto¹⁶ de meios jurídicos que o país utiliza buscando controlar os efeitos dos fluxos migratórios, de acordo com aqueles que forem seus objetivos e necessidades para com a imigração. É o modo com que o país tutela a questão migratória, instaurando normas que refletem aquilo que o país espera atingir por meio da imigração. Como bem coloca Jair de Souza Ramos, trata-se do “esforço estatal de intervir neste processo complexo [a imigração] de forma a desenhar uma direção aos imigrantes através de uma série de mecanismos de atração e condução”¹⁷.

¹⁵ CAVARZERE, Telma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001. pp. 11-15.

¹⁶ Importante ressaltar que não se trata de um compêndio único intitulado “Política Nacional de Imigração”, mas sim de normas esparsas que devem ser analisadas em conjunto para que se possa identificar qual a abordagem que o país faz do tema da imigração.

¹⁷ RAMOS, Jair de Souza. **O poder de domar do fraco: construção de autoridade pública e técnicas de poder tutelar nas políticas de imigração e colonização do Serviço de Povoamento do Solo Nacional, do Brasil**. Revista Horizontes Antropológicos, vol. 9. Julho de 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832003000100002&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em: 19 abr. 2010. A observação entre colchetes é minha.

2.1.1 Exemplos históricos. Tradição brasileira relativa à imigração até 1980

Uma breve retomada das formas com que o Brasil encarou o tema da imigração em diferentes momentos históricos é pertinente para que se possa entender melhor o que é uma política nacional de imigração.

O Brasil do fim do século XIX e no início do século XX, cuja economia era predominantemente voltada à produção agrária, era um país aberto à imigração. Os motivos para tal abertura não poderiam ser mais claros: havendo vasto espaço ocioso no território, (havia 8.337.218 km² a serem ocupados por apenas aproximadamente 17 milhões de pessoas^{18 19}), era necessário encontrar quem morasse (isso é, povoasse) e trabalhasse no campo. Tendo em vista a incapacidade de a população presente no território brasileiro fazê-lo, abrem-se convenientemente as portas para a imigração²⁰.

Ocorreram neste período, inclusive, os fluxos migratórios que, tendo aí se iniciado, se estenderam até o fim da segunda guerra mundial, trazendo ao país ao menos um milhão de imigrantes (ao menos 800 mil italianos e 200 mil japoneses, além de pessoas de diversas outras nacionalidades)²¹. Estes apontamentos permitem afirmar que a política nacional de imigração naquela época, pouco restritiva à entrada de quaisquer estrangeiros no país (havendo inclusive políticas públicas de estímulo à imigração), tinha como objetivo trazer mão-de-obra estrangeira para promover o povoamento do

¹⁸ IBGE. **Brasil: Área Territorial Oficial (Histórico)**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/areaterritorial/historico.shtm>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

¹⁹ O número exato da população brasileira no ano de 1900 era de 17.438.434 pessoas. Dados retirados de IBGE. **Dados Históricos dos Censos**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censohistorico/1872_1920.shtm>. Acesso em: 05 ago. 2010. Ou seja, caso cada quilômetro quadrado do território brasileiro fosse ocupado, haveria apenas cerca de duas pessoas em cada um deles. Este dado é apresentado somente para dar uma idéia da incapacidade de se povoar o território brasileiro e ao mesmo tempo torná-lo produtivo com a demografia da época, justificando a abertura para a imigração.

²⁰ Esta abertura era parcialmente prevista inclusive na própria Constituição de 1891. Dispunha ela, em seu art. 69, inciso 4º (sic), que o estrangeiro que, estando em território brasileiro quando de sua promulgação, não declarar, em até seis meses, a intenção de manter sua nacionalidade de origem, será considerado cidadão brasileiro.

²¹ Cf. RIOS-NETO, Eduardo. **Managing migration: the Brazilian case**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005.

vasto território e o crescimento da economia agrícola²². Como a demanda era por mão-de-obra não necessariamente qualificada, opta-se por permitir a imigração de qualquer indivíduo que desejasse ingressar no Brasil.

O Decreto 6.455, de 19 de Abril de 1907, é exemplificativo desta afirmação, ilustrando os objetivos da política nacional de imigração da época. Em seu extenso texto (são 138 artigos), dispõe-se sobre a recepção de imigrantes no país, as políticas de fomento à atividade agrícola a ser por eles desempenhada, procedimentos de entrada, entre outras regras. A norma institui o chamado Serviço de Povoamento do Solo Nacional, que, como o nome já diz, tem como objetivo justamente aquilo que é acima mencionado: o preenchimento de parcelas do solo nacional até então pouco habitadas ou desertas, bem como o estímulo à produtividade nestas áreas. A União Federal dispunha-se, por meio desta norma, a conseguir terras e outras modalidades de auxílio aos imigrantes que viessem ao país com a intenção de se fixarem como proprietários rurais. Previa-se a criação de “núcleos coloniais”, que eram conjuntos de terras escolhidas pela União, em diversos pontos do território nacional, destinadas a ter imigrantes como proprietários.

Tal norma era, assim, exemplificativa do modo com o qual a imigração era vista pelo governo da época: como um modo em potencial de povoar o país, até então discrepante em termos de distribuição populacional pelo território. Ao mesmo tempo, seria usada para promover o desenvolvimento interno a partir do estímulo à produção rural.

A visão geral da imigração como forma de povoamento de um largo território estendeu-se, basicamente, até a segunda metade do século XX. Até a revogação do Decreto-Lei 941, de 1969 (que cumpria o papel de Estatuto do Estrangeiro à época), feita pelo Estatuto de 1980, tal visão continuava existindo. Dispunha a norma, em seu art. 18, que o visto permanente, concedido ao estrangeiro que quisesse se fixar definitivamente no país, seria concedido em duas espécies. A primeira era a comum, que era o visto concedido ao estrangeiro que por iniciativa própria decidisse vir ao

²² Cf. TRUZZI, Oswaldo. **Redes em processos migratórios**. Revista Tempo Social. 2008, vol.20, n.1, pp. 199-218.

Brasil. A segunda espécie, e mais exemplificativa de um dos objetivos da política de imigração da época, era o regime especial, aplicável ao estrangeiro que viesse ao Brasil sob regime de imigração dirigida²³. Neste regime, a entrada do estrangeiro no país ficava condicionada ao desempenho de certa atividade no país ou à instalação em certa região geográfica. A diferença em relação à sistemática do Serviço de Povoamento do Solo Nacional basicamente é a de que agora o Estado não mais entrega terras aos imigrantes, mas direciona-os, como mão-de-obra, a propriedades rurais já existentes. Como estímulo à imigração havia, então, a oferta de emprego e o encaminhamento a ele.

A imposição de condições para que o estrangeiro possa entrar no Brasil é representativa do caráter instrumental da imigração no âmbito de um objetivo a ser atingido. Até os anos 60, havia políticas estatais de atração a imigrantes na legislação, sem a existência de normas que vedassem ou buscassem vedar a entrada de estrangeiros no país. Para os que pudessem vir por conta própria, a lei não proibia o ingresso no país (era o caso do visto comum). Para os que não tinham condições de vir, mas assim o desejassem, havia espécies de subsídio governamental à imigração.

Na década de 1970, nota-se o início de um movimento expressivo dos países em desenvolvimento na busca por assimilação de novas tecnologias, mas sempre buscando proteger a indústria e os meios de produção nacionais. O Estado brasileiro, nessa época, passa a exercer grande papel interventor nas políticas sobre transferência de tecnologia, visando garantir que os atos de transferência de tecnologia só poderão ocorrer quando propícios à proteção e ao desenvolvimento da indústria nacional. O grande objetivo governamental por detrás destas políticas é o de promover o desenvolvimento interno da indústria e da economia do país sem “abusos” por parte de agentes estrangeiros. Conforme notícia Juliana L. B. Viegas²⁴:

²³ Este modelo de imigração não era novidade. Aquela mesma imigração de antes do final da Segunda Guerra, que trazia trabalhadores às fazendas de café, já era dirigida.

²⁴ VIEGAS, Juliana L.B. **Aspectos legais de contratação na área de propriedade industrial**. In: SANTOS, Manoel e JABUR, Pinheiro (Coord.) **Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias** (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2007. Pp. 6-9. Não só a citação direta, mas também todas as informações referentes ao contexto de transferência de tecnologia da época contidas neste parágrafo foram extraídas do texto aqui em referência.

Os governos, não só do Brasil, mas da maioria dos países em desenvolvimento, tradicionalmente mais dependentes de tecnologia internacional, passaram, a partir do início dos anos 70, a encarar a transferência de tecnologia como uma forma não bem-vinda de permitir a evasão de divisas e um impedimento à consecução das metas de desenvolvimento tecnológico e competitividade internos.

Não é por outro motivo que é nesta década que começa a ser criada a nova legislação sobre imigração que será abordada a seguir, que muda totalmente o modo como o país trata a imigração. Por estar na linha destas políticas governamentais de proteção da indústria nacional é que, como será abordado, a imigração passa a ser pautada por objetivos de transferência e assimilação de tecnologia.

2.1.2 Tutela jurídica da imigração pós-1980²⁵

Nos anos 80, com a entrada em vigor de um novo Estatuto do Estrangeiro (vide item 2.4, *infra*), o modo como o Estado brasileiro passou a tutelar juridicamente a questão da imigração mudou radicalmente. De um país que permitia a entrada de qualquer imigrante, oferecendo até estímulos à vinda mediante programas de imigração dirigida, a sistemática da Lei 6.815 fechou, quase que por completo, as portas do mercado de trabalho do país para os estrangeiros. O principal motivo que leva ao fechamento das portas do país à imigração, discutido mais profundamente ao final deste item, é a segurança nacional²⁶. Outros princípios que a legislação, segundo ela própria, se presta a defender são os de “organização institucional”, “interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil”, bem como o objetivo de “defesa do trabalhador nacional”, são os motivos alegados para a medida restritiva, sendo todos constantes do art. 2º da referida lei.

A alegação de “defesa da mão-de-obra nacional” até hoje é um dos pólos norteadores da política nacional de imigração. O modo escolhido pelo Estado brasileiro

²⁵ Esta seção é complementar, em parte, ao item 2.4, que fala do Estatuto do Estrangeiro atualmente vigente.

²⁶ Esta afirmação se encontra no projeto de lei para um novo Estatuto do Estrangeiro (que será comentado no item seguinte), sendo inclusive colocada como um argumento a justificar a necessidade da nova legislação. As grandes vedações de liberdades a estrangeiros foram de ordem política, o que permite afirmar que o ideal de segurança nacional contido no Estatuto de 1980 era evitar a influência, por parte de pessoas estrangeiras, nos desdobramentos políticos do país.

para evitar, com ainda mais rigor e profundidade²⁷ que trabalhadores brasileiros perdessem vagas no mercado de trabalho para estrangeiros que praticam funções idênticas ou análogas foi a proibição quase integral da entrada no país, a esse título, pelo estrangeiro.

O objetivo da imigração, assim, é mudado com o Estatuto de 1980, conforme é possível se extrair do art. 16, parágrafo único, daquela norma:

“Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos. (Redação dada pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)”

Este dispositivo permite atentar ao caráter instrumental que a imigração passa a ter, com maior força, a partir de 1980. Isso porque nos exemplos históricos acima mencionados, ainda que houvesse políticas públicas de estímulo à vinda de estrangeiros, elas não eram de adesão compulsória, sendo ainda livres para ingresso no Brasil os estrangeiros que decidissem vir por conta própria, sem que lhes fossem impostas amplas restrições. A partir da promulgação deste Estatuto, o estrangeiro que quiser emigrar para o Brasil não mais o pode fazer sem cumprir certos requisitos que, na prática, dificultam em muito a imigração.

Assim, como se lê no parágrafo único transcrito acima, passa a só poder ingressar no Brasil, na condição de imigrante (entendido como aquele que deseja fixar-se no país, não estando em território nacional apenas temporariamente), aquele que puder oferecer à economia nacional um serviço especializado, não desempenhável por qualquer trabalhador nacional, ou de oferta escassa no mercado interno. E o objetivo da entrada deste estrangeiro especializado é primordialmente a assimilação de tecnologia pela indústria nacional, caracterizada pela transmissão de conhecimento especializado, partida do estrangeiro, aos trabalhadores nacionais. Assim, só estrangeiros que sejam

²⁷ Isso porque a CLT já estabelecia, em determinada escala, um mecanismo de proteção à mão-de-obra nacional (Ver Seção 2.3)

capazes de cumprir estes requisitos impostos pela lei poderão ingressar no território brasileiro e nele se fixar.

A opção de permitir somente o ingresso de mão-de-obra qualificada resultou em uma legislação que, apesar de não proibir totalmente a imigração, afunilou-a de forma tal que somente aqueles imigrantes aprovados pelo governo passam a ser autorizados a ingressar em território nacional. O princípio por detrás da implantação desta sistemática na legislação brasileira teve por objetivo permitir que só o ‘bom imigrante’ ingressasse no território nacional, ou seja, aquele imigrante que se dispõe a vir para trabalhar sem “causar confusão” e que seja capaz de oferecer algo que o país ainda não tem. As vedações expressas constantes do Estatuto, relativas a determinadas condutas por parte de estrangeiros em território nacional, cristalizam esta preocupação governamental para com os imigrantes²⁸. Por exemplo, eles não podiam possuir ou operar um aparelho de radiodifusão e congêneres (inciso IX), não podiam se envolver com atividades políticas em qualquer escala e nem se organizar ou reunir desde que o motivo para tal fosse político (art. 107 e incisos), entre outras vedações constantes do Estatuto.

Em suma, o ideal de segurança nacional, somado ao ideal de proteção à mão-de-obra nacional²⁹, resultou em um regime jurídico dos imigrantes altamente restritivo, em que estes só podiam ingressar no país caso altamente qualificados, e, após a entrada, não tinham certos direitos. Ou seja: estrangeiro em território nacional, só para exercer trabalho qualificado, e isso somente enquanto o estrangeiro permanecesse “em silêncio”.

²⁸ O regime de vedações aplicáveis somente a estrangeiros em território nacional aqui mencionado consta do Estatuto de 1980, mas também já aparecia no Decreto-Lei 941, de 1969 (arts. 115 e seguintes). Ambos os diplomas normativos impõem praticamente as mesmas restrições ao tratarem de direitos e deveres dos estrangeiros. Como ambos foram editados no âmbito da ditadura militar (um em seu começo e outro próximo de seu final) vale a afirmação de que o tema dos estrangeiros em território nacional era predominantemente visto como relacionado à segurança nacional mesmo antes de 1980, a despeito de a discussão só aparecer nesta seção do trabalho.

²⁹ Havia ainda o objetivo governamental de proteção à indústria e ao desenvolvimento nacional, citado no último parágrafo da seção anterior. Este objetivo também pauta a vedação à imigração e conseqüente exigência de prova de mão-de-obra inovadora. Isso é, como o país está buscando, no período, o desenvolvimento tecnológico pleno de sua indústria nacional, a imigração só pode ocorrer quando for capaz de auxiliar neste processo.

Obviamente, a Constituição de 1988 teve o condão de revogar, ainda que não expressamente, os dispositivos legais constantes do Estatuto que tolhem liberdades importantes a estrangeiros presentes no território nacional³⁰. Mesmo assim, o princípio de proteção à mão-de-obra nacional continua tendo aplicabilidade, como se viu no começo deste item e como se verá o longo do trabalho³¹. A política nacional de imigração brasileira continua bastante restritiva e seletiva, só que, a partir da atual Constituição, sem a característica de buscar prevenir a penetração de ideologias externas que o Estatuto original apresentava. É importante ter em mente, entretanto, que a cultura protecionista do país, amplamente ligada aos ideais de segurança nacional, foi o que ocasionou, de maneira principal, e em primeiro lugar, o encerramento da livre entrada de imigrantes no território nacional³².

2.2 Conselho Nacional de Imigração

O Conselho Nacional de Imigração (CNIg) é um órgão de natureza administrativa, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Foi criado pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei Federal nº 6.815, de 19 de agosto de 1980), e tem estrutura colegiada. Dentre suas diversas atribuições, definidas pelo Decreto nº 840, de 20 de Junho de 1993, as de apresentação mais relevante para os fins deste trabalho são as seguintes, diretamente transcritas do art. 1º do Decreto:

“(…)

I - formular a política de imigração;

II - coordenar e orientar as atividades de imigração;

(…)

³⁰ A discussão a respeito das liberdades e direitos do estrangeiro hoje, porém, não são de pertinente discussão dentro do espaço deste trabalho. Para tal, cf. LOPES, *op. cit.*

³¹ Houve, porém, uma certa relativização deste princípio, que será discutida posteriormente neste trabalho.

³² Tanto é que o projeto de lei para um novo Estatuto do Estrangeiro, discutido no item 2.4.1, *infra*, se preocupa mais em alinhar a imigração a necessidades de mercado (e isso aparece de forma expressa na exposição de motivos) do que em outros ideais, sejam de segurança nacional ou de proteção à mão-de-obra nacional.

VI - estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional e captar recursos para setores específicos;

VII - dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes;

(...)"

Pela simples leitura destas atribuições, podemos concluir que o CNIg é o principal órgão governamental no que diz respeito à regulação da imigração no Brasil. Cabe a este, por meio das resoluções que expede, regular especificamente em que termos, dentro de cada situação autorizada pelo Estatuto do Estrangeiro, será permitida a entrada de estrangeiros no país com fins de trabalho. Ainda nessa linha, cabe notar que é este Estatuto que determina as situações em que será permitido o ingresso de estrangeiros no país para trabalho, ficando o CNIg adstrito a normativizar não mais do que os procedimentos específicos para cada uma destas situações pré-determinadas³³.

O CNIg é o órgão final a se pronunciar a respeito de solicitações de emissão de visto para trabalho no Brasil, razão pela qual este órgão é vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego. A este, havendo necessidade³⁴, caberá analisar se o pedido preenche os requisitos previstos na Resolução específica em que o caso se enquadra, e em seguida deliberar pela concessão ou não do visto. Importante apontar que a concessão do visto não é ato vinculado, ou seja, não basta que o pedido perfaça os requisitos legalmente previstos para que a permissão de trabalho seja obtida. Isso porque a este órgão cabe, ainda, analisar se a situação específica é compatível com a Política Nacional de Imigração (a que se refere o inciso I supratranscrito).

³³ Isso é verdade para o caso do visto temporário, mas não para o caso do visto permanente, conforme explicado na seção 2.4, *infra*.

³⁴ Como o CNIg é um órgão colegiado, que se reúne apenas periodicamente, só situações excepcionais relativas a solicitações específicas de vistos são apreciadas por ele. É o caso, por exemplo, de situações em que haja dúvida quanto ao caráter inovador da mão-de-obra do estrangeiro que pleiteia o visto. Pedidos rotineiros, em que não haja necessidade de comprovações posteriores, são resolvidas diretamente pela Coordenação Geral de Imigração, do Ministério do Trabalho. O tema dos vistos que podem ser concedidos sem prova do caráter inovador da mão de obra é uma das principais discussões a serem abordadas neste trabalho, e será analisada ao longo do trabalho.

O CNIg, conforme dito anteriormente, é um órgão de deliberação colegiada. Os membros que compõem o Conselho, por determinação do art. 2º do Decreto nº 840, são divididos em quatro grandes grupos: governo, trabalhadores, empregadores e comunidade científica e tecnológica. Cada grupo ainda se desdobra, contendo cada um um número determinado de membros. O governo é representado por inúmeros ministérios, tais como o próprio Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Justiça, Ministério das Relações Exteriores, entre outros. Os trabalhadores são representados por conhecidas agremiações representantes da categoria, como a Força Sindical, a Central Única dos Trabalhadores (CUT), dentre outras. Os empregadores são representados, no CNIg, por Confederações Nacionais de cinco áreas, como o Comércio, a Indústria, a Agricultura, etc. Já a sociedade tecnológica e científica tem no CNIg uma só cadeira, preenchida por representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Os membros do Conselho Nacional de Imigração são nomeados por meio de Portaria expedida pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, que recebe esta atribuição por força do art. 2º do Decreto 3.574, de 23 de Agosto de 2000.

A legislação não apresenta, em qualquer das normas por ela mesma apontadas, os motivos pelos quais a escolha dos ministérios e entidades membros do Conselho tenha ocorrido da forma que ocorreu. Isso é, não explicita o motivo exato pelo qual ministérios como o da Educação ou do Turismo ali detêm cadeiras, ou por que a classe dos empregadores é representada por confederações como da Indústria, ou do Comércio, por exemplo, e não por quaisquer outras. A Medida Provisória nº 103, de 1º de Janeiro de 2003, em seu art. 29, §2º, só determina que os órgãos colegiados internos ao Ministério do Trabalho e Emprego (como é o caso do CNIg) terão composição tripartite³⁵ (empregadores, trabalhadores e governo), com garantia da paridade de representação entre empregadores e trabalhadores. Esta é a única norma que molda de

³⁵ A composição tripartite, de raízes históricas, é a que orienta a estruturação da OIT, razão provável pela qual o MTE brasileiro se preocupa em reproduzi-la. Os objetivos da composição tripartite em órgãos decisórios e de discussão são assegurar que representantes do governo, trabalhadores e empregadores possam discutir estando em igual nível. Desta forma, toda decisão relevante sobre trabalho em geral seria tomada somente após discutida e devidamente aceita por aqueles que efetivamente participam deste processo. É uma composição feita para representar e equalizar as diferenças inerentes à dualidade entre capital (empregadores) e força de trabalho (trabalhadores), com a participação também do órgão regulador (governo). Cf. INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO). **How the ILO works: Tripartism.** Disponível em: <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Structure/tripartism/lang--en/index.htm>. Acesso em: 14 ago. 2010.

forma mais específica a composição do CNIg, gerando uma diretriz rudimentar para a norma que determina o número de cadeiras a serem ocupadas pelas categorias no Conselho. As Portarias³⁶ que nomeiam os representantes de cada categoria nada dizem quanto ao critério de escolha tanto do titular do cargo quanto da entidade a exercer a representação, atendo-se a fazer a nomeação e determinar sobre a vigência da norma.

A explicação mais plausível para a determinação dos entes representativos das categorias, tanto de trabalhadores como de empregadores, ter ocorrido da maneira que ocorreu, está relacionada à pertinência e ao grau de representatividade. Isso é, as entidades teriam sido apontadas para preencher as cadeiras por representarem, em conjunto, parcelas consideráveis das categorias correspondentes. Os ministérios, por sua vez, teriam sido selecionados por guardarem pontos de convergência com o tema da imigração, de maneira tal que seria importante para o país que eles opinassem quanto às políticas relativas à entrada de imigrantes no país. Ressalta-se, entretanto, que estas explicações não encontram base em qualquer legislação relativa ao CNIg.

As normas específicas a respeito de entrada de executivos de transnacionais no Brasil que analisaremos neste trabalho foram expedidas pelo CNIg, razão pela qual é pertinente a breve explicação a respeito do órgão e de sua estruturação.

2.3 Consolidação das Leis do Trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943) traz em si normas que se relacionam com o tema da imigração por um viés que está diretamente relacionado ao tema estudado. Há um entendimento consolidado nos tribunais de que estas normas, que serão apresentadas em seguida, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988. Hoje, não são aplicadas no cotidiano prático dos operadores do direito do trabalho ou nas empresas. Sua apresentação, assim, não passa de um resgate histórico. Ela é tida como necessária porque estas normas são capazes de permitir uma compreensão dos mecanismos de proteção da mão-de-obra

³⁶ A título de exemplo, pode-se apontar a Portaria MTE nº 578 de 16/04/03 – DOU nº 76, de 22/04/03, Seção II, pág. 32.

nacional anteriormente utilizados no país. Além disso, estes elementos são citados ao longo do trabalho para ajudar na compreensão de outros temas.

A partir de seu art. 352, a CLT começa a versar sobre um tema que convencionou chamar de “nacionalização do trabalho”. Sua disposição determina que haja uma reserva, para trabalhadores brasileiros, de vagas no quadro dos estabelecimentos comerciais que contem com três ou mais empregados, sendo tal proporção de 2/3 (art. 354). Ou seja, nos empreendimentos ali listados, quando houver ao menos três empregados, pelo menos 2/3 destes empregados deverão de ser brasileiros. A ressalva ocorre se ficar comprovado que o número de brasileiros aptos a desempenhar certo trabalho seja insuficiente para manter tal proporcionalidade. E, ainda nessa linha, o art. 357 aponta que quando houver falta de trabalhadores brasileiros para o desempenho de funções técnicas especializadas, é possível a contratação de estrangeiros sem que estes sejam compreendidos na proporcionalidade de 2/3.

A CLT é expansiva ao listar os tipos de estabelecimentos comerciais que ficam sujeitos a essa proporcionalidade. No art. 352, §1º, indica uma lista que, apesar de taxativa, pode ser ainda aumentada mediante portarias de iniciativa exclusiva do Ministério do Trabalho. Tal lista é ampla, aparentando ter a intenção de fazer com que a proporcionalidade seja aplicável a quase toda sorte de estabelecimentos comerciais imagináveis. Exceção é expressamente feita no §2º, que determina não se sujeitar à proporcionalidade algumas indústrias rurais. Os estabelecimentos concessionários, que diretamente prestem serviços públicos, estão sempre condicionados à proporcionalidade.

Por fim, importante apontar a disposição do art. 358, que veda, exceto em situações bastante específicas, que qualquer empresa, sujeita ou não à proporcionalidade, pague a estrangeiro salário superior ao que paga a brasileiro que desempenhe função análoga ou idêntica. No parágrafo único deste artigo, aponta que quando a dispensa se fizer imperativa, o trabalhador estrangeiro deverá ser dispensado antes do brasileiro.

A preocupação da CLT que se mostra clara nas disposições acima apresentadas é a de proteção da mão-de-obra nacional frente à estrangeira. Ao tornar obrigatória a presença de brasileiros sempre em maioria nas empresas, busca assegurar que o

trabalhador estrangeiro não possa receber preferência frente ao trabalhador nacional. Tal preocupação, na época de promulgação da lei em questão, era de tal forma premente que até se cuidou introduzir, no Código Penal, disposição que punisse criminalmente o empregador que infringisse as normas de nacionalização do trabalho (art. 204 do referido Código). Ou seja, a norma representa uma preocupação do Estado em se evitar que o trabalhador estrangeiro receba prioridade de contratação frente ao brasileiro, numa tentativa de proteção da mão-de-obra nacional.

2.4 Lei Federal nº 6.815 (Estatuto do Estrangeiro)

O principal diploma normativo a respeito do tema dos estrangeiros atualmente vigente no Brasil é a Lei Federal nº 6.815, popularmente conhecida como “Estatuto do Estrangeiro”. Até hoje³⁷ ela é a principal norma a versar sobre o regime jurídico dos estrangeiros em território brasileiro, ao lado da Constituição Federal de 1988. Ali se encontram indicados os tipos de vistos que poderão ser concedidos aos estrangeiros entrantes e a que título tais vistos poderão, de forma geral, ser concedidos. Para os fins deste trabalho, os vistos que merecem maior atenção são o visto temporário e o visto permanente.

As situações fáticas que permitem a concessão de visto temporário estão previstas no art. 13 da lei e são taxativas. Isso é, as hipóteses ali previstas só podem ser reguladas pelo Conselho Nacional de Imigração, ficando este impedido de criar novas situações ensejadoras da concessão. Esse tipo de visto, de acordo com o Estatuto, pode ser concedido a estrangeiro que venha ao Brasil, mediante contrato, na condição de técnico ou profissional de outra categoria³⁸. O contrato de trabalho que enseja a vinda deste profissional está sujeito à análise e aprovação do Ministério do Trabalho, e a situação deve ser analisada pelo Conselho Nacional de Imigração antes da concessão do visto.

³⁷ Conforme discutido na seção sobre Política Nacional de Imigração, o atual Estatuto foi editado durante a ditadura militar, e ainda traz em si alguns resquícios (não revogados) deste fato histórico que se mostram incompatíveis com o regime democrático instituído pela Constituição de 1988. Esta discrepância entre a lógica que deu origem ao Estatuto e a realidade atual ensejaram a propositura de um projeto de lei que visa a implementação de um novo Estatuto do Estrangeiro, que é comentado na seção do trabalho imediatamente seguinte a esta.

³⁸ Há diversas outras hipóteses de concessão de visto temporário que, porém, não são de grande valia para o estudo do presente tema.

Quanto ao visto permanente, regulamentado a partir do art. 16 do Estatuto, não há lista taxativa de situações em que este poderá ser concedido, ao contrário do que ocorre com o visto temporário. A norma só dispõe que existem algumas condições para que o estrangeiro possa receber tal visto, como a adequação a procedimentos e a observância às normas específicas editadas pelo Conselho Nacional de Imigração relativas à hipótese que permite a entrada do estrangeiro no país (art. 17). Este Conselho fica, assim, incumbido de determinar quais as situações que ensejam a concessão de visto permanente.

Nessa linha, outra importante disposição constante do Estatuto do Estrangeiro, para os fins do presente trabalho, é a que vem no parágrafo único do art. 16. É a seguinte:

Art. 16. O visto permanente poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil.

Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos. (Redação dada pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

Tal parágrafo delinea, ainda que rudimentarmente, os objetivos da imigração. Isso é, a imigração deve servir como porta de entrada para mão-de-obra especializada na economia brasileira, que, por sua vez, permite a assimilação de tecnologia (*know-how*) por ela³⁹. É possível entender, assim, que estas são espécies de requisitos caracterizadores da situação em que se permite a concessão de visto permanente a um estrangeiro. Porém, dada a natureza ampla do dispositivo em questão, caberá à interpretação do órgão competente (no caso, o CNIg), ao definir as situações ensejadoras da concessão de visto permanente, identificar como, no caso concreto, tais requisitos são observados (quando exigíveis, e quando houver esta necessidade).

³⁹ Este tema já foi discutido na seção sobre Política Nacional de Imigração. Vale, entretanto, fazer uma brevíssima retomada dele tendo em vista seu papel norteador de decisões que envolvem trabalho de estrangeiros no Brasil.

A questão do pretexto sob o qual a imigração deve ocorrer, segundo a lei, se confunde com a discussão a respeito dos termos em que se constitui a política nacional de imigração do Brasil, já discutida na seção pertinente.

2.4.1 O Projeto de Lei para um novo Estatuto do Estrangeiro

O Poder Executivo (Ministério da Justiça) apresentou à Câmara dos Deputados, em 2009, projeto de lei que pretende criar um novo Estatuto do Estrangeiro⁴⁰. Este projeto, que ainda não foi convertido em lei, prevê algumas mudanças no regime jurídico do visto permanente que são de conveniente citação. O quadro comparativo abaixo aponta, do lado esquerdo, a sistemática atual da legislação sobre estrangeiros. E, do lado direito, as mudanças intentadas pelo Projeto. Os aspectos levantados são apenas os relativos a mudanças que mais estariam ligadas com o objeto deste trabalho.

Aspecto	Lei 6.815 (Estatuto de 1980)	Projeto de Lei 5655/09
Visto Temporário	Somente para estrangeiros que não pretendam se fixar definitivamente no Brasil: não-aplicável a gestores de transnacionais em geral (art. 13)	Aplicável a gestores, mesmo que intentem se fixar definitivamente no Brasil (art. 21, inciso III, §3º)
Visto permanente	Por Resolução Normativa expedida pelo CNIg, é o visto aplicável a executivos e gestores de transnacionais.	Inaplicável a gestores (pode receber o visto aquele o trabalhador que “tiver notório conhecimento em sua área de atuação profissional e puder prestar serviços relevantes ao

⁴⁰ PL 5655/2009. Dispõe sobre o ingresso, permanência e saída de estrangeiros no território nacional, o instituto da naturalização, as medidas compulsórias, transforma o Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, define infrações e dá outras providências. Íntegra disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/674695.pdf>. Acesso em 12/04/2010.

		Brasil” – caso que teria que ser apreciado pelo órgão competente
Órgão Gestor da Política Nacional de Imigração/Migração	Conselho Nacional de Imigração (CNIg)	Conselho Nacional de Migração (CNM)
Poder regulamentador do órgão gestor referente à criação de situações permissivas de entrada no país	Ampla quanto ao visto permanente (pode criar situações na medida em que julgar necessário) e parcialmente restrito quanto ao visto temporário (criação de tipos de vistos é feita pelo órgão, mas estes tem que se encaixar nas hipóteses previstas em lei)	Restrito (lei cria os tipos de vistos existentes – o órgão só pode regulamentá-los de forma mais específica e resolver casos omissos)

Uma das principais mudanças intentadas aparece no art. 21 do Projeto, que versa sobre a questão do visto temporário, estando estruturado da seguinte forma:

“Art. 21. O visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro nas seguintes categorias:

(...)

III - trabalho, com ou sem vínculo empregatício ou funcional no Brasil;

(...)

§ 1º O visto temporário de que trata o inciso III do caput abrangerá, dentre outras atividades:

(...)

VI - administrador, gerente, diretor ou executivo de sociedade, de grupo ou de conglomerado econômico, de fundação e de entidade sem fins lucrativos;”

Não mais se encontra, dentre as hipóteses ensejadoras da concessão de visto permanente, o caso específico dos executivos e gestores de empresas transnacionais, a despeito de a hipótese ser uma das que mais embasam autorizações para trabalho no Brasil⁴¹. O caso passa a ser encarado como hipótese ensejadora de visto temporário, regulado no art. 21 do Projeto, acima transcrito. Na proposta de regulação há, dentre as situações que embasam vistos temporários, uma grande categoria, intitulada de “trabalho”, com ou sem vínculo empregatício. O §1º do artigo desdobra-se em sete incisos, que prevêem circunstâncias específicas de vistos para trabalho de imigrantes no país. A hipótese apontada no inciso VI é justamente a dos administradores, gestores, dentre outros cargos, de sociedades, grupos econômicos, e outros tipos de instituições correlacionadas. O visto temporário concedido nessa hipótese, por pressupor o exercício de trabalho com vínculo empregatício, poderia ser concedido com validade de dois anos (art. 27, caput, do Projeto).

O Projeto muda a sistemática que rege a concessão de vistos permanentes. Nela, as hipóteses de concessão de visto permanente a estrangeiros são previstas e enumeradas, ao contrário do que acontece na legislação atualmente vigente. Esta listagem de situações passa a ser taxativa, tendo em vista que o Projeto não mais permite que o órgão gestor da política nacional de imigração (no caso, o “Conselho Nacional de Migração” - CNM) determine outras hipóteses em que a concessão pode ocorrer. Assim, o caso que não estiver previsto em algum dos incisos do art. 34 (que é o artigo que versa sobre vistos permanentes) poderia, no máximo, ser solucionado como caso especial não-previsto na lei, o que só ocorreria na forma do regulamento (que ainda não existe), nos termos do art. 154, IV, do Projeto. Trata-se, porém, de situação excepcional. A previsão de novas hipóteses ensejadoras de visto temporário ou permanente dependeria de alteração legislativa.

⁴¹ Cf. LOPES, op cit. p. 599.

Assim, intenta-se uma mudança parcial da sistemática que vige a situação dos administradores e gestores de empresas transnacionais, tendo em vista que a matéria passa a não mais ser regulada diretamente pelo órgão gestor da política nacional imigração⁴². Porém, é necessário apontar que o Projeto, apesar de retirar do órgão gestor da política de imigração o poder de disciplinar em regulamentos, a seu critério, situações ensejadoras da concessão de vistos permanentes, não afasta a competência regulatória do órgão para a situação dos administradores e gestores, por força do art. 154, §1º, inciso V. Como a situação está inserida no âmbito da imigração a título de trabalho, faz sentido que o órgão, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, continue a regulamentar, por meio de norma específica, os vistos correspondentes. Os pedidos de visto para trabalho continuariam a ser analisados, e dependeriam de aprovação última (nos casos em que houver necessidade) pelo Conselho, como se deduz da leitura do art. 154, §4º do Projeto.

O projeto de criação de uma nova norma que regule a situação dos estrangeiros em relação ao Brasil está em discussão, no âmbito do Ministério da Justiça em conjunto com a sociedade civil, desde meados do ano de 2005, quando foi realizada consulta pública para discussão do então Anteprojeto de Lei. Somente em 2009 é que ocorreu a efetiva apresentação do Projeto à Câmara dos Deputados. Como ainda não foi convertido em lei, mas é uma norma que potencialmente pode vir a alterar, ainda que em parte, o tema do presente estudo, julga-se conveniente a apresentação das modificações relevantes.

Segundo sua própria exposição de motivos, o projeto foi apresentado para que a legislação dos estrangeiros pudesse se alinhar com a realidade atual, tanto fática como legal. Isso porque, conforme explicitado na seção sobre Política Nacional de Imigração, o atual Estatuto do Estrangeiro foi pensado e colocado em vigor durante a ditadura militar, o que fez com que a orientação do projeto se desse em torno de ideais considerados como centrais à época, mas que hoje já não adquirem tanta relevância no pensamento do tema. Trata-se, principalmente, do ideal de segurança nacional que a legislação atualmente vigente se preocupou em tentar proteger, o que, como já

⁴² Isso porque no âmbito do Projeto, é a lei que prevê as hipóteses ensejadoras de vistos. Na sistemática atual, como a lei não lista taxativa e especificamente os vistos que devem existir, o CNIg tem amplo poder normativo nesta esfera, podendo criar, por meio de resoluções normativas, tipos de visto.

explicitado, resultou em um regime jurídico dos estrangeiros altamente restritivo no que se refere a direitos. Com as mudanças ocorridas na economia mundial e nos sistemas de produção nos últimos anos (que se relacionam amplamente com o tema da imigração de gestores), com a intensificação das discussões a respeito de direitos dos imigrantes no mundo, entre outros motivos, entendeu-se que a legislação precisa ser renovada para que o país possa se alinhar com as tendências atuais de fluxos migratórios. Somente as alterações intentadas que teriam maior impacto no objeto deste trabalho foram apresentadas.

2.5 Normas do Conselho Nacional de Imigração sobre expatriação de gestores. Conteúdo e contexto de expedição.

Como pudemos observar a partir da leitura do item 2.1.2, *supra*, no Brasil, a política nacional de imigração, conforme é possível se inferir da leitura da legislação, se orienta a partir da proteção do trabalhador nacional e da admissão da imigração só quando se tratar de mão-de-obra especializada. Em sendo assim, é indispensável que analisemos como a expatriação de gestores (em geral) de transnacionais se encontra regulamentada em face desta política, e como deve ser entendida, tendo em vista que o Brasil, na linha do observado ao item 1.2, é grande receptor de investimentos estrangeiros diretos.

Há, atualmente, três resoluções normativas expedidas pelo CNIg que regulamentam de forma específica a entrada de gestores de empresas transnacionais. Uma de caráter mais geral, aplicável à imigração de gestores, executivos, administradores, etc., de sociedades em geral; uma para regulamentar exclusivamente a entrada de representantes de instituições financeiras; e uma terceira que regulamenta a entrada de gestores especificamente de empresas localizadas em regiões determinadas do país chamadas Zonas de Processamento de Exportação (ZPEs). Como já se pode perceber ao ler os objetos das normas, cada uma delas foi expedida com um propósito específico, dentro de determinado contexto histórico, e os motivos que ensejaram a criação de cada uma delas são diversos. Cada uma das subseções trará uma breve

apresentação do conteúdo da norma, e uma análise do contexto em que foram expedidas. Como as análises mais específicas que serão feitas a partir da seção 3 tomam o conteúdo destas normas como base, é necessário que estes sejam apresentados de forma breve.

2.5.1 Resolução Normativa nº 62 do Conselho Nacional de Imigração

a) Conteúdo

A norma atualmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro que disciplina a concessão de autorizações de trabalho e de vistos permanentes para estrangeiros que buscam ingressar no país para desempenhar a função de gestor de sociedade civil, comercial, grupo ou conglomerado econômico é a Resolução Normativa nº 62 (RN 62), de 08 de dezembro de 2004, expedida pelo Conselho Nacional de Imigração. Esta é a norma que atualmente regula a entrada no país de estrangeiros para o preenchimento de cargos de chefia dentro de sociedades em geral, sendo plenamente aplicável, assim, ao caso das transnacionais.

O corpo da RN 62 estabelece diversas exigências que devem ser cumpridas para que a sociedade possa trazer um gestor estrangeiro para figurar em seus quadros. Dentre as mais importantes, podemos destacar: 1) o condicionamento da concessão de autorização de trabalho (esta expedida pelo MTE) e visto permanente ao exercício da função que o estrangeiro veio a fim de desempenhar⁴³ (art. 1º); 2) exigência de a empresa comprovar que investiu no país ao menos US\$ 50.000⁴⁴ e ao mesmo tempo gerou pelo menos dez novos empregos (no período de até dois anos após a criação da empresa ou após a entrada do trabalhador – art. 3º, inciso I e parágrafo único); 3) ou, ao

⁴³ Isso é, o estrangeiro que adquire visto e autorização para trabalho com fulcro nesta resolução só pode permanecer no Brasil enquanto permanecer no exercício da função que veio desempenhar. Caso ele seja afastado do cargo, por exemplo, perde, a priori, o direito de permanecer no país, razão pela qual, segundo LOPES, costuma-se dizer que vistos desta natureza são de propriedade da empresa, e não da pessoa do estrangeiro. *Op. cit*, p. 527

⁴⁴ Investimento em moeda, em transferência de tecnologia ou em bens de capital. O caráter desta exigência (investimento em dólares) é um dos elementos que nos permite dizer que a RN 62 é direcionada somente a empresas estrangeiras, apesar de seu corpo não fazer menção específica a empresas de matriz estrangeira.

invés de investir US\$ 50.000 e gerar dez novos empregos, comprovar que investiu no país ao menos US\$ 200.000 (art. 3º, inciso II); 4) outras exigências acerca de prestação de informações e consulta prévia aos órgãos competentes em diversos casos, como por exemplo a necessidade de comunicar ao MTE caso ocorra o afastamento do trabalhador (art. 8º, §1º).

A opção de investimento no valor de US\$50.000 e criação de ao menos dez empregos não costuma ser a escolhida pelas empresas transnacionais quando da solicitação de vistos pela via da RN 62. Isso porque a criação de dez empregos dentro de determinado prazo é um comprometimento arriscado para a empresa, que pode ver seu gestor forçado a deixar o país no caso de não-cumprimento da condição no prazo. Se imaginarmos um gestor estrangeiro que está envolvido em uma grande operação e é forçado a deixar o país no meio dela por este motivo, é possível entender melhor o porquê desta alternativa não ser a mais escolhida. Ainda, para empresas de porte transnacional, um investimento de US\$200.000 não costuma ser de difícil feito⁴⁵.

Nota-se que para que seja concedido ao estrangeiro o visto que o permite ficar em território brasileiro em caráter permanente, a sociedade chamante precisa comprovar investimentos⁴⁶ no país. Isso é, já que a empresa vê a necessidade de trazer alguém de fora para o desempenho do cargo, deve haver uma contrapartida de sua parte que “absorva” o impacto que esta decisão supostamente surte na economia nacional e no mercado de trabalho. A lógica parece ser a de que “já que se está tomando o emprego de um trabalhador nacional, ao menos dez outros têm de ser gerados para que isso seja admissível”. Ainda, como alternativa equivalente à geração destes empregos, um investimento em dinheiro três vezes maior do que o mínimo esperado torna aceitável a entrada, da perspectiva da lógica da norma. Trata-se de exigência legal que acaba por encarecer a expatriação, podendo ser vista até mesmo como maneira de desincentivar a

⁴⁵ Estas informações foram adquiridas mediante entrevista com o entrevistado A1 (ver apêndice A e Seção 1.4)

⁴⁶ Importante observar que tais investimentos não necessitam ser feitos após a chamada do gestor estrangeiro, ou em virtude dela, podendo ter sido feitos a qualquer tempo. Assim, por exemplo, se a empresa tiver realizado em 1980 investimentos no valor de US\$500.000, pode apontá-los hoje para fins de preenchimento do requisito da RN 62. O investimento da empresa no país precisa estar integralizado, e é comprovado mediante a apresentação de seu registro no SISBACEN.

chamada massiva de empregados estrangeiros, e conseqüente estímulo à busca pelo mercado de mão-de-obra nacional.

Tal é a forma que a norma atualmente encontra de encaixar uma política de imigração que visa proteger o trabalhador nacional à necessidade das empresas transnacionais de manter um empregado por ela especialmente enviado na sua filial estrangeira. Optou-se por uma espécie de “mecanismo de compensação dos “danos”” que a entrada do trabalhador estrangeiro causa ao país, sem que a norma regule especificamente a exigência do caráter inovador da mão-de-obra imigrante. Já que a vinda do gestor estrangeiro não pode ser obstada (e os motivos para isso aparecerão nas análises feitas ao longo do trabalho), opta-se por tentar fazer com que daí advenha ao país algum benefício.

b) Contexto em que foi expedida. Análise.

A RN 62, de 2004 foi precedida de diversas outras resoluções que trataram do mesmo assunto: a Resolução nº 29, de 1994 (foi a primeira a tratar do assunto), a Resolução nº 35, de 1994, a RN 10, de 1997, e a RN 56, de 2003. Como se pode notar, houve, em relativamente curto intervalo de tempo (dez anos), a expedição de cinco normas que tratam do assunto (uma revogando a anterior). Estas tentativas foram uma forma de resposta à pressão por um tipo de resposta regulatória para a até então lacuna concernente à questão dos gestores expatriados de empresas transnacionais. Antes da expedição das normas supramencionadas, não havia norma expedida pelo Conselho Nacional de Imigração que regulasse o assunto de forma específica, a despeito de o país já ser, à época, receptor de investimentos estrangeiros diretos em quantia significativa⁴⁷.

⁴⁷ Segundo dados do Banco Central do Brasil, até 1995, o país já havia recebido cerca de US\$41 bilhões em investimentos estrangeiros diretos. Já nos anos 2000, o número acumulado de IEDs batia a casa dos US\$140 bi. Cf. BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Investimento Estrangeiro Direto: Tabelas 1995-2006.** Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/rex/IED/Port/ingressos/htms/index2.asp?idpai=invedir>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

Antes da aparição da primeira norma, em 1994, os custos e a dificuldade de se instituir um estrangeiro como gestor de uma transnacional no Brasil eram demasiadamente altos. Isso porque como não havia norma específica que autorizasse a concessão de visto permanente a este grupo de pessoas, a única forma de ingresso delas no país era por meio da concessão de vistos temporários na modalidade “visto para viagem de negócios”, cujo prazo máximo de estada no Brasil é de noventa dias (Lei Federal 6.815 (Estatuto do Estrangeiro), art. 14, *caput*). Ainda assim, a própria lei veda expressamente que estrangeiros portadores deste tipo de visto que estejam no país exerçam a função de administradores, gerentes ou diretores de sociedade comercial ou civil (art. 99 da mesma lei).

Sendo assim, restava aos advogados das empresas interessadas em trazer gestores do exterior ingressar na Justiça exigindo autorização para que o estrangeiro portador de visto temporário pudesse adquirir poderes de gestão empresarial. Ou seja, havia de se defender uma tese a fim de afastar a aplicação do art. 99 do Estatuto do Estrangeiro para que o trabalhador expatriado pudesse oficialmente ser reconhecido como gestor daquela empresa em território brasileiro⁴⁸. Este processo, por naturalmente moroso (visto que requer a entrada e apreciação da questão pelo Poder Judiciário) e custoso (visto que exige a contratação, pela empresa, de advogado a trabalhar em regime de urgência, dado o prazo curto do visto), certamente dificultava a pretensão empresarial de instituir um gestor expatriado para administrar sua filial. A legislação brasileira trazia em si este significativo empecilho à entrada de capitais estrangeiros no país, ao não permitir de forma expressa que estrangeiros gerissem sociedades comerciais em território nacional. Nesta linha, as resoluções normativas expedidas pelo CNIg aparecem como forma de resposta a uma constante demanda por uma autorização expressa de entrada, e a título permanente, para este grupo de pessoas. Tanto é que a Resolução nº 29 do CNIg, que é a primeira a tratar do assunto, aponta, no art. 1º da própria norma, que seu objetivo é exatamente o de suprir os efeitos do art. 99 do Estatuto do Estrangeiro (uma vez que não pode revogá-lo por ser norma de hierarquia inferior).

⁴⁸ A informação referente à prática advocatícia à época foi trazida pelo entrevistado A1, já caracterizado anteriormente, que é advogado na área de imigração [ver apêndice A e Item 1.4]

É fato notório que a partir da década de 1990 inicia-se um ciclo de abertura da economia nacional para capitais estrangeiros e de privatizações de empresas estatais. A flexibilização das normas de imigração de gestores não por coincidência inicia-se neste período, com a remoção dos desestímulos para a expatriação.

É possível notar que houve inúmeras normas a regulamentar o tema da imigração de gestores em um curto espaço de tempo. A norma revogadora da anterior geralmente muda alguns requisitos de entrada e comprometimentos que a empresa deve fazer para que possa trazer o gestor estrangeiro ao país. A razão de tantas alterações está na necessidade de adaptação das normas à dinâmica de mercado sem que o poder regulamentador do governo ficasse comprometido. Como esta discussão seria demasiadamente longa e os propósitos da seção já foram devidamente abordados, opta-se por apenas fazer referência ao Anexo A deste trabalho, onde são trazidos os textos das resoluções anteriores (já revogadas) à RN 62, para que seja possível observar com mais precisão as alterações, a sistemática e a dinâmica existente entre as sucessivas normas regulamentadoras do assunto.

2.5.2 Resolução Normativa nº 18 do Conselho Nacional de Imigração

a) Conteúdo

Outra norma que regula a entrada de estrangeiros no país para o desempenho de cargos de chefia, porém de uma perspectiva diversa e mais específica, é a Resolução Normativa nº 18, de 18 de agosto de 1998 (RN 18). Ela se presta a regular a concessão de vistos permanentes para estrangeiros que desejem entrar e permanecer no Brasil na condição de investidores, administradores ou diretores de empresas que estejam localizadas em Zonas de Processamento de Exportação (ZPE). Esta curta Resolução (são apenas cinco artigos), porém, não institui qualquer mecanismo mais detalhado com fins de proteção do trabalhador nacional, tal como faz a RN 62. Restringe-se a criar a hipótese ensejadora do pedido, e a determinar a quem se deve endereçar o requerimento de visto nesta modalidade. Como atualmente há poucas ZPEs no Brasil⁴⁹, esta

⁴⁹ São apenas 17 ZPEs que contam com decreto presidencial autorizativo para funcionamento, sendo que destas, apenas quatro contam com infra-estrutura para operar de fato, mas nenhuma ainda opera por falta

modalidade de visto é pouco procurada⁵⁰, estando restrita a casos de chamamento de trabalhadores por empresas lá localizadas.

b) Contexto em que foi expedida. Análise.

As ZPEs nascem em meio a tentativas governamentais de trazer desenvolvimento a regiões mais afastadas e menos desenvolvidas do país. Estas tentativas se iniciam desde meados da década de 60, com a Lei Federal nº 3.692. A figura das ZPEs propriamente dita, porém, é criada apenas com o Decreto-Lei nº 2.452, de 29 de Julho de 1988.

A primeira norma a prever um tipo específico de visto para gestores ligados exclusivamente a zonas de processamento de exportação foi a Resolução nº 24, do CNIg, de 1994 (revogada pela RN 18). É possível enxergá-la como uma reação à tentativa governamental de implementar o então novo instrumento de desenvolvimento.

Mas por que criar uma norma específica para as ZPEs? Não seria suficiente a Resolução que disciplina de forma geral a concessão de vistos a gestores de transnacionais?

É que como a instalação nestas áreas já pressupõe um nível pré-determinado de investimento estrangeiro direto, não faria sentido submetê-lo ao regime geral supramencionado, onde a empresa tem que comprovar os investimentos, e fazê-los caso ainda não os tenha feito. Opta-se por criar um sistema de vistos especial a este grupo de pessoas que não traga como pressuposto o investimento prévio em dinheiro. Ainda, a obrigação constante da norma de apresentar o pedido de visto obrigatoriamente ao órgão regulador das ZPEs, que é quem analisará a sua conveniência, torna menos burocrático

de uma espécie de autorização da Receita Federal. A Zona Franca de Manaus não costuma ser vista como ZPE por portar características específicas que a tornariam uma figura jurídica distinta. Informações retiradas de SEPLAN - SECRETARIA DO PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE GOIÁS. **ZPEs em funcionamento no Brasil e Qual a diferença entre as ZPEs e a Zona Franca de Manaus?**. Disponível em: <http://www.seplan.go.gov.br/view.asp?id_men=3&id_cad=23&id_not=4>. Acesso em: 26 abr. 2010.

⁵⁰ Cf. LOPES, *op cit.* p. 525.

o processo de requerimento de vistos. Isso porque o próprio órgão (o CZPE – Conselho Nacional das Zonas de Processamento de Exportação) é quem encaminha o requerimento da empresa, já instruído de parecer, diretamente ao CNIg.

Em outras palavras: para se instalar em ZPE, é preciso investir um montante determinado de capitais antecipadamente e comprová-los perante o órgão regulador destas zonas. E, como o regime da Resolução nº 29 (a norma do CNIg que regulava a concessão de visto a gestores em geral de transnacionais vigente à época) previa um procedimento onde a comprovação de investimentos era essencial para a concessão do visto (requisito este que até hoje permanece existindo), criou-se um cenário em que submeter os trabalhadores em questão ao regime geral de concessão de vistos a gestores de transnacionais burocratizaria a obtenção do visto, porque a empresa teria que comprovar seu investimento perante dois órgãos distintos (sendo que sem investimento em primeiro lugar, ela não consegue ao menos entrar no país), gerando um ligeiro desestímulo à entrada e operação naquelas áreas. Ou seja, simplificando o processo de obtenção de vistos para gestores, buscou-se gerar mais um estímulo à instalação de empresas estrangeiras em ZPEs. Isso faz sentido tendo em vista que as ZPEs têm objetivo assumido de atrair investimentos estrangeiros ao país⁵¹.

Em suma, a norma específica que autoriza o visto para gestores de empresas transnacionais a se instalarem em ZPEs surge para apoiar a política governamental de atração destas empresas.

c) A dinâmica específica da imigração de gestores de empresas localizadas em ZPEs

O motivo de esta norma ser tão pouco extensa está ligado ao fato de ela deslocar a análise do caso a um órgão regulador específico às ZPEs, qual seja o Conselho Nacional das Zonas de Processamento de Exportação (CZPE). Tendo em vista que este é o órgão que deve administrar e regular a dinâmica destas específicas regiões, decidiu-

⁵¹ Cf. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. **ZPE - Zonas de Processamento de Exportação.** Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=2354>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

se por determinar que ele seja quem deve opinar⁵² quanto à conveniência de se receber um trabalhador estrangeiro como administrador, investidor ou diretor de empresa localizada em ZPE.

Esta opinião, a ser expedida pelo CZPE, não pode vetar a entrada do gestor estrangeiro sob argumentos tais como os de especialização perante a mão-de-obra nacional, pelos motivos expostos no item anterior (o vínculo de confiança tem o condão de tornar inexigível a comprovação de especialização). No caso específico das ZPEs, porém, entende-se que a lógica é ligeiramente distinta da lógica da do regime geral de concessão de vistos a executivos de transnacionais, pelo fato de a administração das empresas ali localizadas estar sujeita à supervisão de um órgão que busca coordenar o desenvolvimento da zona. Como as empresas localizadas nestas regiões estão sujeitas a uma série de requisitos⁵³ para que possam operar, uma exigência de qualificação que existisse em legislação específica para que alguém pudesse se tornar gestor de empresa localizada em ZPE, assim, poderia também ser requerida para fins de expedição de visto nesta modalidade. Ao CZPE caberia analisar a adequação da qualificação do estrangeiro. Entretanto, não existindo atualmente tais requisitos de qualificação específica a administradores, estas exigências não passam de possibilidades.

A “conveniência” que cabe ao CZPE analisar não pode impedir a entrada de um estrangeiro para ser gestor de empresa localizada em ZPE senão com amparo em legislação específica que coloque requisitos para alguém se tornar administrador de empresas ali localizadas. O art. 5º, *caput*, do Decreto nº 6.814, de 6 de abril de 2009, dispõe que cabe ao CZPE impor requisitos específicos a serem cumpridos pelas empresas que desejem se instalar nestas zonas. E a Resolução CZPE nº 3, de 15 de maio de 2009, que trata destes requisitos, não impõe qualquer exigência de qualificação para que alguém exerça cargos de confiança nestas empresas. Não há, assim, como o CZPE

⁵² Apesar de o CZPE ser o órgão que opinará sobre a conveniência, ou não, da concessão do visto, o MTE/CNIg continua tendo a última palavra quanto à autorização de trabalho e à concessão do visto.

⁵³ A Resolução CZPE nº 3, de 15 de maio de 2009, indica os requisitos que as empresas que desejarem se instalar em ZPEs precisam cumprir para serem autorizadas a fazê-lo. A leitura desta norma sugere que a atividade em ZPEs guarda estrita relação com empresas transnacionais. A título de exemplo, a alínea “h” do inciso II do art. 1º desta Resolução aponta como de necessária indicação a quantidade de trabalhadores estrangeiros a serem empregados pela empresa que ali pretende se estruturar. Tal fato nos dá mais uma idéia quanto ao porque de existir uma norma como a RN 18 do CNIg. Entretanto, não há nesta norma ou em outra que se tenha encontrado, requisitos específicos que o administrador da empresa instalada em ZPE deve cumprir previamente para poder ocupar o cargo.

atualmente afirmar que a vinda de certo estrangeiro é inconveniente pelo argumento de que ele não porta determinada qualificação, por não existir amparo legislativo que as imponha. Ele tem a competência, porém, de criá-las caso julgue necessário.

Ainda, diz a RN 18 em seu artigo 3º que pode ser cancelado o visto já concedido ao estrangeiro caso o CZPE comunique que a empresa descumpriu condições constantes “do projeto de investimento ao qual esteja vinculado”. Este projeto, denominado de “projeto de instalação em Zona de Processamento de Exportação” tem seus requisitos regulados pela Resolução nº 3 do CZPE, já mencionada acima. O descumprimento de termos constantes dele ensejaria o cancelamento do visto concedido ao estrangeiro, porque implica, em última análise, na desautorização da empresa para operar em ZPE. Sumindo a empresa, pode sumir também o fundamento jurídico que embasa a permanência do estrangeiro no país, o que justifica a extinção do visto nesta hipótese.

2.5.3 Resolução Normativa nº 63 do Conselho Nacional de Imigração

a) Conteúdo

Primeiramente, cabe ressaltar que as instituições financeiras transnacionais são igualmente partes no processo de transnacionalização e relevantes para esse trabalho ao passo em que também são sociedades sediadas em outro país, e que guardam tanto interesse na questão da expatriação de gestores quanto sociedades que desempenham atividades de outras naturezas. A Resolução possibilita que a expatriação seja utilizada também por estas instituições. O fato de não serem “empresas” em sentido estrito (porque a lei brasileira lhes dá uma caracterização jurídica distinta) em nada impede que sejam vislumbradas como partes neste processo.

Sendo assim, a terceira norma que disciplina a entrada de estrangeiros como gestores de empresas transnacionais é a Resolução Normativa nº 63, de 06 de julho de 2005 (RN 63). Ela disciplina a autorização de trabalho e a concessão de visto permanente para estrangeiro que venha ao Brasil para representar instituição financeira que tenha sede no exterior. Esta norma, também mais curta (são quatro artigos) não

utiliza termos como gestor, diretor, administrador ou executivo, mas sim *representante*⁵⁴.

O uso de um termo específico para se referir aos gestores em instituições financeiras decorre do fato de ser esta a denominação utilizada pelas normas do Banco Central que regulam a atividade destas pessoas no Brasil. O chamado *rep office* (abreviação de *representative office*) tem suas atividades reguladas pela Resolução nº 2.592, de 25 de fevereiro de 1999 e pela Circular 2.943, de 20 de outubro de 1999, ambas expedidas pelo Banco Central do Brasil.

O representante a que se refere a RN 63 não é, estritamente falando, um gestor. Isso porque suas atividades são limitadas tanto pelas normas emitidas pelo Banco Central quanto pela RN 63, como é possível observarmos no Art. 1º, inciso 1º (sic) desta última norma:

1º. Para fins desta Resolução Normativa, considera-se a representação referida neste artigo a exercida por pessoa física ou jurídica domiciliada no Brasil, tendo por objeto a realização de contatos comerciais e a transmissão de informações de interesse da matriz ou de filiais no exterior, com exceção da prática de operações privativas das instituições financeiras e das demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. (grifos não constantes do original)

Permanece, entretanto, a norma dentro o escopo da pesquisa, tendo em vista que as atividades a serem desempenhadas pelo representante estão estritamente relacionadas com os motivos pelos quais empresas transnacionais enviam estrangeiros ao Brasil.

Além da caracterização da atividade de representante, a norma dispõe sobre procedimentos para a requisição do visto.

b) Contexto em que foi expedida. Análise.

A RN 63 aparece no ordenamento jurídico brasileiro como uma forma de complementação⁵⁵ à regulamentação da atividade feita pelo Banco Central. Ambas as

⁵⁴ A opção da RN 63 de não versar especificamente sobre gestores em geral é o motivo pelo qual sua análise ficou para depois da RN 18.

⁵⁵ Tanto é que a concessão de visto e autorização de trabalho para o estrangeiro, neste caso, é condicionada à regularidade do credenciamento do representante junto ao Banco Central (art. 1º, inciso 2º

normas foram expedidas em anos distintos, mas em um momento histórico em que a presença de participação estrangeira no Sistema Financeiro Nacional era crescente⁵⁶.

Levando em consideração o cenário de expansão do capital estrangeiro no setor bancário, tanto a resolução do Banco Central quanto a RN 63 aparecem para suprir aquilo que até então eram lacunas no sistema normativo. Com o advento da primeira, passa a existir um instrumento normativo legítimo que permita que a prática da representação seja feita por estrangeiros. E com a RN 63, que só aparece seis anos depois, a vinda ao país deste grupo de pessoas se torna mais fácil, com a criação de um visto específico à categoria, tendo em vista que a atividade a ser desempenhada pelo representante é de escopo restrito (não é possível, assim, enquadrar os representantes na mesma norma que regula a concessão de vistos a gestores em geral).

Observar a forma pela qual a RN 63 foi expedida dentro de seu contexto histórico determinado nos incita refletir sobre o papel instrumental que as normas a respeito de vistos têm no suporte de políticas governamentais. Tem-se o seguinte: um cenário de crescente expansão do capital estrangeiro no setor bancário; uma norma expedida pelo Banco Central que regula uma atividade específica demandada por este cenário; e uma norma posterior que cria um tipo específico de visto para a pessoa física que venha ao país exercer o cargo em questão.

Tem-se uma política governamental específica de fomentar a entrada de capital estrangeiro no setor bancário. A vinda deste capital traz consigo necessidades e exigências, no caso a de se poder ter na filial brasileira um representante enviado pela matriz, que possa atuar comercialmente em seu nome e transmitir informações enviadas de fora no meio interno. Para que esta necessidade possa ser suprida, o regulador bancário (qual seja o Banco Central) emite uma norma a partir da qual as instituições

(sic) da RN 63). Além disso, o escopo de atividade desempenhável pelo representante quando em território brasileiro é fielmente reproduzido, na RN 63, a partir do texto da Resolução 2.592 do Banco Central.

⁵⁶ Em 1999, quando foi expedida a Resolução do Banco Central mencionada, eram 171 grupos estrangeiros no sistema financeiro nacional, representando 21,36% do patrimônio líquido total do sistema. Em 2004, ano anterior à edição da RN 63, este número era de 22,49%, mas já tendo passado por um pico de 33,67% em 2002. Cf. BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Evolução dos percentuais de participação estrangeira no patrimônio líquido do SFN**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/Deorf/r200412/quadro28.asp?idpai=REVSFN200412>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

financeiras passam a poder trazer representantes de fora. Não tendo, porém, o regulador bancário poderes de legislar sobre temas de imigração⁵⁷, a expedição desta norma se atém a disciplinar a atividade do representante estrangeiro que de alguma forma já esteja ou consiga ingressar no Brasil. A parte migratória da medida governamental de responder à necessidade das instituições financeiras estrangeiras permanece, primeiramente não-solucionada. Passa-se a ter um cenário em que a atividade do estrangeiro representante de instituição financeira em território nacional é regulada, mas a entrada dele no país não.

A questão migratória continuava constituindo um entrave, ainda que menor do que o resolvido pela norma expedida pelo regulador bancário, à necessidade dos bancos. Era necessário encontrar, então, soluções alternativas para resolver o problema do visto concedido ao representante estrangeiro que está vindo de outro país. Uma delas era a admissão do estrangeiro por visto temporário de negócios, amparado por uma autorização judicial para que este possa exercer as atividades previstas na norma do Banco Central. Outra, buscar o enquadramento do caso nas normas sobre gestores em geral, mas sendo o escopo de atuação do representante limitado, o visto teria de ser concedido com a ressalva de que o estrangeiro só poderia praticar as atividades previstas na norma mencionada. Ainda, sendo um caso omissis na legislação, teria de ser apreciado pelo Conselho Nacional de Imigração, que só se reúne algumas vezes ao ano. Em suma, a atividade autorizada pelo Banco Central e que supriria uma necessidade dos bancos, não é tão facilitada até que haja a expedição de uma norma de imigração específica sobre o assunto. Por este motivo é que é expedida a RN 63, ainda que com atraso de cerca de cinco anos em relação à norma do Banco Central.

⁵⁷ Porque tampouco a lei quanto o regimento interno do Banco Central lhe permite fazê-lo.

3 QUESTÕES QUE ENVOLVEM A EXPATRIAÇÃO DE GESTORES

Já de posse das informações imprescindíveis para o entendimento do contexto em que se insere o foco desta pesquisa, passamos a realizar a análise do tema em si. Ela se dará em três frentes, cada uma com ênfase em diferentes aspectos da expatriação. A primeira ocupa-se de mapear os termos da relação entre a figura da expatriação e as empresas transnacionais e o papel desta figura no contexto da transnacionalização. Já a seção seguinte preocupa-se em analisar como ocorre a compatibilidade entre duas coisas aparentemente distintas: a expatriação de gestores e a proteção da mão-de-obra nacional. E, na terceira parte desta seção, busca-se traçar paralelos entre a expatriação de gestores e o desenvolvimento nacional.

3.1 Inserção e função da expatriação de gestores no contexto da transnacionalização de empresas

A filial da empresa transnacional dentro de um país tem inúmeras peculiaridades em relação às empresas de fundação nacional. Uma delas, e a mais relevante para este trabalho, é o fato de que o principal núcleo decisório e diretivo da empresa está em outro país. A cultura empresarial, os instrumentos específicos de gestão, os objetivos e as metas, os códigos de conduta internos, entre outras coisas, são, em sua maioria, emanados da matriz estrangeira para as filiais ao redor do mundo. Desta forma, a empresa transnacional precisa encontrar meios para garantir a manutenção desta relativa uniformidade de aspectos, alinhando, até certo ponto, as práticas de suas filiais com as da matriz. Um dos meios de que estas empresas dispõem para implantar seus padrões, e garantir a proteção de seus interesses quando da condução das filiais ao redor do mundo, é a seleção e o envio de empregados expatriados⁵⁸ para elas. Isso é, a matriz seleciona um empregado de confiança seu, nacional ou não do país de origem da

⁵⁸ O trabalhador expatriado ao qual aqui se refere é aquele que, em virtude do seu vínculo empregatício, é enviado para trabalhar em outro país, tendo assim que lá permanecer enquanto o vínculo durar.

empresa⁵⁹, e o envia para tomar parte na administração de filial sua no exterior. Este empregado expatriado passa a servir como meio de conexão entre ambas. Assim, a administração da filial pode levar em consideração a realidade do mercado em que está inserida (por meio dos empregados que contratar localmente para exercer cargos de chefia, cabendo ao expatriado selecioná-los e supervisioná-los), e ao mesmo tempo manter intactas as diretrizes da matriz (por meio do trabalhador expatriado que ela introduziu no corpo administrativo da empresa).

O envio de um trabalhador expatriado é também uma parcela do investimento que a empresa transnacional faz no país receptor. Tal envio geralmente traz custos que ultrapassam o salário que o trabalhador receberia no país de origem em até cinco vezes, tendo em vista que a matriz, nesta situação, deve garantir ao expatriado moradia, transporte, alimentação, entre outras coisas que geralmente não teria que garantir no caso de a relação de emprego ocorrer sem a necessidade da transferência internacional⁶⁰.

O entrevistado G1⁶¹ levanta um aspecto importante relacionado a este ponto. Afirma ele haverem dois momentos para a empresa transnacional, em que o grau de necessidade da expatriação é distinto. Em um primeiro momento, quando a empresa ainda não se fixou no país (ainda está sendo constituída e implantada a filial), a expatriação é indispensável por ser a alternativa mais rápida para a empresa:

Quando você está iniciando uma companhia, é muito mais complicado. Você não tem como começar uma operação em um outro país, como o Brasil, por exemplo, sem trazer alguém de fora, um expatriado. Esse “cara” vai organizar a empresa até que ela tenha

⁵⁹ FISHER-YOSHIDA e GELLER diagnosticam que não necessariamente o trabalhador a ser enviado pela empresa será um nacional de seu país de origem, existindo atualmente certa tendência de se enviar nacionais de países distintos para assumir cargos de chefia na filial em um terceiro país. Mesmo assim, continua havendo expatriação de trabalhadores com o mesmo fim, o que não afeta o objeto da pesquisa. Cf. FISHER-YOSHIDA, Bethy & GELLER, Kathy. **Transnational leadership development: preparing the next generation for the borderless business world.** New York: Amacom, 2009. p. 2

⁶⁰ Tal informação é trazida por WILSON e DALTON, no seguinte trecho: “A CFO magazine article (June 1998) noted that with tax equalization, housing allowances, and cost-of-living adjustments and other benefits, the typical U.S. expatriate compensation package is three to five times base salary at home. (...) the expatriate staffing solution is expensive (...)”. Cf. WILSON, Meena & DALTON, Maxine. **International Success: Selecting, developing and supporting expatriate managers.** Greensboro: Center for Creative Leadership, 1998. p. 3

⁶¹ Entrevistado G1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em setembro de 2010, em arquivo junto ao autor.

uma “massa crítica mínima” de empregados, (...) até que o quadro de funcionários desta empresa esteja minimamente estável. (...) Se o importante é rapidez no início da operação (...) você precisa trazer alguém da matriz ou de alguma outra empresa que seja importante no grupo (...) que venha desenvolver o trabalho aqui. (informação verbal)⁶²

No segundo momento, a empresa já se encontra fixada no Brasil há certo tempo, com um quadro de funcionários estabilizado, mas ainda tendo o corpo decisório (cargos de alta gestão) composto basicamente por funcionários expatriados. A partir deste momento, o entrevistado identifica existir uma tendência entre as empresas transnacionais de organizar seminários e cursos internacionais onde se promova a harmonização das técnicas de gestão utilizadas naquela empresa. As filiais internacionais, no caso, enviam seus executivos nacionais (contratados localmente, não-expatriados) para estes encontros, para a difusão e uniformização dentre os profissionais da empresa, das técnicas a serem adotadas internamente. A partir deste treinamento internacional, o gestor brasileiro (no caso), por já ser conhecedor das “melhores práticas de gestão” (termo este utilizado pelo entrevistado G1), bem como das políticas internas e do *modus operandi* em geral da empresa, torna-se apto a ocupar, na filial, um cargo de gestão que antes só poderia ser ocupado por um funcionário expatriado. E essa capacidade de ocupação prévia pelo expatriado só existia porque este era detentor dos conhecimentos que o profissional contratado localmente adquiriu a partir do seminário realizado pela matriz:

“Hoje em dia, no Brasil, as multinacionais tem contratado executivos “locais” (...). As empresas hoje fazem o treinamento de todos os seus gestores, do mundo inteiro, no mesmo lugar e da mesma maneira. (...) Isso acontece para que todos possam ser treinados com as mesmas práticas de gestão e ter o mesmo nível de conhecimento. (...) Além dos cursos internos na empresa, as filiais enviam seus gestores para uma universidade de ponta em algum local do mundo, em cursos em que se encontram gestores das filiais da empresa no mundo todo. (...) Uma vez que o quadro [de empregados] da filial esteja minimamente estabilizado, uma vez que você já tenha as pessoas [funcionários brasileiros] estabelecidas em seus lugares e conhecendo minimamente a empresa, aí você pode colocá-las para treinar fora [do país]” (informação verbal)⁶³

⁶² Entrevistado G1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em setembro de 2010, em arquivo junto ao autor.

⁶³ Entrevistado G1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em setembro de 2010, em arquivo junto ao autor.

Nesta linha, é interessante destacar que o próprio entrevistado G1 é, ele próprio, brasileiro formado no país e contratado por empresa transnacional, onde atualmente ocupa um alto cargo de gestão. Ele mesmo passou por este processo de contratação local e posterior envio para treinamento internacional, onde pôde aprender as práticas de gestão da empresa ao lado de outros gestores na mesma situação que ele, apesar de advirem de países distintos.

A fala do outro entrevistado do grupo, G2⁶⁴, coloca a expatriação como uma espécie de alternativa mais rápida de a empresa implantar seu “ferramental de gestão” nas matrizes ao redor do mundo. Ou seja, para ele, a expatriação é estrategicamente importante quando, para a empresa, é mais eficiente trazer de fora um profissional que já conheça os métodos de gestão utilizados internamente ao invés de treinar um funcionário (o que leva tempo e dinheiro):

Os procedimentos de gestão da empresa já são uniformizados mundialmente. Para que um profissional possa trazer resultados rápidos para a empresa, ele precisa conhecer todas as ferramentas [de gestão da empresa]. Quando ele já as conhece, a empresa não precisa gastar tempo em treinar e investir no indivíduo para que depois ele comece a gerar os resultados. (...) No caso de ingresso da empresa no país, cada empresa tem uma característica diferente. Na maior parte das vezes, realmente é desta forma que descrevi. Mas existem empresas que tem uma política distinta, de buscar os executivos locais. Esses são treinados pela empresa para que possam ocupar os cargos de gestão. No caso da empresa onde trabalho, por exemplo, ocorre uma mistura dos dois. Se há um indivíduo habilitado a absorver rapidamente essas ferramentas [internas de gestão da empresa], então ele tem preferência porque conhece um ambiente que a empresa não conhece. Agora, quando a empresa já está no país, a gestão da empresa não irá parar para aguardar o treinamento do executivo, então às vezes é mais fácil trazer alguém de fora do que buscar no mercado alguém que queira aprender sobre a gestão [interna]. (...) (informação verbal)⁶⁵

Fica evidente, a partir da fala de ambos os entrevistados acima citados, a relação entre expatriação e a existência de técnicas de gestão uniformizadas dentro das empresas. Para ambos os entrevistados, a expatriação faz parte do início de qualquer operação de transnacionalização de uma empresa, traduzida na entrada de filial desta em

⁶⁴ Entrevistado G2 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em agosto de 2010, em arquivo junto ao autor.

⁶⁵ Entrevistado G2 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em agosto de 2010, em arquivo junto ao autor.

um novo país. Isso porque, havendo técnicas de gestão uniformizadas internacionalmente dentro do grupo empresarial, do ponto de vista dos entrevistados, é alternativa mais célere (ou até mesmo a única) enviar um empregado estrangeiro (não necessariamente do mesmo país que a matriz) que já seja conhecedor destas técnicas para a montagem da filial do que treinar algum profissional contratado localmente. O que pode acontecer, conforme a fala acima transcrita do entrevistado G2, é a contratação de executivos locais que rapidamente possam absorver as técnicas padronizadas de gestão para que estes possam auxiliar na implantação da filial, estando na condição de conhecedores do ambiente. Isso não anula, porém, o fato de que haverá, na base desta operação, um gestor expatriado (afinal, este profissional é quem avaliará, contratará e submeterá a treinamento os executivos locais).

Dessa forma, identificam-se dois momentos em que a expatriação recebe relevância distinta do ponto de vista empresarial. O primeiro é no momento de fundação da filial. Nele, a empresa não encontra alternativa que não seja a expatriação de um gestor habilitado a montá-la e implantar ali as técnicas padronizadas de gestão. O segundo já vislumbra a empresa fixada no país. Nele, a expatriação passa a ser uma alternativa. Isso porque a empresa pode buscar o treinamento de executivos locais, uma vez já implantadas na empresa as técnicas uniformes de gestão.

Vale adicionar ainda que os entrevistados identificam uma tendência geral de inversão no fluxo migratório de gestores da empresa ao longo do tempo, no caso brasileiro. Se no início (instalação da empresa), ela não tem alternativa mais viável do que enviar um funcionário estrangeiro ao país (sendo a expatriação, neste momento, fundamental e indispensável à transnacionalização da empresa), conforme a empresa se estabelece no país e treina gestores do país da filial, estes passam, eles mesmos, a ser aptos à expatriação.

Ambos os entrevistados, a despeito de atuarem em setores distintos da economia, identificam, em sua experiência pessoal, o crescimento desta tendência de diminuição da necessidade da expatriação (ela continua ocorrendo mesmo após a empresa já ter se estabilizado no país, mas em menor grau do que no início) conforme a empresa vai operando ao longo do tempo. Para sua instalação no país, precisa trazer gestores de outro país. Passado um certo período de tempo, após ela treinar gestores locais, passa a

poder enviá-los para exercer cargos de gestão em outras filiais no exterior ou mesmo na matriz. Esse é, inclusive, o caso dos entrevistados: formados no Brasil e contratados por empresas transnacionais, foram enviados a estudar no exterior as práticas de gestão utilizadas pela empresa. Após tempo de trabalho, a própria empresa lhes ofereceu a oportunidade de fazer parte da gestão de filial no exterior, iniciando uma “carreira global”. Ambos os entrevistados receberam tal oportunidade, tendo-a recusado por motivos pessoais. Porém, e por fim, é necessário ressaltar que também consta da fala dos entrevistados que mesmo existindo tal tendência, a chamada de trabalhadores estrangeiros continua a ser prática recorrente nas empresas transnacionais, pelos motivos expostos acima.

Em suma, pode-se fazer duas constatações quanto à inserção da expatriação no contexto da transnacionalização empresarial, e quanto à importância dela para as empresas. Em primeiro lugar, que o envio de trabalhadores estrangeiros de sua confiança para o comando da gestão da filial é uma necessidade e uma demanda da empresa transnacional principalmente no início de suas operações no país, que só assim encontra meio hábil para a constituição de sua filial de forma minimamente segura. Em segundo lugar, que existe uma tendência à redução do número de funcionários expatriados de acordo com o grau de estabilidade de funcionamento da empresa no país. Tanto é que, na linha do mencionado pelo entrevistado G1, é hoje normal que as empresas busquem o treinamento internacional de executivos localmente contratados. Por meio deste treinamento, passa a ser possível para a empresa manter um quadro de gestores composto não exclusivamente por funcionários expatriados, com a conseqüente redução da dependência destes imigrantes.

Sendo a expatriação peça-chave no processo de transnacionalização das empresas (sem ela, é muito difícil que uma empresa consiga ingressar no país), é absolutamente possível afirmar que, para o sucesso da instalação da empresa no país, é necessário que lá existam normas que permitam a entrada e permanência destes gestores. Ou seja, é necessário que a política nacional de imigração do país receptor seja compatível com esta pretensão empresarial. Caso contrário, a expatriação pode ser impossível, ficando prejudicada a instalação e o funcionamento da transnacional naquele país. Quanto mais flexíveis e favoráveis à entrada e estadia do estrangeiro no país forem tais normas, melhor para a transnacional. Normas que imponham exigências

muito estritas ou rígidas para a permissão à entrada e permanência do gestor aumentam os custos de transação ligados à expatriação (que já são, por natureza, altos). Quanto mais rígidas forem estas normas, maior terá que ser o esforço e o investimento da empresa na obtenção do visto para trabalho, e menor será a liberdade relativa do expatriado dentro daquele país⁶⁶.

3.2 A expatriação da perspectiva do país receptor: a conciliação entre proteção da mão-de-obra nacional e expatriação de gestores

A entrada de empresas transnacionais, por consubstanciar um investimento estrangeiro direto no país receptor, é geralmente vista como algo positivo. Isso porque a instalação de uma nova empresa com porte transnacional, como não é surpresa, promove a assimilação de novas tecnologias, a geração de empregos, abastecimento em produtos ou serviços, arrecadação tributária, entre outros aspectos⁶⁷. Há, geralmente, um esforço de atração de grandes empresas para dentro de um país.

Mas o fato de o Estatuto do Estrangeiro determinar que a imigração só possa ocorrer a pretexto de inovação e transferência de tecnologia (em geral) e terá como princípio, dentre outros, a proteção da mão-de-obra nacional, à primeira vista sugere um conflito entre este esforço de atração e a legislação vigente. Isso porque a expatriação de gestores que, como visto acima, tem um papel muito bem determinado e essencial dentro do processo de transnacionalização empresarial, não cumpre os requisitos supramencionados. Viu-se, no item anterior, que a expatriação é peça essencial dentro da transnacionalização de empresas. Ela, como não é novidade, prevê a entrada de trabalhadores estrangeiros no país receptor do investimento. Da perspectiva do país

⁶⁶ Se imaginarmos, por exemplo, um país em que somente nacionais ou naturalizados podem exercer cargos de gestão em empresas, ou em que estrangeiros, a despeito de terem autorização de permanência no país por tempo indeterminado, não podem exercer funções de chefia dentro de empresas (e conforme veremos, esse era o caso brasileiro até a década de 90), ficaria ainda mais difícil a prática plena da atividade empresarial transnacional.

⁶⁷ Para as repercussões que a existência de empresa traz, cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 233.

receptor, tal entrada poderia significar afronta à parcela da mão-de-obra nacional⁶⁸, que, ao invés de ser empregada dentro de uma estrutura produtiva instalada no país, pode ser preterida frente à mão-de-obra estrangeira. Para evitar que trabalhadores nacionais percam empregos ou tenham seus salários reduzidos só pelo critério da nacionalidade, busca-se, assim, a instauração de mecanismos⁶⁹ normativamente instituídos que não permitam que haja entrada no país de trabalhadores estrangeiros que se prestem a desempenhar funções identicamente desempenháveis por trabalhadores nacionais. Para que possa haver o ingresso no país, é necessário que o trabalhador expatriado traga em si algo que nenhum trabalhador empregável no país possa oferecer à empresa. Este diferencial é o limite básico da expatriação, que impede a substituição da mão-de-obra pelo critério único da nacionalidade.

Por outro lado, já existem há considerável tempo normas que autorizam a imigração nestas condições, e sem que tragam exigência das comprovações a princípio impostas pelo Estatuto do Estrangeiro. E a política nacional de imigração, como já discutido na seção dedicada ao tema, é pautada pelo ideal de proteção à mão-de-obra nacional, segundo o qual a imigração deve ocorrer principalmente com o objetivo de proporcionar um aumento na especialização dos trabalhadores brasileiros.

Cabe-nos, assim, buscar identificar o que permite que ocorra a conciliação entre a política nacional de imigração, que impõe a proteção à mão de obra nacional, e esta necessidade das empresas.

Seria irrazoável exigir da empresa chamante que ela comprovasse a inexistência de trabalhador brasileiro que possa desempenhar a mesma função a que o estrangeiro se presta quando sua intenção, ao enviar o trabalhador, é justamente a de ter na filial alguém que esteja diretamente ligado à matriz estrangeira por um vínculo de confiança. Ou melhor, o fato de vínculo ser de confiança já serve para provar que não há, no mercado de mão-de-obra brasileiro, trabalhador que tenha este mesmo vínculo com a empresa, uma vez que ele é personalíssimo.

⁶⁸ Está se referindo aqui à mão-de-obra “especializada” que existe no país, tal como administradores e gestores empresariais brasileiros.

⁶⁹ No caso brasileiro, pode-se notar a existência de tais mecanismos, já analisados e discutidos nos itens 2.2, 2.3 e 2.4.2

É inexigível a comprovação de que o gestor que se intenciona trazer é “mão-de-obra especializada”, também por se tratar de um cargo de confiança. Se a empresa selecionou alguém de sua confiança para gerir a sociedade, não se pode dela exigir que aquele que foi selecionado tenha qualquer requisito de qualificação prévia, ainda mais uma qualificação que não seja encontrável no país. Isso porque a empresa é livre para escolher quem deve geri-la. Restringir esta escolha pelo critério da especialização perante a mão-de-obra nacional significaria até, em última análise, que o Estado brasileiro teria participação indireta na composição do quadro de gestores daquela empresa, tendo em vista que poderia impedir a entrada no país de administradores que a própria empresa optou por instituir, forçando-a a escolher outros.

Estes fatos nos permitem concluir que os únicos requisitos para que a entrada de um estrangeiro possa ser aprovada, além dos requisitos normativamente impostos, são o vínculo de confiança entre sociedade e gestor indicado (comprovado pelo documento de indicação do indivíduo como diretor, gestor, administrador, ou outro cargo de confiança, no âmbito da empresa), e a comprovação de determinado montante de investimentos no país.

Destas afirmações decorre que não estão autorizadas as autoridades brasileiras a negar a expedição de autorização de trabalho e visto permanente ao estrangeiro sob o argumento de que ele não é mão-de-obra qualificada e que é possível encontrar trabalhadores brasileiros que desempenhem a mesma função, no caso da RN 62. Para ilustrar esta afirmação, até mesmo um semi-analfabeto poderia receber visto permanente para gerir uma sociedade no Brasil: basta que haja a comprovação do investimento requisitada pela norma, e a existência do vínculo de confiança. Isso porque não cabe à autoridade brasileira fazer juízo quanto à qualificação e à especialização do expatriado perante a mão-de-obra nacional neste caso: já é suficiente o fato de que a empresa escolheu aquela pessoa específica para geri-la⁷⁰.

O entrevistado A1⁷¹ é advogado especializado na obtenção de vistos para a expatriação de gestores de empresas transnacionais. Estando ele familiarizado com a

⁷⁰ Obviamente, empresas transnacionais irão sempre optar por enviar um trabalhador da mais alta qualificação para gerir sua filial no exterior, sendo o exemplo meramente ilustrativo.

⁷¹ Entrevistado A1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em janeiro de 2010, em arquivo junto ao autor.

legislação sobre imigração e inserido especificamente na área que pensa a questão, faz todo o sentido que sua fala conste em primeiro lugar nesta seção.

Sua fala se inicia já ressaltando a confiança que a empresa tem no profissional como um dos principais motivos a influenciar na decisão de expatriá-lo:

“O aspecto mais importante, na minha opinião, de se chamar um gestor estrangeiro é a confiança que é depositada nele pelo grupo econômico. Toda posição de administração é baseada em confiança, e isso se ganha com o tempo. Estes gestores só vem para o Brasil depois de algum tempo administrando outras empresas do grupo fora do Brasil” (informação verbal)⁷²

Mesmo que o caráter de vínculo de confiança que o cargo de gestão tem para com a empresa não seja objeto de questionamento, vale ressaltá-lo, tendo em vista que esta constatação é o ponto de partida da argumentação a respeito da conciliação entre a política nacional de imigração e a expatriação de gestores. É que, em se tratando de cargos de confiança, também na visão do entrevistado A1, comprovar que o expatriado traz consigo um conhecimento inovador, não-detido por trabalhadores brasileiros, não é algo factível:

Ainda que haja gestores brasileiros que saibam muito bem como gerir uma empresa, isso não significa que qualquer um deles esteja apto para o cargo de confiança [na empresa multinacional]. Os trabalhadores brasileiros podem ser igualmente capazes de gerir empresas, podem ter a mesma formação que o estrangeiro. O ponto decisivo aí, então, é saber em quem a empresa confia. E entre um trabalhador seu já de carreira, de vínculo de longa data, e um trabalhador brasileiro que ela não conhece, é óbvio que ela vai escolher o primeiro. (...) A legislação não pode pensar em impedir a vinda desse estrangeiro (...) porque não dá para pensar em exigir que a empresa não traga alguém de sua confiança para gerir sua filial apenas porque no país existem pessoas igualmente capazes de exercer a função. (...) Lembrando que o diretor de uma sociedade não precisa ter qualificação acadêmica ou profissional (como já disse, ele precisa ser uma pessoa de confiança do grupo). (...) Resumindo, então, a existência de um cargo de confiança significa que só uma pessoa de confiança do grupo vai poder exercê-lo. Se a sociedade constata que no Brasil, por qualquer motivo que seja, atualmente não existe ninguém que ela possa colocar nessa posição, ou se por algum motivo estratégico para ela for mais benéfico colocar um outro executivo apesar de existir um brasileiro em quem ela confia, não existe argumento pra não permitir que ela faça esse envio. Isso porque esse cargo de gestão, no caso, só está aberto para o empregado de confiança escolhido por ela (...). Ele não está

⁷² Entrevistado A1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em janeiro de 2010, em arquivo junto ao autor.

tomando o emprego de ninguém, porque a vaga só existe para quem a empresa quiser (...). Se a legislação proibisse esse envio, estaria impedindo que a empresa tomasse decisões internas por conta própria, porque estaria interferindo na decisão de quem vai geri-la, e essa decisão só faz sentido se puder ser tomada livremente pela própria empresa. (...) (informação verbal)⁷³

No sentido da fala do entrevistado acima transcrita, a prova de que a mão-de-obra que se intenta trazer é especializada e inovadora não pode ser requerida no caso dos gestores, sob pena de desvirtuamento da liberdade de a empresa escolher quem deve geri-la.

Aponta o entrevistado, ainda, algumas evidências fáticas que o levam a concluir que o argumento da inexigibilidade é aceito na prática. A primeira, segundo ele, seria o fato de ele trabalhar há já considerável período de tempo com a aquisição deste tipo específico de visto, e não costumar encontrar resistência das autoridades em sua concessão⁷⁴. A segunda seria o fato de a própria RN 62 não trazer como requisito para a concessão do visto qualquer comprovação neste sentido, a despeito de trazer outras.

A visão de que o vínculo de confiança, desde que ligado ao exercício de uma atividade previamente especificada e em cargos previamente designados, não atenta contra a mão-de-obra nacional, é compartilhada pelo entrevistado R1 que, vale a pena ressaltar, é representante, no Conselho Nacional de Imigração, de entidade nacional representativa de trabalhadores:

Com certeza - e essa não é uma visão apenas minha, mas sim da bancada dos trabalhadores - há uma necessidade de que estes gestores [expatriados] sejam especificamente ligados às multinacionais que se instalaram no país. Ninguém vai fazer um investimento astronômico aqui no nosso país sem conhecer e poder indicar uma pessoa para gerenciar seus recursos, administrar seu

⁷³ Entrevistado A1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em janeiro de 2010, em arquivo junto ao autor.

⁷⁴ Ele afirma encontrar eventualmente resistência ao tentar obter outros tipos de visto, notadamente o visto temporário na condição de técnico ou profissional sob contrato de trabalho. Cita o caso de mineradora brasileira que tentou trazer profissionais chilenos para trocarem uma peça de máquina utilizada na atividade. Conta que houve inicial resistência das autoridades em conceder o visto, alegando que tal troca poderia ser realizada por profissionais brasileiros. Somente após a comprovação de que a técnica empregada pela empresa chilena, aqui inexistente, permitia a troca da peça de forma mais célere e eficiente, é que houve a concessão do visto. Quanto a vistos para executivos, no entanto, afirma jamais ter tido que comprovar qualquer caráter inovador da mão de obra (há de comprovar apenas outras coisas como, por exemplo, o ato societário de investidura do estrangeiro no cargo de gestão, entre outros, mas nunca que a mão-de-obra tem caráter inovador e inexistente em profissionais brasileiros.

capital, aqui no país. Não há problema [nessa expatriação] desde que se trate de funções específicas (...) de gestão. (informação verbal)⁷⁵

Mas apenas constatar que não faz sentido que aos gestores se exija as referidas comprovações não resolve satisfatoriamente o conflito. Seria o caso dos gestores, então, uma espécie de aberração, no sentido de que sua prática ocorre, à primeira vista, simplesmente ignorando o dispositivo supramencionado de lei?

Cabe aí lembrar que a expatriação de gestores, apesar de ocorrer em aparente conflito direto com a legislação sobre imigração, necessita de certas provas para que possa ocorrer. Se a comprovação de que o trabalhador expatriado constitui “mão-de-obra inovadora” é não só inexigível como também não exigido pela norma que regula o assunto, é necessário ressaltar que há outras pré-condições que a empresa deve preencher para que possa expatriar um gestor. Já apresentados ao longo do trabalho, estes pré-requisitos prevêm que a sociedade deve mostrar ter um investimento de US\$200.000 no país (portanto, deve realizá-lo, caso ainda não o tenha feito), ou, alternativamente, comprovar ter US\$50.000 investidos no país e ter gerado ao menos 10 empregos (ou comprometer-se a gerá-lo dentro de certo tempo caso ainda não o tenha feito).

Afirmou-se anteriormente que esta imposição foi introduzida numa tentativa justamente de tentar garantir que, mesmo frente à inexigibilidade supramencionada, a imigração não ocorra em prejuízo da mão-de-obra nacional. A exigência das referidas comprovações de investimentos seria uma forma de compensar a suposta “tomada de empregos” promovida pela imigração do gestor (a qual, como visto, não se pode impedir), seja por meio do fomento à economia (através dos investimentos) ou pela criação de outros dez empregos.

Em relação a isso, coube perguntar aos entrevistados três coisas: 1) por que a legislação teria se preocupado em impor estes requisitos de investimento e criação de empregos; 2) se isso seria uma forma de compensar o caráter “nocivo” da expatriação

⁷⁵ Entrevistado R1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em junho de 2010, em arquivo junto ao autor.

de gestores e subsequente inexigibilidade de caráter inovador nela; 3) se estes requisitos seriam suficientes para cumprir o propósito a que se cumprem.

Logo que foi feita a apresentação dos requisitos de investimento e geração de empregos constantes da legislação brasileira ao entrevistado G2, imediatamente ele se preocupou em traçar um paralelo entre estes requisitos e aqueles constantes da legislação norte-americana sobre imigração. Afirmava lembrar-se de que naquela legislação havia requisitos muito similares, se não iguais, aos constantes da legislação brasileira. Teria sido este, em sua opinião, um dos motivos pelos quais a legislação brasileira se preocupou em requisitar as mencionadas comprovações:

Eu acho que a legislação brasileira copiou a legislação norte-americana, que é idêntica. Quando você se propõe a emigrar, mesmo não sendo um profissional, por questão de proteção de mercado de trabalho, eles querem que você prove que você está de posse de ao menos US\$200.000 para investir no país. Interessante que até os números são idênticos, e além disso você também tem que provar que está gerando empregos. É um fato concreto que você pode ganhar o green card no ato se provar que está fazendo um investimento para gerar negócios e empregos (...) (informação verbal)⁷⁶

Apenas para esclarecer, antes de continuar na exposição da fala deste entrevistado, é preciso prover rapidamente alguns dados sobre a realidade de condições para a obtenção de vistos relacionados a investimentos nos Estados Unidos. Conforme o entrevistado falou, existe uma categoria de visto em que as exigências de valores são análogas às brasileiras. Trata-se do visto na categoria “E-2”, e para obtê-lo, o indivíduo estrangeiro deve deter 50% ou mais de participação em algum empreendimento já constituído no país, que seja gerador de empregos e tenha capital de ao menos US\$200.000 (há um visto temporário que permite sua entrada para que ele possa constituir o negócio). Porém, este visto só pode ser concedido para investidores nacionais de uma lista fechada de países da qual o Brasil atualmente não faz parte.

Há um visto específico para a imigração de gestores de empresas transnacionais, mas as condições para sua concessão não são as mesmas que as mencionadas pelo entrevistado. O visto categoria “L-1A” exige que a matriz tenha ao menos 50% da propriedade da filial chamante. Além disso, exige que o executivo expatriado tenha

⁷⁶ Entrevistado G2 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em agosto de 2010, em arquivo junto ao autor.

trabalhado por ao menos um ano na empresa, nos últimos três anos, e dispõe que ele só pode exercer cargos de gestão e chefia dentro da empresa. Além disso, é interessante notar que não há, na legislação norte-americana sobre vistos de negócios e investimento em geral, quaisquer exigências de comprovação de que o executivo chamado ou o investidor entrante tem determinado nível de escolaridade ou experiência de gestão. Os requisitos são, em regra geral, apenas pecuniários e de geração de empregos⁷⁷.

Apesar de o entrevistado ter cometido um equívoco quanto à natureza do visto no caso norte-americano, sua fala quanto às motivações da legislação brasileira para impor os requisitos de investimento e geração de empregos não perdem valor:

A imposição dos investimentos, no caso no valor de US\$200.000 tem um fundamento econômico. Significa que você não está indo ao país para trabalhar e fazer a sua riqueza. É a prova de que você [no caso, a sociedade transnacional] já tem um patrimônio, e que não está tirando ninguém do mercado de trabalho para que você possa gerar as suas riquezas. É uma proteção “enrustida” ao mercado de trabalho. De fato isso acontece. (...) Já no caso dos US\$50.000 mais a geração de empregos, esta exigência ocorre justamente para que você possa ter um pequeno negócio com este dinheiro, e fazer esta riqueza se multiplicar utilizando a mão-de-obra local, que são os dez empregos. É uma postura diferente dos US\$200.000, onde você não precisa empregar ninguém, mas, através do seu capital, você vai gerar riqueza para o país, investindo nele. (...) (informação verbal)⁷⁸

A fala do entrevistado G2 pode se somar a esta outra colocação feita via e-mail pelo entrevistado A1, exatamente no que se refere à motivação da legislação para impor os tais requisitos:

Acredito que a legislação imponha estes requisitos devido ao seguinte:

(i) Comprovação que o grupo econômico tem interesse em realmente investir no país e não somente substituir mão de obra nacional;

(ii) Contraprestação para a autorização de um estrangeiro vir ao país exercer uma posição de administrador. Lembrando que o diretor de uma sociedade não precisa ter qualificação acadêmica ou profissional (como já disse, ele precisa ser uma pessoa de confiança do grupo), portanto, este ponto pesa

⁷⁷ Todos os dados referentes a normas de imigração nos EUA foram retirados de U.S. DEPARTMENT OF STATE (Departamento de Estado dos EUA). **Investment and Business Visa - US Immigration.** Disponível em: <http://travel.state.gov/visa/temp/types/types_1273.html>. Acesso em: 30 set. 2010.

⁷⁸ Entrevistado G2 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em agosto de 2010, em arquivo junto ao autor.

*também. Talvez ao investir 200 mil, o governo “relewa” a qualificação e a justificativa de trazer mão de obra estrangeira*⁷⁹

Em seguida, cabe citar também a fala do entrevistado R1 em resposta a essa mesma questão, que complementa as falas dos entrevistados anteriormente citados:

*A lógica por detrás destes requisitos é a de que hoje, muitas empresas [transnacionais] fazem um investimento muito baixo e não geram nenhum posto de trabalho. São empresas principalmente voltadas à informática, baseadas em um investimento que não gera nenhum emprego em nosso país. O Conselho [Nacional de Imigração] teria que conceder o visto para o gestor desta empresa estar em nosso país sendo que não teríamos “nada em troca”, vamos dizer. É uma espécie de compensação. Eu ainda não fazia parte do Conselho quando essa norma foi expedida, mas meus pares que já estavam lá me disseram que antes de existir essa norma, era muito frágil esta questão (...). Havia casos, por exemplo, em que uma pessoa [estrangeira] comprava uma pousada no nordeste por um valor muito inferior a US\$200.000, organizava-a como empresa e subseqüentemente solicitava vistos a todos os seus familiares no exterior alegando que viriam gerir o empreendimento, sem gerar um único emprego. Ato como esse não significam investimento no país, e não proporcionam a geração de qualquer emprego. Então, resolveram criar esta norma para buscar minimizar o prejuízo no emprego [da mão-de-obra nacional], pois era possível que a empresa trouxesse inúmeros ditos gestores e não gerasse um único emprego. Ao contrário. Como toda a família do estrangeiro conseguia adquirir vistos permanentes com o processo, ela acabava tirando empregos dos trabalhadores locais, pois um pequeno empreendimento não era capaz de manter todo o sustento familiar [assim, os membros da família eram obrigados a buscar empregos no país]. Então alguns estrangeiros podiam entrar no país sem gerar empregos, e ainda tirar empregos dos trabalhadores nacionais. Isso não está de acordo com a função do Conselho. A função do Conselho é proteger o emprego nacional. (informação verbal)*⁸⁰

Por fim, cabe citar também a breve fala do entrevistado G1 sobre o assunto, que guarda um olhar parcialmente distinto dos entrevistados anteriores a respeito das motivações para a legislação impor estes requisitos:

Isso existe para além de se proteger, se desenvolver a mão-de-obra local. (...) Esta imposição é feita para que a empresa tenha um estímulo a também desenvolver outras pessoas aqui, ao invés de só trazer pessoas de fora.(...) Mais do que proteger a mão-de-obra nacional, eu diria que é uma tentativa de estimular o

⁷⁹ Entrevistado A1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em setembro de 2010, em arquivo junto ao autor.

⁸⁰ Entrevistado R1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em junho de 2010, em arquivo junto ao autor.

desenvolvimento dela, para que “amanhã” não seja necessário você trazer uma pessoa de fora. (...) (informação verbal)⁸¹

Estas quatro falas podem ser sintetizadas em uma conclusão a respeito dos motivos pelos quais a RN 62, do Conselho Nacional de Imigração, impõe os requisitos de prova de investimento no montante de US\$200.000 no Brasil ou, alternativamente, prova de investimento de US\$50.000 e a comprovação ou o comprometimento à geração de 10 empregos. Partir-se-á dos elementos nelas mencionados para se estruturar uma síntese quanto à questão.

Primeiramente, é necessário ressaltar algo que é unânime entre não só os entrevistados citados, mas entre todos os que comentaram a questão: a legislação impõe estes requisitos como forma de proteção à mão-de-obra nacional.

Não podendo o visto ser negado ao gestor devido ao argumento do vínculo de confiança (impossibilidade esta que, inclusive, foi citada pelo entrevistado R1 sem que tivesse sido anteriormente mencionada na entrevista), o órgão regulamentador da imigração tinha, por outro lado, que encontrar um meio de evitar que a expatriação nesta modalidade se desse de forma indiscriminada e em prejuízo da mão-de-obra nacional, como no exemplo dado pelo entrevistado R1.

Em casos de empresas transnacionais que tem pequenos investimentos no país⁸², a comprovação de geração de dez empregos se faz essencial porque é possível se presumir, razoavelmente, que o valor investido poderia dar margem a uma situação onde a imigração ocorresse em prejuízo da mão-de-obra nacional. O requisito da geração de empregos, neste caso, é colocado para garantir que, mesmo em hipóteses de baixo investimento (em que o potencial de movimentação da economia é menor), empregos serão gerados, auxiliando a absorção da mão-de-obra nacional.

Já no caso de níveis de investimento maior (hipótese da exigência de comprovação de US\$200.000), por este valor presumidamente corresponder a um empreendimento de maior porte, com maior potencial de movimentação da economia,

⁸¹ Entrevistado G1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em setembro de 2010, em arquivo junto ao autor.

⁸² Trata-se da hipótese de investimentos de no mínimo US\$50.000.

não se exige a comprovação de que ele gerará postos de trabalho. Para cada novo gestor que esta empresa quiser chamar do exterior, deve comprovar que tem uma cota neste valor investida no país. Empresas transnacionais de maior porte que, pelo tamanho, necessitem chamar mais gestores, poderão fazê-lo sem ter que gerar postos de trabalho. A lógica nesta possibilidade, segundo as entrevistas, estaria no fato de que um empreendimento de grande porte necessariamente irá gerar outros postos de trabalho a serem oferecidos ao mercado de mão-de-obra brasileiro.

Ainda, a fala do entrevistado G1 apresenta outra interessante intenção que estas imposições teriam. Em sua visão, elas têm o intuito de desenvolver a mão-de-obra nacional, além de protegê-la. De fato verificamos, ao responder à questão referente ao papel da expatriação no contexto da transnacionalização, que há atualmente uma tendência de estas empresas buscarem o treinamento de gestores localmente contratados. O que afirma o entrevistado é que como essas imposições encareceriam o processo de transnacionalização, elas teriam o condão de gerar estímulos para que as empresas treinem executivos locais, ao invés de sempre trazer profissionais estrangeiros. Esta seria uma das intenções por detrás das imposições.

Exatamente neste ponto é que podemos passar para a resposta e análise da segunda pergunta ligada à imposição dos mencionados requisitos pela legislação: seriam eles efetivos a o que se prestam a cumprir? Tendo em vista que foi possível delinear claramente as intenções da norma ao impô-los, resta agora saber, com base nas respostas dadas pelos entrevistados, se eles funcionam, se são a melhor forma de fazer o que se prestam a fazer.

O entrevistado G1, que defendeu que a imposição de tais requisitos seria uma tentativa de estimular o desenvolvimento da mão-de-obra nacional, prontamente responde que eles não são efetivos para cumprir o que pretendem:

Eu acho que é pouca coisa. Acho que o mais importante não é esse tipo de investimento de pequeno porte, que não representam quase nada para as grandes multinacionais. Essa contrapartida deveria estar ligada de alguma forma ao ensino, às escolas. Hoje, as escolas de gestão no Brasil estão em um nível muito abaixo das do exterior. O importante seria estruturar um mecanismo que permita o investimento e o aprimoramento destas escolas, porque só assim seria possível você formar o executivo no Brasil. (...) Hoje, a maioria dos gestores brasileiros são treinados fora [do país]. Se a intenção é desenvolver a mão-de-obra local, apenas colocar essa exigência

*isolada de prova de investimento não ajuda em nada nisso. (...)
(informação verbal)*⁸³

Já foi mencionado, ao longo deste trabalho, que os investimentos a serem comprovados não precisam ser feitos em virtude da vinda do executivo. A empresa pode, assim, trazer um executivo mostrando que investiu o valor necessário em algo qualquer, a qualquer momento. A vinda do estrangeiro já é possibilitada por algo que a empresa já teve que fazer para que lhe fosse possível operar no país (por exemplo, adquirir imóveis, plantas de produção, etc.). Além disso, pelo próprio porte do empreendimento ser transnacional, de maneira geral o valor de US\$200.000 é muito pequeno para estimular a empresa a treinar funcionários locais quando ela simplesmente pode trazer um profissional estrangeiro já apto ao desempenho do cargo. E ainda, se levarmos em consideração que este valor não representa necessariamente um gasto para a empresa (já que ela não precisa investir este valor em virtude da chamada), estes estímulos perdem ainda mais efetividade.

Os demais entrevistados, que ressaltaram o caráter de proteção ao emprego nacional que estas imposições teriam, afirmaram que a norma consegue cumprir este papel. O entrevistado R1 não responde diretamente à questão, mas subentende-se em sua fala transcrita que ele acredita na efetividade da imposição, no sentido de que ela é essencial para coibir abusos. Realmente, se imaginarmos um cenário de ausência destes requisitos, como no exemplo citado pelo próprio entrevistado, fica muito clara a forma com que a imposição pode proteger a mão-de-obra nacional. Em não existindo a possibilidade de negar a concessão de vistos para gestores, sob pena de se colocar empecilhos ao processo de transnacionalização de empresas, resta à legislação buscar garantir que a imigração, apesar de não ocorrer a pretexto de difusão de conhecimento e tecnologia, irá gerar empregos (no caso da opção pelos US\$50.000) ou movimentar a economia de forma que se pode presumir que empregos serão gerados (US\$200.000). Ao mesmo tempo, se não é possível negar o visto, pelo menos é possível evitar que empresas abusem do direito de expatriar gestores.

⁸³ Entrevistado G2 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em setembro de 2010, em arquivo junto ao autor.

Já o entrevistado A1 faz uma análise mais indireta da efetividade dos requisitos, sem abordar o “mérito” da discussão:

Sim, acredito que são efetivos, até porque o CNIG tem sido dinâmico o suficiente para alterar resoluções que necessitam de alterações. Esta, porém, até agora, não sofreu nenhuma. (informação verbal)⁸⁴

Mesmo que seja curta e não discuta a essência da questão, a análise não é desprezível. Há de se considerar que o CNIG é composto por representantes de diversas áreas e grupos de interesse social. A bancada representativa dos trabalhadores no Conselho, por exemplo, caso considerasse que a norma não está cumprindo com seu papel de proteger o emprego nacional, teria se mobilizado em favor de uma mudança na forma com que ela está atualmente estruturada. Neste caso específico, como dentro do Conselho há grupos de representação direta dos interesses da mão-de-obra nacional, e o processo para mudança da norma é mais flexível do que na legislação ordinária, o argumento do entrevistado A1 adquire plausibilidade. Neste caso, de fato, se houvesse insatisfação quanto ao conteúdo dos requisitos por parte das bancadas mais preocupadas com a proteção da mão-de-obra nacional, certamente já haveria indícios disso na própria norma, ou ao menos na fala do entrevistado R1, que é justamente um integrante desta categoria.

Uma vez apresentados os resultados das entrevistas referentes a este ponto, é interessante sintetizar as respostas apresentadas em um bloco único, para que a compreensão da resposta como um todo se torne mais fácil.

Os entrevistados foram convidados a refletir e responder perguntas sobre as relações entre a expatriação de gestores (que não ocorre a título de transferência de tecnologia) e a proteção da mão-de-obra nacional. Neste ponto, a discussão levantada foi a de que a legislação não poderia impedir a expatriação de gestores de empresas transnacionais sem dificultar o processo de transnacionalização como um todo, e que a empresa é livre para escolher quem deve geri-la, não importando a nacionalidade desta pessoa. A questão do vínculo de confiança existente entre empregado e empresa é, aí, o

⁸⁴ Entrevistado A1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em setembro de 2010, em arquivo junto ao autor.

argumento central para permitir a imigração mesmo que esta não represente assimilação de tecnologia.

Já que a permissão à expatriação, no caso, deve ser permitida, a legislação impôs, como contrapartida, requisitos para que seja concedido o visto ao gestor. Isso porque a legislação deve proteger a mão-de-obra nacional e, como visto na fala do entrevistado R1, a não-imposição destes requisitos dá margem a abusos por parte das empresas. De forma geral, os entrevistados consideram que estes requisitos foram colocados pela legislação para que a mão-de-obra nacional não perdesse nada com a vinda de um estrangeiro para ocupar um posto de trabalho no país (mas ao contrário, ganhar com isso), e para buscar desenvolvê-la. Ainda, consideram-nos efetivos no cumprimento dos objetivos a que se prestam, exceto no que se refere ao desenvolvimento da mão-de-obra nacional.

3.3 A expatriação de gestores como fator facilitador do desenvolvimento

Durante o trabalho, mencionou-se haver certa dependência da política de desenvolvimento brasileira de capitais estrangeiros. Tomando esta afirmação como premissa, é pertinente investigar a existência de ligações entre o tema da expatriação de gestores com o desenvolvimento nacional. Então, busca-se fazer aqui uma análise sobre como estas normas específicas que permitem a concessão de vistos a estes profissionais tem o condão de se relacionar com o desenvolvimento do país.

O evento que impacta de forma principal a economia do país é a transnacionalização da empresa como um todo. Mas a expatriação, mesmo que instrumental à transnacionalização, por ser uma variável importante na decisão a ser tomada pela empresa, merece ser analisada específica e separadamente. Sendo assim, a questão será analisada com base nas entrevistas.

A primeira fala que convém citar, para iniciar a apresentação, é uma que já foi citada anteriormente pelo entrevistado R1:

Ninguém vai fazer um investimento astronômico aqui no nosso país sem conhecer e poder indicar uma pessoa para gerenciar

*seus recursos, administrar seu capital, aqui no país (informação verbal)*⁸⁵

Está implícita neste aspecto da fala do entrevistado uma das relações mais importantes da expatriação de gestores com o desenvolvimento econômico do país. Mesmo sem expressar isso diretamente, o que o entrevistado quis dizer é que a expatriação dá à empresa uma parcela da confiança para realizar o investimento no país e transnacionalizar-se. Não sendo possível dizer que apenas a garantia de expatriação célere e sem uma alta carga de onerosidade será o único fator a pesar na decisão da empresa de adentrar o país, também não é nada possível afirmar que ela é uma variável irrelevante. E o motivo disso é justamente o que aparece na breve fala acima transcrita: a garantia de expatriação permite à empresa ter segurança de que seus investimentos eventualmente feitos no país poderão ser geridos por quem ela indicar para fazê-lo.

Apesar de as afirmações feitas no parágrafo anterior parecerem nada além do óbvio, é necessário lembrarmos como era o processo de expatriação de gestores antes do advento das primeiras normas a criarem vistos específicos para a categoria⁸⁶. Quem nos traz esta informação (que inclusive já foi mencionada anteriormente no trabalho) é o entrevistado A1:

*O fundo histórico que eu sei a partir de conversas com autoridades é que vários advogados de grandes empresas entravam na Justiça exigindo que estrangeiros com visto temporário (em uma época que não havia esta resolução) tivessem poder de gerir uma multinacional por falta de brasileiros capazes de assumir tal cargo. Houve uma pressão forte do Judiciário em cima do CNIg, que eventualmente emitiu essa resolução. (...) (informação verbal)*⁸⁷

Ou seja: antes da existência de tais normas, a empresa estrangeira que está ponderando sobre transnacionalizar-se ao Brasil não tinha qualquer garantia primária de que poderia colocar alguém de sua confiança para gerir seus recursos e administrar sua filial no Brasil. Para adentrar o mercado brasileiro, do ponto de vista imigratório, ela

⁸⁵ Entrevistado R1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em junho de 2010, em arquivo junto ao autor.

⁸⁶ A primeira norma a fazê-lo foi a Resolução nº 29, do CNIg, expedida em 1994.

⁸⁷ Entrevistado R1 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em setembro de 2010, em arquivo junto ao autor.

teria, em primeiro lugar, que enviar alguns de seus funcionários ao país obtendo-lhes vistos temporários para negócios, a fim de que estes pudessem promover a constituição da filial. Logo em seguida, estes mesmos estrangeiros, além de não poderem constituir eles mesmos a empresa, também não poderiam assumir cargos de administração e gestão após sua constituição. Tudo porque o Estatuto do Estrangeiro veda expressamente, em seu art. 99, que estrangeiros façam tudo isso:

“Art. 99. Ao estrangeiro titular de visto temporário e ao que se encontre no Brasil na condição do artigo 21, § 1º, é vedado estabelecer-se com firma individual, ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil, bem como inscrever-se em entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)”

Não podendo a empresa instituir seus próprios funcionários para gerir sua filial no Brasil, restava-lhes ingressar na Justiça pedindo autorização especial para que eles pudessem fazê-lo, em confronto direto com a lei (como mencionou o entrevistado). Ou então, instituir profissionais brasileiros que nunca haviam sido seus empregados para geri-la. Qualquer que fosse a opção tomada pela matriz, não havia alternativa que lhe permitisse instituir como gestor um funcionário previamente conhecido e escolhido por ela. A palavra empregada não o é por acaso: tratava-se, mesmo, de encontrar *alternativas* à opção mais favorável, que seria o envio direto de um empregado seu. Isso tudo, sem dúvida, era fator relevante a ser levado em consideração na decisão de a empresa se transnacionalizar ou não. Afinal, significava que a matriz não poderia ter alguém de sua confiança que pudesse gerir a filial: essa confiança teria que ser construída junto a um profissional brasileiro, quando impossível forçar a expatriação pela via judicial.

Ainda que a vedação à expatriação de gestores não significasse que a transnacionalização seria impossível (tanto é que estas empresas já se encontravam no Brasil décadas antes da primeira norma sobre vistos específicos para gestores), ela certamente tinha o condão de atrasar o processo. Isso porque a salvaguarda judicial é sabidamente demorada (e, mesmo se obtido em sede liminar, não há nada a impedir que com sua cassação a empresa fique desamparada), e a construção da confiança junto a um profissional brasileiro também não levará pouco tempo. O peso exato que esse óbice representa na decisão da empresa de se transnacionalizar, entretanto, seria tema hábil para outro estudo, razão pelo qual não nos colocamos a fazer ponderações posteriores sobre ele.

Em suma, a inexistência de uma norma que permita à matriz instituir um funcionário seu, de confiança (e presumidamente estrangeiro) constitui óbices à transnacionalização em si, por torná-la mais morosa e por não proporcionar à matriz garantias mínimas de segurança quanto à gestão de seu capital investido no país (uma vez que esta não poderia instituir na administração da filial um profissional por ela escolhido).

Não por outro motivo é que a primeira norma surge exatamente no ano de 1994, ligada ao contexto de desestatização e busca por atração de capitais estrangeiros. O óbice jurídico existente foi facilmente sanado pela Resolução nº 29 do CNIg. Uma vez que apenas os estrangeiros detentores de vistos temporários estavam, por força de lei, proibidos de constituir empresas e exercer cargos de gestão, autorizou-se a concessão de visto permanente a estes profissionais, desde que atendidas as condições constantes da própria norma e da lei. Por outro lado, o óbice de celeridade e de oferecimento de garantias mínimas de segurança para a matriz foi também sanado com o surgimento do visto específico.

Cabe observar que o modelo de vedação à expatriação de gestores hoje em dia é algo tão contraproducente que é absolutamente impensável. Tão natural é a chamada de gestores internacionais tem no cenário atual, que o entrevistado A2, apesar de estar ligado a entidade representativa de trabalhadores, não enxerga outra possibilidade frente ao cenário da globalização:

Trazer uma diretoria de fora pra cá, por exemplo, é uma necessidade de mercado pra empresa. É globalização. Não tem como você impedir isso ou bloquear a entrada de gente de fora para trabalhar aqui, ainda mais nos altos cargos. Isso porque é gente preparada que vem, gente que tem experiência. Não tem como você inibir esse tipo de coisa, e acho que isso é até algo saudável, porque eles vêm trazer um novo modelo de produção, novas idéias de fora pra cá... (informação verbal)⁸⁸

Este olhar de naturalidade para com a expatriação de gestores nada mais é do que fruto da existência das normas que permitem a concessão de vistos específicos a eles. A possibilidade de envio de profissionais estrangeiros pela matriz para gerirem a filial se torna, por intermédio destas normas permissivas, aspecto indissociável da

⁸⁸ Entrevistado A2 [ver apêndice A]. Entrevista realizada em abril de 2010, em arquivo junto ao autor.

transnacionalização. Podemos lembrar, além da visão do entrevistado A2, elementos de falas dos outros entrevistados já anteriormente transcritas que permitem concluir isso:

“Você não tem como começar uma operação em um outro país, como o Brasil, por exemplo, sem trazer alguém de fora, um expatriado” (Entrevistado G1);

“(...) A legislação não pode pensar em impedir a vinda desse estrangeiro (...) porque não dá para pensar em exigir que a empresa não traga alguém de sua confiança para gerir sua filial apenas porque no país existem pessoas igualmente capazes de exercer a função” (Entrevistado A1);

“Ninguém vai fazer um investimento astronômico aqui no nosso país sem conhecer e poder indicar uma pessoa para gerenciar seus recursos, administrar seu capital, aqui no país” (Entrevistado R1).

Por fim, é importante ressaltar mais uma vez que o evento principal que influencia no desenvolvimento econômico do país é a transnacionalização da empresa. A possibilidade de expatriar gestores internacionais é importante porque cria condições mais favoráveis à tomada dessa decisão. Sendo uma variável consideravelmente relevante no cálculo feito pela empresa sobre se transnacionalizar ou não, hoje a possibilidade de expatriação já é encarada com tanta naturalidade pelos profissionais do ramo (conforme mostrado acima) que mal é possível pensar em transnacionalização sem ela. É justamente por facilitar o processo, e ser um ponto favorável à transnacionalização é que é possível afirmar que a expatriação de gestores guarda pontos de conexão com o desenvolvimento do país⁸⁹.

⁸⁹ Tanto é que exatamente no momento em que a busca por capital estrangeiro se torna mais intensa, em meados dos anos 90, é que estas normas primeiramente surgem.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

Foram expostos, ao longo deste trabalho, diversos pontos que buscam clarificar a relação entre o processo de transnacionalização de empresas e a dinâmica que envolve a expatriação de gestores. Esta expatriação é tomada hoje como algo tão natural e inerente tanto ao processo de transnacionalização empresarial quanto de globalização como um todo, que pouco se pensa em analisá-lo. Como do ponto de vista prático estas expatriações ocorrem sem grandes problemas, talvez até hoje tenha se pensado que o tema não trazia qualquer dentro tensão ou questão jurídica a se pensar.

Foi possível identificar que, do ponto de vista jurídico, a questão da expatriação foi construída sob mecanismos delineados de forma a não causar problemas de incompatibilidade com a lei, e ao mesmo tempo a acomodar os interesses de todos os grupos interessados na questão. A proteção da mão-de-obra nacional, os interesses das empresas, e as políticas governamentais de atração de capital externo encontram, na legislação sobre expatriação de gestores, uma harmonia sutil. Isso porque seria muito difícil se alterar o presente cenário normativo sem que isso influenciasse a relação de equilíbrio nele existente.

É justamente pelo fato de não ser possível identificar essas relações (bem como muitas outras) a partir da simples leitura da norma que o presente trabalho tem sua utilidade. Conforme mencionado na introdução, o objetivo primário era o de ajudar a desvendar a parcela do processo de transnacionalização referente à expatriação. E é exatamente isso que se busca fazer ao expor “tudo o que há por detrás da norma”, deixando claro que mesmo esta prática aparentemente rotineira no cotidiano das empresas transnacionais tem como pano de fundo uma sistemática jurídica que não é amplamente conhecida e nem decorre do óbvio. Ao identificá-la, explicá-la e resumi-la é que se faz uma contribuição ao estudo do tema.

Então, tendo em vista estes pressupostos, espera-se ter alcançado algumas conclusões, que necessitam ser sintetizadas para que possam ser mais facilmente compreendidas.

1. A expatriação de gestores tem, de fato, importância fundamental para o processo de transnacionalização.

- a. Essa importância se percebe, do ponto de vista da empresa, em dois momentos distintos - na ocasião da instalação da filial no país, e depois quando a empresa já opera de forma estável há certo tempo.
 - b. Do ponto de vista das políticas governamentais de atração ao capital estrangeiro, aqui representado pelas empresas transnacionais no país, permitir a expatriação de gestores é essencial. Só desta forma é que a empresa pode ter garantias mínimas de segurança quanto aos profissionais que indicará para geri-la. O oferecimento destas garantias é interessante para as referidas políticas, uma vez que fazem com que a variável “possibilidade de expatriação”, indubitavelmente importante para as empresas, não seja vista como um ponto contrário na decisão da empresa de transnacionalizar-se.
2. A proteção à mão-de-obra nacional, legalmente prevista, guarda pontos de conflito com a livre expatriação de gestores. Por este motivo é que as normas regulamentadoras do visto específico para gestores, emitidas pelo CNIg, desde o começo impuseram requisitos capazes de fazer com que a expatriação necessariamente movimente a economia, gere empregos e evite que ela seja usada para o cometimento de abusos.
3. O vínculo de confiança que a empresa tem no profissional que pretende instituir como gestor de sua filial é o principal motivo pelo qual ela deve ser livre para expatriá-lo. Vedar isso, como a lei o fazia anteriormente, significa desestimular a transnacionalização, e conseqüentemente o desenvolvimento do país.
4. As normas que permitem a expatriação de gestores devem tomar o cuidado de garantir a proteção da mão-de-obra nacional, sem que isso retire os estímulos à expatriação, que estão ligados, em última análise, ao desenvolvimento do país. Caso retirada a proteção à mão-de-obra nacional, incorre-se em violação de lei; caso retirados os estímulos oferecidos pela possibilidade de expatriação, compromete-se parcela importante do desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) Fontes Doutrinárias

CAVARZERE, Telma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001.

CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. **Guia Legal para o Investidor Estrangeiro no Brasil**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, Vol. 3**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOLMAN, Ben. **Patterns of migration, trade and foreign direct investment across OECD countries**. Canberra: Productivity Commission, 2007.

DOLMAN, Ben. **Migration, trade and investment**. Canberra: Productivity Commission, 2008.

GOULD, David M. **Immigrant links to the home country: empirical implications for U.S. and Canadian bilateral trade flows**. Federal Reserve Bank of Dallas, 1991.

IETTO-GILLIES, Grazia. **Transnational Corporation and International Production: Concepts, Theories and Effects**. London: Edward Welshing Publishing, 2005.

KONECNY, Thomas. **Expatriates and Trade**. Praga: Charles University, 2009.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de Imigração - O Estatuto do Estrangeiro em uma Perspectiva de Direitos Humanos**. São Paulo: Núria Fabris, 2009.

NAKANO, Yoshiaki; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Crescimento econômico com poupança externa?** Revista de Economia Política, vol. 23, nº 2 (90), abril-

junho/2003. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/90-1.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2010.

PERES, Antonio Galvão. **Contrato Internacional de Trabalho: Acesso à Justiça, Conflitos de Jurisdição e Outras Questões Processuais**. São Paulo: Elsevier, 2009.

PERES, Antonio Galvão. **Contrato Internacional de Trabalho: Acesso à Justiça**. São Paulo: Campus, 2009.

RAMOS, Jair de Souza. **O poder de domar do fraco: construção de autoridade pública e técnicas de poder tutelar nas políticas de imigração e colonização do Serviço de Povoamento do Solo Nacional, do Brasil**. Revista Horizontes Antropológicos, vol. 9. Julho de 2003. Disponível em: < <http://migre.me/1LojD> >. Acesso em: 19 abr. 2010.

RIOS-NETO, Eduardo. **Managing migration: the Brazilian case**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005.

SINGER, Paul. **Divisão Internacional do Trabalho e Empresas Multinacionais**. In: Caderno CEBRAP 28: Multinacionais: Internacionalização e Crise. São Paulo: CEBRAP, 1976.

TRUZZI, Oswaldo. **Redes em processos migratórios**. Revista Tempo Social. 2008, vol.20, n.1,

VIEGAS, Juliana L.B. **Aspectos legais de contratação na área de propriedade industrial**. In: SANTOS, Manoel e JABUR, Pinheiro (Coord.) **Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias** (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2007.

YOSHIDA, Bethy & GELLER, Kathy. **Transnational leadership development: preparing the next generation for the borderless business world**. New York: Amacom, 2009.

WILSON, Meena & DALTON, Maxine. **International Success: Selecting, developing and supporting expatriate managers**. Greensboro: Center for Creative Leadership, 1998.

2) Fontes Documentais

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Evolução dos percentuais de participação estrangeira no patrimônio líquido do SFN**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/Deorf/r200412/quadro28.asp?idpai=REVSFN200412>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Investimento Estrangeiro Direto: Distribuição por país de origem dos recursos a partir de 2007**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/rex/IED/Port/Ingressos/planilhas/DivulgacaoPaises07.xls>>. Acesso em: 13 maio 2010.

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Investimento Estrangeiro Direto: Tabelas 1995-2006**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/rex/IED/Port/ingressos/htms/index2.asp?idpai=invedir>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Em 2008, PIB cresceu 5,1% e chegou a R\$ 2,9 trilhões. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1330&id_pagina=1>. Acesso em: 09 jun. 2010.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Brasil: Área Territorial Oficial (Histórico)**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/areaterritorial/historico.shtm>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Dados Históricos dos Censos.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censohistorico/1872_1920.shtm>. Acesso em: 05 ago. 2010.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO). **How the ILO works: Tripartism.** Disponível em: <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Structure/tripartism/lang--en/index.htm>. Acesso em: 14 ago. 2010.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. **ZPE - Zonas de Processamento de Exportação.** Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=2354>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

SEPLAN - SECRETARIA DO PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE GOIÁS. **ZPEs em funcionamento no Brasil e Qual a diferença entre as ZPEs e a Zona Franca de Manaus?** Disponível em: <http://www.seplan.go.gov.br/view.asp?id_men=3&id_cad=23&id_not=4>. Acesso em: 26 abr. 2010.

U.S. DEPARTMENT OF STATE (Departamento de Estado dos EUA). **Investment and Business Visa - US Immigration.** Disponível em: <http://travel.state.gov/visa/temp/types/types_1273.html>. Acesso em: 30 set. 2010.

3) Fontes Legislativas

a) Constituições

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

b) Leis Ordinárias

BRASIL. Lei Federal n. 3692, de 15 de dezembro de 1959. Institui a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste e dá outras providências

BRASIL. Lei Federal n. 6815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.

c) Decretos e Decretos-Lei

BRASIL. Decreto n. 6455, de 19 de abril de 1907. Aprova as bases regulamentares para o serviço de povoamento do solo nacional.

BRASIL. Decreto n. 840, de 22 de junho de 1993. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências.

BRASIL. Decreto n. 3574, de 23 de agosto de 2000. Dá nova redação ao art. 2º do Decreto nº 840, de 22 de junho de 1993, que dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho Nacional de Imigração, e delega competência ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, para a prática do ato que menciona.

BRASIL. Decreto n. 6814, de 6 de abril de 2009. Regulamenta a Lei nº 11.508, de 20 de julho de 2007, que dispõe sobre o regime tributário, cambial e administrativo das Zonas de Processamento de Exportação - ZPE.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2452, de 29 de julho de 1988. Dispõe sobre o regime tributário, cambial e administrativo das Zonas de Processamento de Exportações e dá outras providências.

BRASIL. Decreto-Lei n. 941, de 13 de outubro de 1969. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e dá outras providências.

d) Resoluções, Portarias e Circulares

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Estabelece procedimentos para a concessão de autorização para a representação, no país, de instituições financeiras ou assemelhadas sediadas no exterior. Circular nº 2.943, de 20 de outubro de 1999.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Dispõe sobre a representação, no País, de instituições financeiras ou assemelhadas sediadas no exterior. Resolução nº 5.952, de 25 de fevereiro de 1999.

CONSELHO NACIONAL DAS ZONAS DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO (CZPE). Estabelece os requisitos a serem observados pelos proponentes na apresentação dos projetos industriais referentes às Zonas de Processamento de Exportação – ZPE. Resolução nº 3, de 15 de maio de 2009.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO (CNIg). Disciplina a concessão de visto permanente a estrangeiro que pretenda vir ao País na condição de investidor, administrador ou diretor de empresa localizada em Zona de Processamento de Exportação - ZPE. Resolução Normativa n. 18, de 18 de agosto de 1998.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO (CNIg). Disciplina a concessão de autorização de trabalho e de visto permanente a estrangeiro, Administrador, Gerente, Diretor, Executivo, com poderes de gestão, de Sociedade Civil ou Comercial, Grupo ou Conglomerado econômico. Resolução Normativa n. 62, de 08 de dezembro de 2004.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO (CNIg). Disciplina a autorização de trabalho e a concessão de visto permanente a estrangeiro para representar, no Brasil, instituição financeira ou assemelhada sediada no exterior. Resolução Normativa n. 63, de 06 de julho de 2005.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria MTE n. 577, de 16 de abril de 2003.

e) Projeto de Lei

PL 5655/2009. Dispõe sobre o ingresso, permanência e saída de estrangeiros no território nacional, o instituto da naturalização, as medidas compulsórias, transforma o Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, define infrações e dá outras providências. Íntegra disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/674695.pdf>. Acesso em 12/04/2010.

APÊNDICE A QUALIFICAÇÃO DOS ENTREVISTADOS

As categorias dividem-se entre: 1) advogados (sigla “A”); 2) professor universitário (sigla “P”); 3) representante de entidade no Conselho Nacional de Imigração (sigla “R”); 4) ocupantes de cargos de gestão em empresas transnacionais (sigla “G”).

Sigla “A” (Advogados)

- a) Entrevistado A1. Trata-se de advogado responsável pela área de imigração em escritório de grande porte, atuante e com experiência de cinco anos especificamente na área. As entrevistas com ele foram realizadas pessoalmente, no mês de janeiro de 2010, e periodicamente via e-mail e telefone, até setembro de 2010 do mesmo ano.
- b) Entrevistado A2. Advogado filiado há mais de dez anos a entidade nacional representativa de trabalhadores. Entrevista realizada em abril de 2010, pessoalmente.

Sigla “G” (Ocupantes de cargos de gestão em empresas transnacionais)

- c) Entrevistado G1. Brasileiro, ocupante de cargo de gestão (diretor de vendas e marketing) em sociedade transnacional do ramo de metalurgia há mais de dez anos. Entrevista realizada em setembro de 2010, pessoalmente.
- d) Entrevistado G2. Brasileiro, ocupante de cargo de gestão (diretor comercial) em sociedade transnacional do ramo de embalagens plásticas há mais de dez anos. Entrevista realizada em agosto de 2010, pessoalmente.

Sigla “P” (Professor Universitário)⁹⁰

⁹⁰ Essa entrevista foi feita com um escopo muito definido, com objetivo apenas informativo, motivo pelo qual não pôde ser aproveitada para emprego nesta seção. É que anteriormente, havia sido definido um outro objetivo para essa seção do trabalho, que posteriormente foi abandonado. Como essa entrevista foi

- e) Entrevistado P1. Doutor em Economia e professor universitário há mais de dez anos, que leciona em cursos de Economia e Administração. Especializado em economia internacional e transnacionalização de empresas. Entrevista realizada em junho de 2010, pessoalmente.

Sigla “R” (Representante de Entidade no Conselho Nacional de Imigração)

- f) Entrevistado R1. Representante no Conselho Nacional de Imigração, há mais de dois anos, de entidade nacional representativa de trabalhadores. Entrevista realizada em junho de 2010, pessoalmente.

Optou-se por trabalhar também com explicações das falas dos entrevistados, para que fique mais fácil a compreensão de seu significado, com transcrições dos trechos de suas falas que sejam mais relevantes para o aspecto observado. As falas eventualmente demarcadas por colchetes indicam um aspecto implícito na fala a qual o entrevistado faz referência, mas não cita expressamente.

realizada com vistas a adquirir informações a respeito deste escopo, não foi possível empregá-la aqui. Porém, dado que foi realizada em virtude deste projeto, faz-se prudente mencionar sua ocorrência.

APÊNDICE B

INFORMAÇÕES GERAIS E METODOLOGIA DAS ENTREVISTAS

Conforme já explicitado anteriormente, dentre as fontes da pesquisa estão entrevistas semi-estruturadas com profissionais cuja área de atuação guarde algum vínculo com o tema da imigração de gestores. O objetivo da realização de entrevistas foi duplo. Em primeiro lugar, destina-se a testar a veracidade e aplicabilidade prática das idéias e argumentos construídos nas seções anteriores do trabalho. Em segundo lugar, o de prover informações relevantes ao tema, assumindo o papel de entrevistas exemplificativas que podem completar, adicionar ou corrigir as informações que já constem do trabalho⁹¹.

As entrevistas foram realizadas mediante a aplicação de questionário. As perguntas nele contidas foram divididas em três grandes blocos – Contexto, Expatriação de Gestores e Conselho Nacional de Imigração/Processo de Criação de Normas de Imigração⁹². A redação das perguntas foi pensada de forma a promover a discussão a respeito dos pontos incertos e controvertidos do tema. Sem que os entrevistados soubessem das hipóteses montadas ao longo do trabalho, a aplicação das perguntas visou verificar se as respostas por eles dadas estavam em consonância com o que havia sido previamente colocado como hipótese. A lógica da metodologia é a de que havendo discrepância entre a hipótese e a resposta obtida do entrevistado, tal fato serviria para apontar uma possível falha ou desconexão com a realidade em algum ponto das idéias construídas pelo autor. E, da mesma forma, havendo consonância entre hipótese e fala do entrevistado, tal fato apontaria uma provável coerência entre o pressuposto e a realidade.

A não-informação aos entrevistados a respeito das hipóteses previamente montadas, bem como a forma de redação das perguntas, foram feitos de forma a evitar que as falas dos entrevistados fossem induzidas.

⁹¹ Especialmente ao estudar um tema que não conta com vasta doutrina e demais fontes explicativas, o caráter de aquisição de informações que as entrevistas adquiriram foi fundamental não só para esta segunda seção do trabalho, mas também para a construção das demais partes.

⁹² De acordo com o perfil do entrevistado, o terceiro bloco não foi aplicado por ser muito específico. O objetivo deste terceiro bloco era conseguir mais informações sobre o funcionamento prático-cotidiano do Conselho Nacional de Imigração, tendo em vista que não é possível encontrá-las em outros locais. Assim, ele foi aplicado aos entrevistados que guardassem vínculo direto com o Conselho.

As entrevistas foram realizadas durante praticamente todo o período hábil de desenvolvimento do projeto de iniciação científica, iniciado em novembro de 2009. Foram realizadas presencialmente em Belo Horizonte (MG) e principalmente em São Paulo (SP). Eventualmente, além da entrevista presencial houve também contato via e-mail e telefone.

Para garantir a preservação da identidade dos entrevistados, neste trabalho eles são apenas identificados por um código correspondente à sua área de atuação (como A1 para advogado 1, por exemplo), seguido de breve descrição desta área e de sua experiência profissional. Foram mantidos em sigilo não só os nomes dos entrevistados, como também das entidades a que estejam vinculados, quando for o caso.

ANEXO A
RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO SOBRE
EXPATRIAÇÃO DE GESTORES ANTERIORES À RN 62⁹³

RESOLUÇÃO Nº 24, DE 25 DE MARÇO DE 1994. Diário Oficial da União de quarta-feira, 30 de março de 1994, Seção 1, p. 4723. Primeira resolução do CNIg a tratar de vistos específicos para gestores de empresas localizadas em ZPEs.

RESOLUÇÃO Nº 29, DE 31 DE AGOSTO DE 1994. Diário Oficial da União de terça-feira, 6 de setembro de 1994, Seção 1, p. 13452. Primeira resolução do CNIg a tratar de vistos específicos para gestores estrangeiros de empresas transnacionais no Brasil.

RESOLUÇÃO Nº 35, DE 12 DE DEZEMBRO DE 1994. Diário Oficial da União de quarta-feira, 28 de dezembro de 1994. Seção 1, pp. 20777-20778.

RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 10, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1997. Diário Oficial da União de segunda-feira, 1 de junho de 1998. Seção 1, p. 7

RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 52, DE 19 DE ABRIL DE 2002. Diário Oficial da União de terça-feira, 23 de abril de 2002. Seção 1, p. 102.

RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 56, DE 27 DE AGOSTO DE 2003. Diário Oficial da União de quarta-feira, 10 de setembro de 2003. Seção 1, p. 52.

⁹³ Essas resoluções não são facilmente encontráveis. Elas não se encontram disponíveis no *site* do CNIg, e para ter acesso a seu conteúdo, foi necessária uma busca no Diário Oficial da União. E além disso, as datas das resoluções não são, em geral, idênticas à data de publicação no Diário Oficial, fato que dificulta ainda mais as buscas. Por esse motivo, julgou-se pertinente fazer constar como anexo a este trabalho as informações que permitirão ao leitor interessado ter acesso ao conteúdo dessas normas hoje revogadas. De posse das datas de publicação de cada norma no Diário Oficial da União, o leitor pode acessar o conteúdo completo delas por via do *site* da Imprensa Nacional, www.in.gov.br e fazer a busca por data de publicação. Para encontrá-las, este autor utilizou a palavra-chave “conselho nacional de imigração”. As Resoluções Normativas nº 18 e 62, atualmente em vigor e abordadas no trabalho, podem ser encontradas diretamente no *site* do CNIg.

EDESP - FGV

ROBERTO LINCOLN DE SOUSA GOMES JÚNIOR

Fundos de Recursos em Consórcios de Empresas:
Separação Patrimonial sem Personificação Jurídica e seus
Impactos no Campo da Responsabilidade.

SÃO PAULO

2010

Roberto Lincoln de Sousa Gomes Júnior

Fundos de Recursos em Consórcios de Empresas:
Separação Patrimonial sem Personificação Jurídica e seus
Impactos no Campo da Responsabilidade.

Trabalho Final de Pesquisa referente
ao Programa de Iniciação Científica
da Escola de Direito de São Paulo –
FGV.

Orientador: Prof. Danilo Borges dos
Santos Gomes de Araujo.

São Paulo

2010

RESUMO

Observando a falta de clareza da Lei nº 6.404/76 em suas disposições sobre o fundo consórtil (fundo de recursos composto pelas contribuições das empresas consorciadas), e a posição da tradição jurídica brasileira relutante em aceitar as idéias de separação patrimonial por meios diferentes da personificação jurídica, busca-se verificar quais os efeitos que o reconhecimento da autonomia patrimonial do fundo pode gerar no campo da responsabilidade. A pesquisa, então, objetiva avaliar a natureza patrimonial do fundo consórtil, verificando se há reconhecimento da sua autonomia patrimonial, e detectando quais os impactos disso quanto à limitação de responsabilidade do consórcio e das consorciadas. Aprofunda-se na análise dos seguintes temas: consórcio de empresas (natureza jurídica, traços específicos, regulação), com foco no fundo consórtil; separação patrimonial; e limitação de responsabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Consórcio de Empresas. Fundo Consórtil. Separação Patrimonial. Ausência de Personalidade Jurídica. Limitação de Responsabilidade.

ABSTRACT

Noting the unclearness of the Statute 6404/76 in its provisions about the fund of consortium (fund of financial resources comprised of contributions from member companies), and the reluctant position of the Brazilian's legal tradition to accept the ideas of patrimonial unbundling by a different way of legal personalization, quest to determine what effects the recognition of patrimonial autonomy of the fund could generate in the field of liability. The research aims to evaluate the patrimonial aspects of the fund, verifying for recognition of their patrimonial autonomy and detecting the impacts of this on the limitation of liability of the consortium and the copartners. Deepens the analysis the following themes: the consortium of companies (legal aspects, species, regulation), with a focus on the fund; patrimonial unbundling; and limitation of liability.

KEYWORDS: Consortium of Companies. Fund of Financial Resources. Patrimonial Unbundling. No Legal Personality. Limitation of Liability.

ÍNDICE

Capa, 1.

1. Introdução, 6.

2. Consórcios de Empresas, 10.

2.1 Terminologia, 10.

2.2 Natureza jurídica, 11.

2.3 Outros traços do instituto, 15.

2.4 Regulação pela Lei das S.A. e requisitos contratuais, 19.

3. Fundo Consórtil, 26.

3.1 Composição do fundo, 26.

3.2 Teoria do patrimônio, 29.

3.2.1 Concepções variadas, 29.

3.2.2 Tradição jurídica brasileira, 34.

3.2.3 Modalidades patrimoniais especiais, 34.

3.3 Natureza patrimonial do fundo, 37.

3.3.1 Titularidade, 38.

3.3.2 Reconhecimento legal, 43.

3.3.3 Conclusões sobre a natureza patrimonial do fundo, 49.

4. Regime de Responsabilidade, 51.

4.1 Limitação da Responsabilidade, 52.

4.2 Casos Especiais de Responsabilidade, 55.

4.2.1 Responsabilidade Tributária, 55.

4.2.2 Responsabilidade Trabalhista, 59.

5. Conclusão, 63.

6. Bibliografia, 66.

“O regime da responsabilidade do consórcio e dos seus integrantes estaria a merecer exame acurado, notadamente no que tange à disciplina do fundo consórcil”¹.

1. Introdução.

O problema da limitação de responsabilidade do comerciante individual, tratado a fundo por MARCONDES MACHADO², é abordado de maneira a identificar formas de se proporcionar uma limitação dos riscos da atividade empresarial ao empreendedor individual com fórmula diversa da societária. A partir disso, debate-se a conveniência do reconhecimento da separação entre a parcela do patrimônio do indivíduo afetada à realização da atividade comercial e o seu patrimônio geral, correspondente à totalidade dos seus bens não relacionados com sua atuação comercial, para fins de limitação da responsabilidade.

Tradicionalmente, tal limitação é claramente associada à constituição de uma nova pessoa jurídica, com a qual surge um novo centro de imputação de direitos e deveres. Como enfatiza Fábio Ulhoa COELHO, esta seria “uma técnica de separação patrimonial em que se atribui personalidade própria ao patrimônio segregado”³. No entanto, a necessidade de se formar nova pessoa jurídica para que se alcance a limitação de riscos da atividade empresarial acaba por implicar na constituição de sociedades

¹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcios de Empresas*, São Paulo, Pioneira, 1979, p. 162.

² MARCONDES MACHADO, Sylvio. *A Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*, São Paulo, Max Limonad, 1956. MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, 1ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1970.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, I, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 232.

unipessoais de fato, que representam arranjos societários feitos somente com o fim de satisfazer a exigência legal de pluralidade de sócios.

Tendo isso em vista, uma separação clara do patrimônio do comerciante não seria suficiente para se estabelecer fronteiras de responsabilidade entre o seu patrimônio geral e o patrimônio separado?

Observando o ordenamento pátrio, pode-se perceber que alguns institutos aparentam representar separações patrimoniais desvinculadas de personificação jurídica (além dos exemplos tradicionais, dentre os quais: garantias reais, enfiteuse, fideicomisso, massa concursal, bem de família e usufruto⁴), como os patrimônios de afetação do mercado imobiliário e os fundos de recursos constituídos nos grupos de sociedades de direito e nos consórcios de empresas. Por meio da análise dessas figuras, então, talvez se possa responder à seguinte questão: O nosso ordenamento não admitiria a limitação de responsabilidade em decorrência de outras formas de separação patrimonial desvinculadas da personificação jurídica, mesmo que negue tal limitação ao comerciante individual? Que formas seriam estas?

A preservação da viabilidade da pesquisa implica na necessidade de se selecionar uma figura inicial de análise. Escolheu-se o fundo de recursos dos consórcios de empresas, pelo fato destes estarem presentes na prática empresarial nacional desde meados do século passado, antes mesmo da edição da Lei nº 6.404/76, ao contrário dos grupos de sociedades de direito que, mesmo após a regulação dada pela lei do anonimato, não obtiveram sucesso prático.

⁴ BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário Individual de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, cap. 5, item 5.1.

Desta forma, o foco do estudo passou a ser o fundo consórtil (denominação empregada ao fundo de recursos contituído pelas empresas consorciadas com o fim de arcar com as despesas ligadas à consecução do empreendimento que motiva a associação) e o regime de responsabilidade patrimonial ao qual se submete o consórcio e suas integrantes. Explico: almeja-se verificar se o fundo consórtil pode ser atingido por dívidas particulares das consorciadas e em que proporção, e se os patrimônios particulares das consorciadas podem ser alvo de cobrança por parte de credores do consórcio.

Para realização de tal pesquisa, portanto, mostra-se necessário um estudo conjunto dos seguintes temas: (i) consórcio de empresas (natureza jurídica, traços característicos, regulação normativa e fundo consórtil); (ii) separação patrimonial; e (iii) limitação de responsabilidade. A realização da meta de pesquisa, qual seja, a conclusão sobre a discutida separação patrimonial nos consórcios de empresas e os impactos que ela representa no campo da responsabilidade, depende diretamente da somatória dos resultados de pesquisa nessas áreas.

Destarte, o presente trabalho será estruturado da seguinte forma:

- Primeiramente será abordada a figura do consórcio de empresas, sendo trabalhada sua natureza jurídica, seus traços característicos e a regulação normativa sobre o tema;
- Em segundo lugar será feita uma análise da natureza patrimonial do fundo consórtil, a qual se dará por meio de um estudo sobre a teoria geral

do patrimônio, com foco nas modalidades patrimoniais especiais e na tradição do ordenamento jurídico pátrio;

- Por fim, realizar-se-á uma avaliação do regime de responsabilidade aplicado aos consórcios e às empresas integrantes, seguido pela conclusão do trabalho.

2. Consórcios de Empresas.

2.1. Terminologia.

DE PLÁCIDO E SILVA expõe que o termo consórcio “designa, na terminologia jurídica, o próprio casamento ou matrimônio”. Logo em seguida, ao tratar do sentido de tal expressão na Economia Política, afirma que “no sentido da Economia Política, indica a associação de interesses promovida por várias empresas, que juridicamente se conservam independentes. É uma das modalidades de cooperação econômica, em virtude da qual as pessoas associadas regulam entre si a maneira de executar as suas operações, alienando, por ela, parte de sua autonomia econômica, pois que ficam, neste particular, sob a dependência da direção do consórcio”⁵.

Embora seja da década de 60, essa definição mostra-se plenamente adequada aos dias de hoje. Aplica-se, no campo jurídico atual, o termo na acepção que o autor atribuía ao campo da Economia Política. O consórcio de empresas representa, assim, uma associação de empresas mirando a consecução de um fim comum, mantendo cada uma sua personalidade jurídica.

⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 357.

Como enfatiza PENTEADO, a expressão consórcio de empresas “pode vir a ser acoimada de imprecisa, uma vez que a união ou colaboração se estabelece entre os sujeitos de direito, pessoas físicas ou jurídicas, e não propriamente entre as empresas, objetos de direito”⁶. Entretanto, o mesmo esclarece que o seu uso mostra-se adequado, pelo fato da expressão permitir uma plena percepção do significado do consórcio como mecanismo de cooperação empresarial, além de ser abrangente quanto aos seus possíveis sujeitos, empresas titularizadas por pessoas físicas e jurídicas⁷.

Como último esclarecimento terminológico, ressalte-se que a expressão “consórcio” é utilizada também para denominar formas associativas para a coleta de poupanças, com o fim de se viabilizar a aquisição de bens. Entretanto, a despeito da semelhança terminológica, tal figura não se relaciona com o consórcio de empresas alvo deste estudo.

2.2. Natureza jurídica.

O consórcio de empresas, aos olhos de PONTES DE MIRANDA, seria caracterizado pela “existência, entre as empresas, de situação objetiva, idêntica, de modo que se possa estabelecer a mesma sorte, total ou parcial, embora cada um exerça, singularmente, a sua atividade”⁸. Representa uma associação de empresas, sem forma

⁶ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., p. 31.

⁷ A possibilidade de empresas titularizadas por pessoas físicas integrarem os consórcios é controversa entre os juristas que escreveram sobre o tema, sendo tal discussão abordada no item 2.4 do presente artigo.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, LI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966, p. 232.

jurídica interna típica, dependendo do grau de coordenação e subordinação, cujo aspecto comum das atividades das consorciadas já existia antes da vinculação. Aquilo que se torna comum em decorrência da união são os resultados almejados. Ademais, no consórcio deve haver a convergência das prestações das consorciadas, e não a simples correspectividade prestacional.

Conforme indica CARVALHOSA, o consórcio constitui um contrato associativo sem personalidade jurídica, como expresso no art. 278, §1º⁹, da Lei nº 6.404/76, mas dotado de personalidade judicial (jurídico-processual) e negocial, consistindo-se num centro autônomo de relações jurídicas internas, entre as consorciadas, e externas, do consórcio com terceiros. O autor destaca ainda seu caráter operacional ou instrumental, sendo aquele relacionado à agregação de meios para a consecução de um fim próprio, e este para habilitar as consorciadas, com a soma de seus recursos e aptidões, a contratarem serviços e obras com terceiros¹⁰.

Além da busca por uma definição precisa, PENTEADO tratou do papel do consórcio de empresas no processo de concentração empresarial que se acentuou na economia brasileira na década de 1970, sendo ele visto muitas vezes como “panacéia para a solução dos males decorrentes da inadequada dimensão da empresa nacional”¹¹.

⁹ Art. 278. *As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.*

§ 1º *O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.* (grifos nossos)

¹⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001*, 4ª ed., v. 4, t. 2, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 397-398.

¹¹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Ob. cit.*, p. 3.

Baseia-se nas idéias de COMPARATO, que de maneira ímpar, esclarece que “as verdadeiras soluções parecem advir das próprias empresas em si, por meio de técnicas adequadas de colaboração. Esta na verdade a palavra-mestra. Onde a concentração se revela impossível ou inadequada, a chave do êxito passa pela conjugação de esforços e recursos, sem a supressão da autonomia das diferentes unidades em causa”¹².

Desta forma, para tal autor, o consórcio de empresas surge: (i) como alternativa à concentração empresarial, haja vista que por meio dele se criam estruturas de cooperação institucional onde antes havia um conjunto de operações isoladas, sendo bem visto pelos empresários que temem perder autonomia decisória com a vinculação definitiva e completa a outros grupos empresariais; e (ii) como fase integrante do processo de concentração, podendo representar uma primeira etapa para a fusão societária propriamente dita.

Quanto à classificação dos mecanismos de concentração empresarial, o consórcio de empresas seria, *a priori*, uma forma de concentração da administração, em relação de coordenação, decorrente da comunhão parcial de interesses. Poderia contar com a participação de empresas que têm entre si uma relação de controle, no entanto, nesse caso, passaria a identificar-se como uma forma mista de concentração, combinando relações de coordenação e subordinação¹³.

Além de considerações doutrinárias, faz-se mister destacar a forma como a Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76 trata a figura do consórcio de empresas. Nela,

¹² COMPARATO, Fábio Konder. “Consórcio de Empresas”, in *Revista Forense*, ano 72, vol. 256 (1976), p. 6.

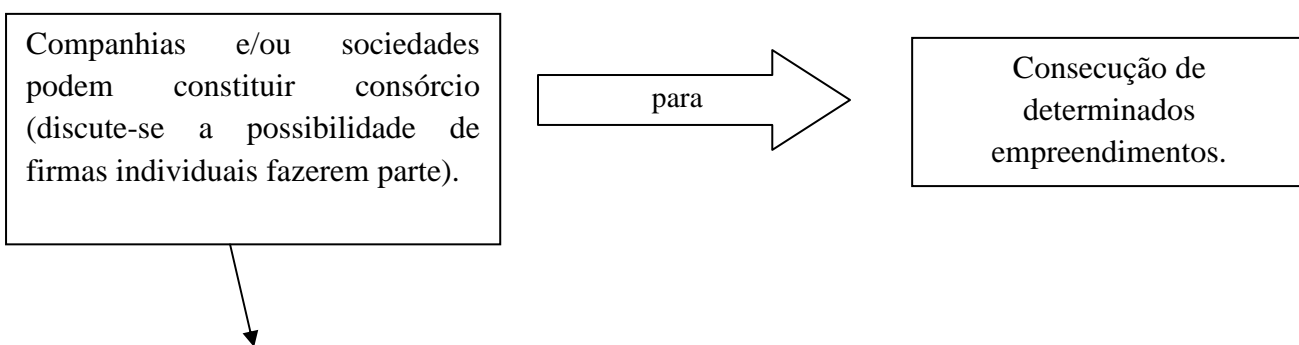
¹³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., pp. 9-10.

tal instituto é visto “como modalidade de sociedade não personificada que tem por objeto a execução de determinado empreendimento”.

Tal qualificação é, no entanto, contestada por COMPARATO, segundo o qual, ao se falar em sociedade não personificada, estaria se excluindo da disciplina legal os agrupamentos empresariais cujo objeto não seja a produção e a partilha de lucro entre os participantes. Também não se poderia falar em associação, tendo em vista a possibilidade de o consórcio produzir lucro a partilhar. Sendo assim, afastando-se as figuras da associação e da sociedade, personalizada ou não, o estudo da natureza do consórcio deveria partir de seu caráter contratual¹⁴.

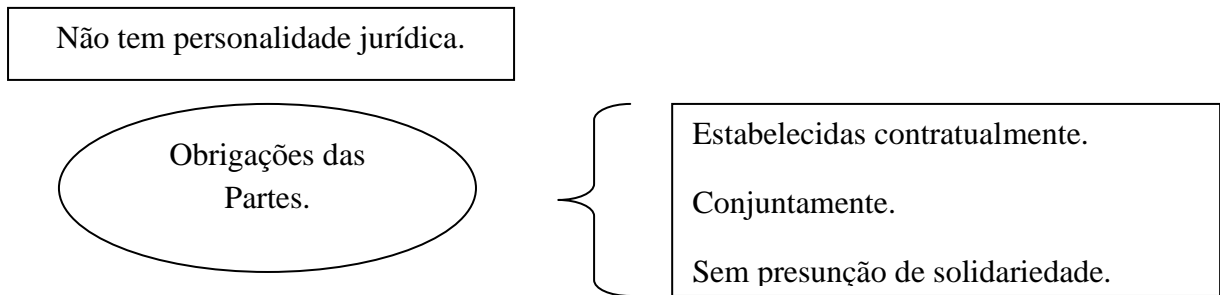
Destarte, o contrato de consórcio caracteriza-se como um contrato plurilateral, com prestações plúrimas e convergentes, por meio do qual um conjunto de empresas se associa, sem compor nova pessoa jurídica, almejando a consecução de um fim comum.

Seu desenho jurídico pode ser simplificado no seguinte esquema¹⁵:



¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Art. cit., p. 9.

¹⁵ Esquema semelhante ao presente em: ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, Buenos Aires, Editora Astrea, 2005, p. 257.



2.3. Outros traços do instituto.

Este estudo não se propõe a apresentar um modelo de “teoria geral do consórcio de empresas”, elencando exaustivamente suas possíveis espécies, as diferenças entre ele e figuras semelhantes, ou mesmo institutos paralelos no direito comparado. Entende-se que isso foge ao fim central e específico desta pesquisa, tangente ao campo do regime de responsabilidade patrimonial do consórcio e suas empresas integrantes. Aspectos detalhados e completos sobre os consórcios de empresas podem ser encontrados na completa obra de PENTEADO¹⁶, a qual reflete a ampla dedicação do autor no estudo sobre o tema.

Entretanto, mostra-se relevante abordar aqui dois pontos relacionados a esta que podemos chamar de “teoria geral dos consórcios de empresas”, quais sejam: (a) a distinção entre consórcio externo e interno (esta pesquisa diz respeito prioritariamente aos externos); (b) a distinção entre consórcio societário e não-societário, no intuito de enfatizar a adoção do nosso ordenamento somente quanto aos consórcios não-societários.

¹⁶ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., Passim.

(a) Consórcio externo x Consórcio interno.

Consórcio externo é aquele que entra em contato com terceiros, enquanto o interno é o que detém eficácia somente entre os consorciados. O registro aparece como elemento fundamental aos consórcios externos, por ser o instrumento que dá a publicidade devida aos atos do consórcio.

O Código Civil Italiano de 1942 (arts. 2612 a 2615), estatuto que influenciou diretamente a forma de regulação dos consórcios de empresas no Brasil, veio a dispor sobre os consórcios de atividade externa com certa especificidade, estabelecendo-lhes regras além daquelas impostas também aos consórcios de atividade interna (arts. 2602 a 2611).

Como destaca FERRI¹⁷, a atribuição à organização consórcil de uma função externa não é sem relevância jurídica. A realização de uma atividade com terceiros suscita dois tipos de requisitos: (i) dar a conhecer a terceiros que lidam com o consórcio todos os elementos necessários para o bom andamento dos seus negócios com o consórcio; (ii) atribuir ao consórcio uma autonomia patrimonial, havendo um fundo para responder pelas obrigações assumidas pelo consórcio. A lei italiana prevê tais exigências, impondo a publicidade do consórcio (art. 2612¹⁸) e promovendo a

¹⁷ FERRI, G. *Manuale di Diritto Commerciale*, 12ª ed., Roma, Utet Giuridica, 2005, p. 170.

¹⁸ Art. 2612. *Se il contratto prevede l'istituzione di un ufficio destinato a svolgere un'attività con i terzi, un estratto del contratto deve, a cura degli amministratori, entro trenta giorni dalla stipulazione, essere depositato per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese (att. 108) del luogo dove l'ufficio ha sede:*

L'estratto deve indicare: 1) la denominazione e l'oggetto del consorzio e la sede dell'ufficio; 2) il cognome e il nome dei consorziati; 3) la durata del consorzio; 4) le persone a cui vengono attribuite la presidenza, la direzione e la rappresentanza del consorzio ed i rispettivi poteri; 5) il modo di formazione del fondo consortile e le norme relative alla liquidazione.

indisponibilidade do fundo consórtil pelos membros do consórcio enquanto este durar, e conseqüentemente, subtraindo tal fundo do campo de ações de credores particulares das consorciadas (art. 2614¹⁹).

O foco deste estudo tange prioritariamente aos consórcios externos, pois é do fato de tais consórcios se relacionarem com terceiros e ensejarem a constituição do fundo consórtil que resulta a possibilidade de ocorrência de conflitos entre ambos (consórcio e terceiros), implicando em questões de responsabilidade do consórcio e das consorciadas.

(b) Consórcios societários x Consórcios não-societários.

PONTES DE MIRANDA²⁰, manifestando-se à época em que escreveu seu *Tratado de Direito Privado*, destacou que os sistemas jurídicos que ainda não tivessem legislação sobre os consórcios como contratos típicos estariam em situação indecisa de solução técnica legislativa, podendo: (i) exigir a estrutura societária para a formação dos consórcios; (ii) afastá-la para haver uniformidade de disciplina contratual; (iii) ou permitir tanto o consórcio societário como o não-societário.

Del pari devono essere iscritte nel registro delle imprese le modificazioni del contratto concernenti gli elementi sopra indicati.

¹⁹ Art. 2614. *I contributi dei consorziati e i beni acquistati con questi contributi costituiscono il fondo consortile. Per la durata del consorzio i consorziati non possono chiedere la divisione del fondo, e i creditori particolari dei consorziati non possono far valere i loro diritti sul fondo medesimo.*

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., LI, p. 236.

No entanto, como indica PENTEADO²¹, não foi bem aceita em nosso sistema jurídico a possibilidade de instituição de sociedade-consórcio. CARVALHOSA²² reforça tal percepção, afirmando que leis especiais anteriores à Lei nº 6.404/76 instituíram o consórcio societário, mas essa modalidade não pôde subsistir em decorrência do disposto no art. 278, §1º, desta lei.

Destarte, não mais cabe falar em consórcio societário, mas somente em consórcios firmados contratualmente mediante pacto consórcil, sendo estes os abordados nesta pesquisa.

Ademais, importa aqui diferenciar os consórcios de empresas frente às Sociedades de Propósitos Específicos (SPE), já que estas aparentemente seriam consórcios revestidos da forma societária.

O art. 981, parágrafo único²³, do Código Civil é claro ao determinar a possibilidade de constituição de sociedade destinada à consecução de um negócio determinado. Isso induz a que se associe as SPE's aos consórcios de empresas, por estes visarem também a um empreendimento específico. A possível associação entre ambos os institutos se fortalece ainda mais no campo de contratações públicas por meio de procedimentos licitatórios.

²¹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., p. 68.

²² CARVALHOSA, Modesto. Ob. cit., p. 402. O autor faz referência à Portaria 107, de 1967, do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), que estabelecia o consórcio-societário para fins de exportação de madeira.

²³ C.C. Art. 981. *Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*
Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.
(grifos nossos)

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 33²⁴, adotou o regime de consórcio instrumental seguido de SPE, em vez da promessa de constituição de consórcio operacional seguida de sua constituição, com quem a Administração Pública contrataria a obra ou o serviço. Nos dizeres de CARVALHOSA²⁵, o consórcio com personalidade jurídica revestiria a forma de SPE, hoje adotada largamente para contratar obras, serviços e concessões com o Poder Público. A SPE apareceria, assim, como sucessora obrigacional do consórcio instrumental²⁶, herdando deste a característica de visar a um empreendimento específico, e não amplo, como ocorre com as sociedades mercantis em geral. Daí se vê que a SPE aparentemente constituiria um “consórcio societário”, pelas restrições que tem o seu objeto social, em razão do contrato público de obras, serviços, ou concessão que celebra.

No entanto, vê-se que, embora as SPE's tenham semelhanças com os consórcios de empresas, elas detêm personalidade jurídica, diferentemente deles. Ademais, a

²⁴ Lei nº 8.666/93. Art. 33. *Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital; III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexistente este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei; IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.*

§ 1º *No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.*

§ 2º *O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.*

²⁵ CARVALHOSA, Modesto. Ob. cit., p. 402.

²⁶ O consórcio pode ser constituído para agregar meios visando à consecução de uma meta própria, detendo caráter operacional, ou para habilitar as consorciadas, com a soma de seus recursos e aptidões, a contratarem com Poder Público, possuindo caráter instrumental.

fiscalização e a garantia dos credores nelas são mais amplas do que nos consórcios, em que não se presume a solidariedade²⁷.

2.4. Regulação pela Lei das S.A. e requisitos contratuais.

Anteriormente à promulgação da Lei nº 6.404/76, o Direito positivo brasileiro registrava a existência de inúmeras leis esparsas dispendo sobre o consórcio de empresas. Tais podem ser agrupadas em três categorias: (i) leis que se limitaram a prever a utilização do consórcio para determinadas finalidades, sem acrescentar maiores detalhes sobre suas características (Código Brasileiro do Ar²⁸, legislação securitária²⁹ e legislação sobre os consórcios de exportação³⁰); (ii) leis que imprimiram algumas características próprias aos consórcios, compatíveis com o sistema da Lei nº 6.404/76 (Lei de Mercado de Capitais³¹, Código de Mineração³² e normas sobre a formação de

²⁷ CARVALHOSA, Modesto. Ob. cit., p. 402.

²⁸ Decreto-lei nº 32, de 18 de novembro de 1966.

Art. 73. Os acordos entre exploradores de serviços aéreos de transporte regular, que impliquem em consórcio, "pool", conexão, consolidação ou fusão de serviços ou interesses, dependerão de prévia aprovação da autoridade aeronáutica competente.

Art. 156. Será aplicada a pena de multa, concomitantemente ou não com a suspensão dos certificados, nos casos de infrações configuradas abaixo: II - Infrações cuja responsabilidade recai sobre os concessionários ou permissionários de serviços aéreos: c) realização de consórcio ou (pool), conexão, consolidação ou fusão de serviços ou interesses, sem prévia autorização da autoridade aeronáutica competente.

²⁹ Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

Art. 44. Compete ao IRB: f) organizar e administrar consórcios, recebendo inclusive cessão integral de seguros; (Revogado pela Lei Complementar nº 126, de 2007)

Art. 59. O IRB poderá organizar e dirigir consórcios, inclusive deles participar, sendo considerado ressegurador e ficando as Sociedades Seguradoras, nesse caso, como retrocessionárias. (Revogado pela Lei Complementar nº 126, de 2007)

³⁰ Lei nº 5.025, de 10 de junho de 1966, e seu regulamento baixado pelo Decreto nº 59.607, de 28 de novembro de 1966.

Lei nº 5.025/66. Art. 20. O Conselho Nacional do Comércio Exterior baixará os atos necessários à máxima simplificação e redução de exigências de papéis e trâmites no processamento das operações de exportação e deverá, também, de imediato, promover, definir e regular: f) o exercício das atividades das organizações comerciais dedicadas à exportação, sob a forma de sociedades, associações, consórcios, comissárias, ou qualquer outra, inclusive órgãos de classe.

³¹ Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.

Art. 15. As instituições financeiras autorizadas a operar no mercado financeiro e de capitais poderão organizar consórcio para o fim especial de colocar títulos ou valores mobiliários no mercado.

§ 1º Quando o consórcio tiver por objetivo aceite ou coobrigação em títulos cambiais, a responsabilidade poderá ser distribuída entre os membros do consórcio.

§ 2º O consórcio será regulado por contrato que só entrará em vigor depois de registrado no Banco Central e do qual constarão, obrigatoriamente, as condições e os limites de coobrigação de cada instituição participante, a designação da instituição líder do consórcio e a outorga, a esta, de poderes de representação das demais participantes.

§ 3º A responsabilidade de cada uma das instituições participantes do consórcio formado nos termos deste artigo será limitada ao montante do risco que assumir no instrumento de contrato de que trata o parágrafo anterior.

§ 4º Os contratos previstos no presente artigo são isentos do imposto do selo.

³² Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, e seu regulamento baixado pelo Decreto nº 62.934, de 2 de julho de 1968.

Decreto-lei nº 227/67. Art 86. Os titulares de concessões e minas próximas ou vizinhas, abertas situadas sobre o mesmo jazimento ou zona mineralizada, poderão obter permissão para a formação de um Consórcio de Mineração, mediante Decreto do Governo Federal, objetivando incrementar a produtividade da extração ou a sua capacidade.

§ 1º Do requerimento pedindo a constituição do Consórcio de Mineração, deverá constar:

I - Memorial justificativo dos benefícios resultantes da formação do Consórcio, com indicação dos recursos econômicos e financeiros de que disporá a nova entidade;

II - Minuta dos Estatutos do Consórcio, plano de trabalhos a realizar, enumeração das providências e favôres que esperam merecer do Poder Público.

§ 2º A nova entidade, Consórcio de Mineração, ficará sujeita a condições fixadas em Caderno de Encargos, anexado ao ato institutivo da concessão e que será elaborado por Comissão especificamente nomeada.

Decreto nº 62.934/68. Art. 76. Entende-se por Consórcio de Mineração a entidade constituída de titulares de concessões de lavra próxima ou vizinhas, abertas ou situadas sobre o mesmo jazimento ou zona mineralizada, com o objetivo de incrementar a produtividade da extração.

Art. 77. A constituição do Consórcio de Mineração será autorizada por Decreto do Presidente da República.

§ 1º O Consórcio de Mineração ficará sujeito ao cumprimento das condições fixadas em Caderno de Encargos, a ser elaborado por Comissão designada pelo Ministro das Minas e Energia e anexado ao decreto de autorização.

§ 2º O decreto de autorização será transcrito no livro próprio do DNPM e anotado nos processos referentes às concessões de lavra dos titulares que constituírem o Consórcio.

§ 3º Os atos constitutivos e o decreto de autorização serão registrados no órgão de Registro do Comércio da sede do Consórcio.

Art. 78. O requerimento de constituição do Consórcio de Mineração será dirigido ao Ministro das Minas e Energia, entregue mediante recibo no Protocolo do D.N.P.M., onde será mecânicamente numerado e registrado, devendo conter, em duplicata, os seguintes elementos:

I - Qualificação dos interessados, com indicação dos decretos de concessão de lavra;

II - Memorial justificativo dos benefícios resultantes de sua constituição, com a indicação dos recursos econômico e financeiros de que disporá a nova entidade;

III - Minuta dos Estatutos do Consórcio;

IV - Plano de trabalhos a realizar e, se fôr o caso, enumeração das providências e favores a serem pleiteados do poder público.

§ 1º O requerimento desacompanhado dos elementos mencionados nos incisos deste artigo será indeferido, de plano, pelo Diretor-Geral do D.N.P.M.

§ 2º Última a instrução no D.N.P.M., o processo será encaminhado ao Ministro das Minas e Energia para apreciação e posterior designação da Comissão com as atribuições de elaborar o Caderno de Encargos referido no § 1º do artigo anterior.

Art. 79. O relatório anual das atividades do Consórcio de Mineração deverá referir-se à lavra no seu conjunto.

Art. 80. As infrações ou inadimplemento das obrigações e condições a que ficará sujeito o Consórcio de Mineração, implicará na revogação do ato autorizador de sua constituição e das respectivas concessões.

consórcios nas áreas da engenharia, arquitetura, agronomia); (iii) legislação que impõe aos consórcios a observação de determinadas cláusulas e condições que cumpre harmonizar com as disposições da lei do anonimato (consórcio formado para a participação em licitações públicas³³)³⁴.

Poderia-se, então, questionar a vigência de tais diplomas normativos após o advento da Lei nº 6.404/76. Observando o disposto no art. 2º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil³⁵, percebe-se que as normas abordadas acima, as quais firmam determinações específicas a que os consórcios se submetem em observação às especificidades dos assuntos por elas disciplinados, continuariam em vigor, contanto que não afetassem os aspectos fundamentais da disciplina geral dada aos consórcios pela lei do anonimato.

Este diploma veio a regular o consórcio de empresas em seu Capítulo XXII (arts. 278 e 279³⁶), dispondo sobre: a ausência de personalidade jurídica do consórcio; as

§ 1º O processo administrativo de revogação será instaurado no D.N.P.M., "ex officio" ou mediante denúncia comprovada.

§ 2º O Consórcio será intimado, mediante edital publicado no Diário Oficial da União, a apresentar defesa, dentro de 60 (sessenta) dias.

3º Findo o prazo, com a juntada da defesa ou informação de sua não apresentação, o processo será submetido à apreciação do Ministro das Minas e Energia, devidamente instruído pelo D.N.P.M.

§ 4º O Ministro das Minas e Energia se julgar insubsistentes os motivos da instauração do processo administrativo determinará seu arquivamento, caso contrário, o encaminhará, com relatório e parecer conclusivo, ao Presidente da República.

³³ Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973. Ressalte-se que a referência a este diploma legal se deu anteriormente à edição da Lei nº 8.666/93.

³⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., pp. 157-158.

³⁵ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Art. 2º, §2º: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

³⁶ Art. 279. *O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: I - a designação do consórcio se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades*

obrigações das consorciadas; a subsistência do consórcio no caso de falência de consorciada; e os diversos requisitos do contrato, como a designação do consórcio, seu objeto, sede, foro, duração, definição de obrigações e responsabilidade, recebimento de receita e partilha de resultados, formas de deliberação sobre assuntos de interesse comum, normas sobre administração e representação, além das contribuições de cada consorciados para as despesas comuns.

Como expresso na própria Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76, não houve pretensão de grandes inovações por parte do legislador, mas sim o interesse de convalidar, em termos claros, o que já vinha ocorrendo na prática empresarial. Entretanto, algumas polêmicas decorrentes dos dispositivos legais viraram alvo de intensa discussão no meio doutrinário. Dentre elas, destacam-se: (i) o afastamento da presunção de solidariedade; (ii) a necessidade de haver Sociedade Anônima entre as consorciadas; (iii) a possibilidade de empresa titularizada por pessoa física fazer parte de consórcio; (iv) o regime de responsabilidade das empresas consorciadas.

Quanto ao afastamento da presunção de solidariedade, pode-se supor que ele deriva do fato de que muitos consórcios internacionais de obras públicas terminariam por não ser realizados no Brasil caso a solidariedade fosse presumida, pois isso ampliaria os riscos da associação para os entes estrangeiros. Ademais, argumenta-se que a ausência de presunção fica amenizada pela possibilidade desta ser eventualmente

consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver. Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

convencionada no próprio contrato de formação do consórcio³⁷. Por outro lado, pode-se alegar que a lei deixa de proteger aqueles que não têm poder econômico para exigir a declaração de solidariedade, o que seria corrigido caso a regra fosse a presunção de solidariedade, mesmo que esta pudesse ser afastada contratualmente³⁸.

O *caput* do art. 278 estabelece que “as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo” (grifos nossos). Surge daí a dúvida sobre a necessidade de haver pelo menos uma companhia integrando o consórcio.

PENTEADO, ao interpretar tal dispositivo, entende que a conjunção “e” (que separa os termos “companhias” e “quaisquer outras sociedades”) detém caráter adversativo, o que resultaria na possibilidade de formação de consórcios por sociedades de outros tipos societários que não as sociedades anônimas³⁹. Já CARVALHOSA, acredita que, sem dúvida, fica disposto que dentre as consorciadas deve existir uma sociedade anônima, que, no entanto, não tem de ser necessariamente a consorciada líder⁴⁰. No mesmo caminho posiciona-se FRAN MARTINS⁴¹.

³⁷ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., 139-140.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Art. cit., p. 10.

³⁹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., p. 141.

⁴⁰ CARVALHOSA, Modesto. Ob. cit., p. 415.

⁴¹ MARTINS, Fran. *Comentários a Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as adaptações das normas tributárias constantes do decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977*, III, São Paulo, Forense, 1978, pp. 486-487.

Também conflitantes são as posições quanto à possibilidade de pessoa física integrar o consórcio. PENTEADO crê que se deve interpretar o dispositivo legal no intuito de permitir a participação de pessoas físicas e de sociedades civis em consórcios de empresas⁴². Já CARVALHOSA defende que a presença de pessoas físicas não é admissível no consórcio de que trata a lei do anonimato, o que não significa que o consórcio não possa ser constituído por pessoas físicas, inclusive para a participação em concorrências públicas. Contudo, este consórcio será de natureza civil, e não mercantil, pelo caráter eminentemente profissional de que se revestem⁴³. Ademais, acredita que empresários individuais possam participar de consórcio de natureza mercantil, desde que a firma individual seja relevante para a formação do consórcio⁴⁴. FRAN MARTINS, embora discorde deste último autor quanto à possibilidade de empresários individuais serem membros de consórcios, também entende que a lei restringe às pessoas jurídicas a possibilidade de integrar um consórcio⁴⁵.

No que tange à última polêmica apontada, relativa ao regime de responsabilidade das empresas consorciadas, por se tratar do ponto-chave da pesquisa, será tratada mais a frente, quando os demais aspectos necessários à discussão houverem sido abordados.

3. Fundo Consórtil.

⁴² PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., p. 142.

⁴³ Tal distinção é apresentada somente por Modesto Carvalhosa, gerando uma certa estranheza ao autor desta pesquisa, haja vista a ausência de referências a consórcios civis nas obras dos demais doutrinadores do tema e a atual decadência do binômio “comercial vs. civil”.

⁴⁴ CARVALHOSA, Modesto. Ob. cit., p. 415.

⁴⁵ MARTINS, Fran. Ob. cit., pp. 487-488.

Como destaca a Lei nº 6.404/76, em seu art. 279, VIII, devem ser fixadas no contrato de formação do consórcio as contribuições que cada consorciada deve destinar às despesas comuns. Desta forma, o agregado de contribuições das consorciadas forma um fundo de recursos vinculado à consecução dos fins do consórcio, o fundo consórtil.

Analisar-se-á tal fundo no intuito de detectar sua natureza patrimonial e, a partir daí, serão avaliados os impactos que isso pode gerar no campo da responsabilidade.

3.1. Composição do Fundo.

Para PONTES DE MIRANDA, o “fundo do consórcio compõe-se com as contribuições dos consorciados, e do que, com isso se adquiriu, escapando a qualquer exigência de divisão, por parte dos consorciados, e a direito, pretensões e ações dos credores particulares desses”⁴⁶. Tal fundo, formado para arcar com as despesas do consórcio (elaboração de projetos, manutenção de instalações, controles contábeis, preparo de propostas para concorrência em licitações públicas, etc.) seria composto pelos bens dados pelas consorciadas, os créditos do consórcio contra estas, créditos contra terceiros, e os demais direitos do consórcio. Entretanto, nele não se incluiriam os direitos do consórcio relativos a obrigações positivas ou negativas das consorciadas tangentes às atividades do consórcio.

O preclaro jurista, defendendo que o patrimônio representado pelo fundo consórtil pode existir sem a personificação do consórcio, afirma que “o patrimônio é autônomo, porque se destina a determinado fim, que estabelece a mesmidade de sorte

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., LI, pp.253-254.

dos consorciados”⁴⁷. Para isso, no entanto, tal consórcio deve ser externo, dotado de devida eficácia contra terceiros. Desta forma, no período de duração do consórcio, as consorciadas não podem exercer direitos que ingressaram no fundo consórcil, haja vista não serem delas.

LE PERA apresenta boa definição do fundo consórcil, o que na Argentina corresponde ao fundo comum operacional das Uniões Transitórias de Empresas. Segundo ele, “em matéria patrimonial existe o chamado fundo comum operacional formado pelas contribuições dos membros. A palavra fundo sugere que deve tratar-se de dinheiro ou, em todo caso, de valores facilmente realizáveis. A lei exige a constituição deste fundo, mas não regula sua evolução. Podemos presumir que os frutos civis (interesses) do fundo se incorporam a ele. O contrato de união poderia prever que, além das contribuições dos membros, toda a parte de faturamento pelas obras, serviços ou fornecimentos da união passem a integrar o fundo”⁴⁸.

O autor complementa indicando que “começadas as operações, o fundo não permanecerá líquido, mas será aplicado na aquisição de coisas, bens, serviços ou direitos, desde lápis ou uma máquina de escrever até bens graváveis (veículos), imóveis (oficinas, etc.), incluindo o pagamento de salários do pessoal dependente. O fundo é aqui um verdadeiro patrimônio em funcionamento e nele ocorrem todos os fenômenos de subrogação real próprios destes. O produzido pela venda de qualquer destes bens também integrará o fundo, e igualmente o integrará qualquer outro bem adquirido com

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., LI, p. 253.

⁴⁸ LE PERA, Sergio. *Joint Venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresarial*, 5º ed., Buenos Aires, Editora Astrea, 2008, p. 163.

tal produto. Se uma coisa é danificada ou destruída, a indenização paga pelo segurador ou por terceiro integrará o fundo, igualmente o que se adquire com essa indenização”⁴⁹.

No entender de CARVALHOSA, “tem, outrossim, o consórcio autonomia patrimonial, visto que os recursos atribuídos pelas consorciadas à administração do consórcio constituem patrimônio que, funcionalmente, destaca-se do das consorciadas durante todo o período de duração do consórcio. Assim, as consorciadas não têm ingerência sobre esse patrimônio afetado pelo consórcio durante a sua existência. Ademais, os credores de cada sociedade consorciada não têm direito sobre esse patrimônio afetado por outros negócios que tenham celebrado fora do âmbito do consórcio, ou seja, que não sejam com ele relacionados diretamente”⁵⁰. Destarte, o mesmo conclui que por não ser disponível livremente, o fundo consórcil constituiria patrimônio separado⁵¹.

Quanto a isso, algumas observações mostram-se relevantes: (i) as contribuições de cada consorciada para o consórcio serão diversas, em gênero e em relevância; (ii) a partilha dos resultados não se faz na estrita proporção das contribuições financeiras de cada uma, mas sim conforme for pactuado entre os membros (art. 279, V, Lei nº 6.404/76); (iii) o fundo comum não tem relação com os direitos e as obrigações previstos no art. 279, IV, V, VI, da Lei nº 6.404/76, nem com o número de votos que cada uma das sociedades terá nas deliberações consorciais (art. 279, VII, Lei nº 6.404/76).

⁴⁹ LE PERA, Sergio. Ob. cit., pp. 163-164.

⁵⁰ CARVALHOSA, Modesto. Ob. cit., p. 398.

⁵¹ CARVALHOSA, Modesto. Ob. cit., p. 433.

3.2. Teoria do patrimônio.

Para se chegar a uma conclusão sobre a natureza patrimonial do fundo consórtil, tem-se que analisar no que realmente consistem os chamados “patrimônios de afetação”, “patrimônios autônomos” e “patrimônios separados ou especiais”.

Como indica PENTEADO, o exato equacionamento do regime da responsabilidade do consórcio e de seus integrantes será resultado direto da admissibilidade ou não da constituição de um patrimônio separado ou especial, e, em caso positivo, da extensão dos efeitos da referida especialização patrimonial⁵². Sendo assim, a análise a ser realizada é o instrumento necessário para detectarmos o nível de independência patrimonial entre o consórcio e as empresas consorciadas, e posteriormente, refletir sobre seus impactos no campo da responsabilidade.

3.2.1. Concepções variadas.

A área doutrinária que discute as noções patrimoniais é marcada por diversas polêmicas, que vão desde a discussão sobre a ligação entre patrimônio e personalidade, até os conceitos das modalidades patrimoniais já enumeradas.

MARCONDES MACHADO⁵³ explora o tema de maneira ímpar, por meio de análise da doutrina estrangeira e da tradição do sistema jurídico brasileiro. Tratando da

⁵² PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., p. 152.

⁵³ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *A Limitação.*, cit. (nota 2). MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas.*, cit. (nota 2).

noção de patrimônio, o autor esclarece que este pode ser entendido, adotando-se caracteres de geral aceitação, como um (i) conjunto de relações jurídicas, (ii) apreciáveis economicamente, e (iii) coligadas entre si, por pertinentes a uma pessoa⁵⁴.

As teorias do patrimônio podem ser agrupadas em dois lados opostos, quais sejam o da chamada teoria tradicional ou clássica e o da teoria moderna ou objetiva. A vinculação existente entre patrimônio e personalidade é ponto central de divergência entre eles.

Paulo CUNHA⁵⁵, em monografia relacionada ao tema, manifesta existir uma gama de outras correntes que se enquadram como intermediárias a esses dois grupos. Tal autor apresenta uma série de seis concepções de patrimônio, a serem aqui destacadas de forma sucinta e com foco nos seus traços principais:

- (1) A primeira entende o patrimônio como emanção da personalidade, a ela inerente e com ela se confundindo, sendo, de sua essência, único, indivisível, e inseparável da pessoa (teoria clássica);

- (2) Para a segunda, deve conservar-se a teoria clássica, mas acomodando-a à realidade e privando-a da sua rigidez excessiva e do seu logicismo intransigente;

⁵⁴ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas.*, cit. (nota 2), p. 85.

⁵⁵ CUNHA, Paulo. *Do patrimônio*, vol. 1, Lisboa, 1934, p. 49 e ss., *apud* MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas.*, cit. (nota 2), pp. 86-88.

- (3) Conforme a terceira, é excessivo e errado dizer que o patrimônio é uma noção intimamente ligada à pessoa do seu titular, não devendo ser visto como indivisível e único, embora a personalidade seja um pressuposto para o patrimônio, que consiste em uma universalidade de direito;
- (4) A quarta recusa a idéia de patrimônio como universalidade de direito, não aceitando a sua inerência à pessoa do seu titular, nem sua unicidade e indivisibilidade;
- (5) A quinta compreende o patrimônio como um conjunto de direitos subjetivos, que ora pertence a uma pessoa, ora é constituído por direitos sem sujeito, pertencendo ao fim a que estes direitos estão afetos;
- (6) Já conforme a sexta noção, patrimônio é, sempre e simplesmente, um conjunto de riquezas que estão afetas a um fim, não sendo nem pertencente a pessoas, e muito menos constituído por direitos subjetivos.

Para a plena compreensão do enquadramento do patrimônio como universalidade de direito, realizado pela maioria das concepções comentadas, faz-se mister entender no que ela realmente consiste.

As universalidades são constituídas por uma pluralidade de coisas, que conservam sua autonomia funcional, mas são unificadas em vista de uma particular valoração. A universalidade de fato seria um conjunto de coisas autônomas, simples ou compostas, materiais ou imateriais, formado pela vontade do sujeito para uma destinação unitária. Já a universalidade de direito seria um complexo de relações

jurídicas ativas e passivas, formado por força de lei, para unificação das mesmas relações. Destarte, a universalidade de direito consiste num conjunto de direitos (relações ativas e passivas), enquanto a universalidade de fato seria um conjunto de objetos de direito⁵⁶.

LLAMBÍAS apresenta definição que por sua completude e concisão merece ser aqui transcrita, na qual expõe sobre a distinção entre as universalidades e enquadra o patrimônio no grupo das universalidades de direito, pensamento também praticado pela doutrina nacional. Para ele, “o patrimônio é uma massa de bens que se considera como uma entidade abstrata independente dos elementos que a compõem, os quais podem aumentar ou diminuir sem que se altere o conjunto como tal. O patrimônio é uma universalidade de bens, denominando-se assim a toda pluralidade de bens que se possa tratar unitariamente, como um todo. Quando a universalidade depende da vontade do proprietário que tem disposto os elementos particulares para obter o resultado do conjunto, a universalidade é de fato, v.gr. uma biblioteca, um rebanho, etc. Se a conexão dos elementos particulares não depende da vontade do proprietário, mas sim de determinação da lei, a universalidade é de direito: desta índole é o patrimônio, cuja unidade provém da lei”⁵⁷.

Em suma, pode-se dizer que para os autores da teoria clássica, a idéia de patrimônio é a lógica conseqüência do conceito de personalidade. Qualquer que seja a variedade dos objetos sobre os quais o homem pode ter direitos a exercer, qualquer que

⁵⁶ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas.*, cit. (nota 2), pp. 73-85.

⁵⁷ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, t. 2, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1961, p. 193., *apud* ROITBARG, Marcelo Ricardo. *Empresa individual de responsabilidad limitada: una propuesta para mantener incólume el derecho societario*, Ushuaia, Utopías, 2009, p. 18.

seja a diversidade de sua natureza constitutiva, estes objetos, no tanto que formam a matéria de direitos de uma pessoa determinada, estão submetidos ao livre arbítrio de uma só e mesma vontade, à ação de um só e mesmo poder jurídico, constituindo um todo jurídico⁵⁸.

A oposição mais forte a tal corrente defende que o patrimônio geral é um atributo da personalidade, porque não é concebível uma pessoa carente de patrimônio, tanto mais quando as dívidas são parte integrante daquele. Entretanto, no que tange aos caracteres do patrimônio, embora o patrimônio geral seja único e ninguém possa ter mais de um, os opositores acreditam que podem coexistir com ele um ou vários patrimônios especiais, entendidos como massas de bens destacadas do patrimônio geral, não por vontade de seu titular, mas em virtude de um regime legal especial⁵⁹.

A recusa à teoria clássica deve concentrar-se no rigor que assina ao caráter de “unidade” do patrimônio. A muitos, não resulta admissível que se os bens das pessoas são meios para a consecução dos fins a que elas se propõem, não se aceite que se possa destacar alguns de tais bens do patrimônio geral para afetá-los a um fim especial⁶⁰.

3.2.2. Tradição jurídica brasileira.

Analisando o sistema jurídico pátrio, à luz do Código Civil de 1916, MARCONDES MACHADO conclui que o patrimônio seria uma universalidade de

⁵⁸ ROITBARG, Marcelo Ricardo. Ob. cit., pp. 20-21.

⁵⁹ ROITBARG, Marcelo Ricardo. Ob. cit., p. 25.

⁶⁰ ROITBARG, Marcelo Ricardo. Ob. cit., p. 21.

direito, e que o legislador pátrio, por não negar aos objetos de direito o suporte do sujeito de direito, contrariou, a idéia de indivisibilidade e, pois, a unicidade do patrimônio, deduzidas ambas da teoria clássica. Filiando-se, destarte, à terceira corrente do quadro das concepções fundamentais do patrimônio levantadas por CUNHA.

Assim, a posição do ordenamento brasileiro sobre a noção de patrimônio: (i) é personalista, já que a personalidade jurídica representa a sede do patrimônio; (ii) enxerga como elemento unificador da massa patrimonial, a identidade do sujeito, não a substituindo pelas idéias de fim ou de afetação⁶¹.

Mais a frente será feita uma nova análise do nosso ordenamento em busca de inovações que contrariem tal tradição, ou pelo menos indiquem novos rumos quanto à noção de patrimônio aceita pelo sistema jurídico nacional.

3.2.3. Modalidades patrimoniais especiais.

Passando à análise das modalidades patrimoniais destacadas, iniciemos a abordagem dos patrimônios especiais ou separados.

PONTES DE MIRANDA ressalta que todo patrimônio é unido por titular único, ou por titulares em comum, mas únicos, o que não quer dizer que a cada pessoa só corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral, e os patrimônios separados ou especiais⁶². Tal autor destaca que, enquanto no patrimônio geral o fim é a distinção

⁶¹ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas.*, cit. (nota 2), p. 92.

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 368 e ss.

mesma da pessoa entre as pessoas físicas ou jurídicas, os patrimônios especiais têm os seus fins fixados pela manifestação de vontade ou pela lei. A distinção de titulares apenas torna mais visível a separação patrimonial. Quanto ao passivo do patrimônio especial, este seria integrado pelo conjunto de dívidas, obrigações, situações passivas nas ações e exceções que expõem o patrimônio especial à satisfação dos titulares desses elementos do passivo.

TUHR professa que “a situação peculiar do patrimônio especial decorre dos fins especiais que a determinam”⁶³. Enquanto o patrimônio normal atende a fins gerais, que, em princípio, o titular fixa livremente, é específico o fim a que se destina o patrimônio especial. Em relação ao passivo deste, enfatiza-se que, embora não seja adequado falar-se em obrigações do patrimônio especial, porque somente a pessoa pode ser obrigada a fazer ou não fazer, tal patrimônio pode ser aquele por meio do qual devem cumprir-se as ditas obrigações.

No que se refere aos patrimônios autônomos, CANDIAN destaca que enquanto os patrimônios separados são aqueles núcleos patrimoniais que podem surgir no patrimônio de uma pessoa, com caracteres de mútua dependência, o patrimônio autônomo é o que se apresenta, em caráter provisório, sem um titular determinado, enquanto durar essa indeterminação⁶⁴.

⁶³ TUHR, A. Von. *Teoria general del Derecho Civil Aleman*, tradução para o espanhol por Tito Ravá, Buenos Aires, 1946, vol. 1, p. 406 e ss., *apud* MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas.*, cit. (nota 2), pp. 94-95.

⁶⁴ CANDIAN, Aurelio. *Nozioni istituzionali di Diritto Privato*, 2ª ed., Milão, Guiffre, 1949, pp. 231 e 235.

Já MESSINEO recomenda o uso da expressão “patrimônio autônomo”, e não a de “patrimônio separado”, quando se pretenda indicar, não o destaque de um núcleo de bens, que continua a pertencer ao mesmo titular, mas a formação, com elementos tirados de outro ou outros patrimônios, de um patrimônio novo, com sujeito próprio, ou pelo menos, com finalidades próprias, sobre o qual incidem obrigações e direitos autônomos, como acontece na formação da pessoa jurídica⁶⁵.

PINO, por sua vez, sustenta que “o patrimônio autônomo, por ser um complexo patrimonial pertencente a vários sujeitos e destinado a uma função particular, se manifesta como soma de diversos patrimônios separados”⁶⁶.

Pode-se perceber, com essas manifestações, que o conceito de patrimônio separado está no plano dos objetos, pois representa o destaque de um núcleo de bens que continua a pertencer ao mesmo titular, enquanto o de patrimônio autônomo está no plano dos sujeitos, pelo fato de representar a formação de um novo patrimônio com titular próprio ou pelo menos finalidades próprias.

Quanto aos patrimônios de afetação, SALOMÃO FILHO, tratando da teoria da afetação, destaca que para a existência de um patrimônio é necessária não apenas a existência de bens, devendo haver também uma relação de “atribuição”. Essa relação não existe exclusivamente entre pessoas e bens, mas também entre fins e bens. Não se contraria que esse patrimônio seja em seguida personificado. Desse modo, considera-se que a personificação é subordinada ao patrimônio de afetação, e não o contrário,

⁶⁵ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, I, 7ª ed., Milão, Giuffrè, 1947, p. 224.

⁶⁶ PINO, Augusto. *Il patrimonio separato*, Pádua, Cedam, 1950, pp. 120 e 121.

tornando-se claro que as coisas pertencem não a um determinado ente, mas sim a um fim. A pessoa humana pode estar no máximo em uma relação de representação com o patrimônio, subsistindo sua responsabilidade com relação ao fim para o qual o patrimônio existe⁶⁷.

3.3. Natureza patrimonial do fundo.

Observando os entendimentos apresentados acima, percebe-se que o fundo consórtil constitui verdadeiro patrimônio autônomo. Quando cada consorciada destina ao fundo uma parte de seu patrimônio, em forma de contribuições às despesas, está vinculando tal parcela a um fim especial, diverso daquele ao qual corresponde o patrimônio geral. Sendo assim, o fundo consórtil seria a somatória de várias “concessões” patrimoniais por parte das empresas associadas, diversos patrimônios separados que passam a constituir um novo patrimônio, de caráter autônomo.

No entanto, dois pontos ainda merecem discussão antes que se alcance uma conclusão suficiente sobre a natureza patrimonial do fundo consórtil, qualificando-o como patrimônio autônomo, quais sejam: (a) a titularidade de tal patrimônio, ou seja, se ele não pertence a nenhum ou se pertence a vários sujeitos; (b) e a existência ou não de reconhecimento legal quanto à autonomia patrimonial do fundo consórtil.

3.3.1. Titularidade.

Como já exposto, para CANDIAN “o patrimônio autônomo é o que se apresenta, em caráter provisório, sem um titular determinado, enquanto durar essa

⁶⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 18-19.

indeterminação”⁶⁸. Já para MESSINEO seria “um patrimônio novo, com sujeito próprio, ou pelo menos, com finalidades próprias, sobre o qual incidem obrigações e direitos autônomos”⁶⁹, enquanto para PINO representa um “complexo patrimonial pertencente a vários sujeitos e destinado a uma função particular”⁷⁰.

Dai surge o questionamento sobre a titularidade do fundo consórtil, este seriam um patrimônio autônomo (i) sem um titular determinado e somente com finalidades próprias, ou (ii) pertencente a vários sujeitos?

A perda ou não de titularidade do patrimônio separado (parcela patrimonial concedida ao fundo consórtil na forma de contribuições) por parte das empresas consorciadas apresenta-se como ponto determinante em tal discussão.

Quanto à primeira linha, pode-se argumentar que as empresas consorciadas perdem a titularidade sobre a parcela patrimonial concedida ao fundo na forma das contribuições. Desta forma, da somatória desses destaques de bens por partes das empresas, as quais deixam de ser titulares da parcela patrimonial destacada, forma-se um patrimônio novo com finalidades próprias, sobre o qual recaem direitos e obrigações autônomas, e não titularizado por sujeito algum.

Em relação à segunda linha, pode-se defender que, embora haja vinculação de parte do patrimônio das consorciadas a um fim especial (formando-se patrimônios separados), o patrimônio consórtil seria autônomo no sentido de agrupar os vários patrimônios separados, mas estando estes, ainda sob a titularidade das empresas

⁶⁸ CANDIAN, Aurelio. Ob. cit., pp. 231 e 235.

⁶⁹ MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 224.

⁷⁰ PINO, Augusto. Ob. cit., pp. 120 e 121.

consorciadas, o que implicaria na idéia de que o fundo consórtil seria patrimônio de vários titulares.

Conforme o segundo raciocínio opta-se, então, por considerar que a separação patrimonial não implica a perda de titularidade do sujeito quanto à parte especial, mesmo quando vários patrimônios separados se agregam na formação de um novo patrimônio. Desta forma, os titulares do fundo consórtil seriam as empresas consorciadas, cada uma na proporção das colaborações dadas ao consórcio.

Retornando à avaliação realizada por MARCONDES MACHADO, percebe-se que o direito brasileiro, embora negue a unicidade e indivisibilidade do patrimônio, em geral, seria personalista e enxergaria a identidade do sujeito como elemento unificador da massa patrimonial, não a substituindo pelas idéias de fim ou de afetação. Isso sugere que para o reconhecimento do fundo consórtil como um novo patrimônio, não se mostrariam suficientes as finalidades próprias, exigindo-se um sujeito próprio.

Tal idéia frustra, aparentemente, nosso raciocínio de conferir independência patrimonial ao fundo consórtil entendendo-o como patrimônio autônomo sem titulares. No entanto, não contesta o raciocínio que enquadra o fundo consórtil como patrimônio autônomo de vários titulares (as diversas empresas consorciadas).

NOBRE corretamente afirma que “inclusive sob o prisma da perspectiva histórica, os consórcios, não tendo personalidade jurídica, não podem ter patrimônio

próprio conquanto estejam obrigados a ter representante legal e possam demandar e ser demandados”⁷¹.

Contudo, aqui não se afirma que a qualificação do fundo consórtil como patrimônio autônomo liga-se ao fato de ser o consórcio titular de tal patrimônio. O que se afirma é que há a constituição de um patrimônio novo, de caráter autônomo, com finalidades próprias, podendo ser entendido como um patrimônio (i) sem titulares ou (ii) com vários titulares (empresas consorciadas, cada uma na proporção da colaboração ao fundo), conforme explicado acima. Destarte, como não se aponta o consórcio em si como sendo titular do patrimônio, as idéias de NOBRE não contrariam o raciocínio apresentado.

Necessário se faz analisar o ordenamento pátrio no intuito de descobrir se atualmente nosso direito ainda mantém a postura personalista quanto à noção de patrimônio, tendo a identidade do sujeito como elemento unificador da massa patrimonial, haja vista que a análise de MARCONDES MACHADO se deu ainda sob a égide do Código Civil de 1916. Esse ponto é fundamental para descaracterizarmos ou não a viabilidade da tese que coloca o fundo consórtil como patrimônio autônomo com finalidades próprias, mas sem titulares.

Analisando o Código Civil de 2002, percebe-se que ao tratar das sociedades em comum e das sociedades em conta de participação, o legislador teria reconhecido expressamente a existência de patrimônio especial, como se vê:

⁷¹ NOBRE, Augusto. “Consórcio de Empresas. Falta de personalidade jurídica. Impossibilidade de ser proprietário de bens”, in *Revista Forense*, v. 300 (1987), p. 385.

“Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”. (Livro II, Título II, Subtítulo I, Capítulo I, Da Sociedade em comum). (grifos nossos)

“Art. 994. A contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais”. (Livro II, Título II, Subtítulo I, Capítulo II, Da Sociedade em Conta de Participação). (grifos nossos)

Também se mostra relevante indicar o regime especial de patrimônio separado determinado pela Lei nº 9.514/97⁷². Ela “estabelece regras para o chamado Sistema de

⁷² Lei nº 9.514/97. Art. 10. O regime fiduciário será instituído mediante declaração unilateral da companhia securitizadora no contexto do Termo de Securitização de Créditos, que, além de conter os elementos de que trata o art. 8º, submeter-se-á às seguintes condições:

I - a constituição do regime fiduciário sobre os créditos que lastreiem a emissão;

II - a constituição de patrimônio separado, integrado pela totalidade dos créditos submetidos ao regime fiduciário que lastreiem a emissão;

III - a afetação dos créditos como lastro da emissão da respectiva série de títulos;

IV - a nomeação do agente fiduciário, com a definição de seus deveres, responsabilidades e remuneração, bem como as hipóteses, condições e forma de sua destituição ou substituição e as demais condições de sua atuação;

V - a forma de liquidação do patrimônio separado.

Parágrafo único. O Termo de Securitização de Créditos, em que seja instituído o regime fiduciário, será averbado nos Registros de Imóveis em que estejam matriculados os respectivos imóveis.

Art. 11. Os créditos objeto do regime fiduciário:

I - constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora;

II - manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados;

III - destinam-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados, bem como ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais;

IV - estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora;

V - não são passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam;

VI - só responderão pelas obrigações inerentes aos títulos a ele afetados.

§ 1º No Termo de Securitização de Créditos, poderá ser conferido aos beneficiários e demais credores do patrimônio separado, se este se tornar insuficiente, o direito de haverem seus créditos contra o patrimônio da companhia securitizadora.

§ 2º Uma vez assegurado o direito de que trata o parágrafo anterior, a companhia securitizadora, sempre que se verificar insuficiência do patrimônio separado, promoverá a respectiva recomposição,

Financiamento Imobiliário (SFI). Entre elas destaca-se a que estabelece a possibilidade de criação de um regime fiduciário para os créditos securitizados (créditos contra os quais foram emitidos títulos de crédito e/ou valores mobiliários). Os créditos são considerados patrimônio separado em sentido pleno, não podendo ser atingidos judicial ou extrajudicialmente pelos credores da companhia securitizadora (da qual o patrimônio se destacou), não sendo tampouco possível atingir os bens da sociedade securitizadora em caso de insolvência do patrimônio separado”⁷³.

Tanto no caso da separação patrimonial disposta nos arts. 988 e 994 do novo Código Civil, como no caso da promovida pela Lei nº 9.514/97, nota-se um estatuto legal claramente promovendo a separação de patrimônios.

Visto isso, afigura-se que, embora o ordenamento esteja evoluindo no reconhecimento de patrimônios separados desvinculados de personificação jurídica, ele não adere ao ideal de vinculação objetiva entre bens e fins, centralizando ainda num sujeito a titularidade da massa patrimonial. Destarte, os argumentos em prol de se considerar a variedade de titulares, quais sejam, todas as consorciadas na medida das suas contribuições, tendem a ser mais aceitos, haja vista a incompatibilidade da tradição jurídica brasileira com a idéia de existência patrimônio sem titular.

mediante aditivo ao Termo de Securitização de Créditos, nele incluindo outros créditos imobiliários, com observância dos requisitos previstos nesta seção.

§ 3º A realização dos direitos dos beneficiários limitar-se-á aos créditos imobiliários integrantes do patrimônio separado, salvo se tiverem sido constituídas garantias adicionais por terceiros.

Art. 12. Instituído o regime fiduciário, incumbirá à companhia securitizadora administrar cada patrimônio separado, manter registros contábeis independentes em relação a cada um deles e elaborar e publicar as respectivas demonstrações financeiras.

Parágrafo único. A totalidade do patrimônio da companhia securitizadora responderá pelos prejuízos que esta causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária ou, ainda, por desvio da finalidade do patrimônio separado. (grifos nossos)

⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 170.

Tal conclusão também é alcançada por LE PERA, que ao se questionar sobre a titularidade do fundo comum operacional das uniões transitórias de empresas na Argentina (equivalente ao fundo consórtil), manifesta que “a tendência espontânea é contestar que o titular seja a união transitória, pois isso parece incompatível com a declaração legal de que a união transitória não é sujeito de direitos. Deveríamos considerar que tais bens, direitos e relações (incluídas as laborais) se constituem em cabeça de todos os integrantes”⁷⁴.

3.3.2. Reconhecimento legal.

Como destaca ROITBARG, os patrimônios especiais são bens afetados a um fim determinado, podendo ser conceituados como massas de bens destacadas do patrimônio geral da pessoa, submetidas a um regime de responsabilidade especial e destinadas à consecução de uma finalidade específica, criados ao amparo de um estatuto legal que os habilite⁷⁵.

O patrimônio especial, por definição, requer um estatuto legal também especial. Não é o titular do patrimônio quem pode separar voluntariamente certos bens e constituir um patrimônio separado, devendo existir uma norma particular que o permita. Em outros termos, sem lei que possibilite a afetação de uma parte do patrimônio geral a um fim específico, não resulta possível a existência de patrimônios

⁷⁴ LE PERA, Sergio. Ob. cit., pp. 164-165.

⁷⁵ ROITBARG, Marcelo Ricardo. Ob. cit., pp. 22-25.

de afetação⁷⁶. Como enfatiza PONTES DE MIRANDA, “só a lei pode separar patrimônios”⁷⁷.

Para GRISOLI, somente se pode falar de patrimônio separado, quando a lei considere determinado núcleo patrimonial como objeto de uma disciplina jurídica particular. A separação de um patrimônio se admite como meio para possibilitar a consecução de certas finalidades que a lei estabelece em cada caso; tais finalidades, tal como aparecem presentes na concreta disciplina legislativa, constituem a base, a medida e o limite da separação patrimonial. O regime jurídico que habilita a separação de patrimônios está constituído por normas que derogam não somente a garantia ilimitada e genérica do patrimônio frente aos credores, mas também por normas que impedem a livre utilização do patrimônio separado por seu titular⁷⁸.

As normas que estabelecem a separação são impostas *ad rem* e não *ad personam*, e os atos dos sujeitos suscetíveis de produzir a separação estão submetidos à publicidade. Não é suficiente referir-se a um fim especial para justificar o tratamento jurídico diferenciado de uma massa de bens, só podendo ter lugar se o destino resulta oponível a terceiros e ao próprio titular do patrimônio de que se tem destacado aquela massa. Por tal motivo, não pode haver outros patrimônios separados além dos previstos em lei⁷⁹.

⁷⁶ ROITBARG, Marcelo Ricardo. Ob. cit., pp. 22-25.

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., V, p. 368.

⁷⁸ GRISOLI, Angelo. *Las sociedades de un solo socio*, Madrid, Editorial Edersa, 1976, *apud* ROITBARG, Marcelo Ricardo. Ob. cit., p. 29.

⁷⁹ ROITBARG, Marcelo Ricardo. Ob. cit., p. 30.

Se a determinação legal é suficiente para que se promova a separação patrimonial, o mesmo pode se supôr quanto à formação de um patrimônio autônomo, fruto da soma de patrimônios separados.

Quanto a isso, pode-se questionar se a lei tem de expressamente regulamentar a ocorrência de separação patrimonial (usando termos como “patrimônio especial”, da forma feita pelos arts. 988 e 994 do Código Civil, e “patrimônio separado”, como aplicado nas disposições da Lei nº 9.514/97) ou se o desenho jurídico que ela confere a certo instituto poderia por si só representar uma autorização legal à separação patrimonial. Em outras palavras, embora se aceite que só a lei pode separar patrimônios, cabe discussão sobre a forma pela qual a lei realiza tal separação, se esta teria de ser resultado de uma determinação expressa ou não.

Aplicando este pensamento ao caso, poder-se-ia argumentar que o formato institucional dado ao fundo consórtil pela lei do anonimato, embora esta não disponha expressamente sobre a formação de um patrimônio autônomo, seria uma espécie de autorização legal a que se compreenda o fundo consórtil como patrimônio autônomo.

A Lei de Sociedades Comerciais (LSC) da Argentina aparece como bom exemplo, no Direito Comparado, de lei que reconhece a separação patrimonial mesmo sem fazer uso expreso de termos como “patrimônio especial, separado ou autônomo”.

*Ley de Sociedades Comerciales (nº 19.550).
“Art. 372. Las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran, constituyen el fondo común operativo de la agrupación. Durante el término establecido para su duración, se*

mantendrá indiviso este patrimonio sobre el que no pueden hacer valer su derecho los acreedores particulares de los participantes".

Embora trate o fundo consórtil de maneira ampla e até certo ponto superficial, tal norma é clara ao determinar o regime especial de responsabilidade ao qual se submete o fundo consórtil, evidenciando sua imunidade frente aos credores particulares dos participantes, e assim, indicando seu caráter patrimonial especial.

Já a Lei nº 6.404/76 regula o fundo de forma mais superficial ainda que a lei argentina, determinando somente que o instrumento contratual a partir do qual se dê a formação do consórcio (pacto consórtil) deverá dispor sobre as contribuições de cada consorciado para as despesas comuns.

“Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão:

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver”. (grifos nossos)

A questão que deve ser levantada, então, para que se alcance uma conclusão sobre a existência ou não de reconhecimento legal do caráter patrimonial autônomo do fundo consórtil, é: O dispositivo acima mencionado indica que o legislador pátrio confere um arranjo institucional ao fundo consórtil que evidencie sua submissão a um regime especial de responsabilidade, mesmo sem ter feito menção expressa a termos

como “patrimônio especial” ou “patrimônio separado” (como o fez nos arts. 988 e 994 do Código Civil e na Lei nº 9.514/97)?

Como a própria pergunta explicita, o pensamento segundo o qual haveria necessidade de menção expressa a termos como os citados acima para que houvesse reconhecimento legal da separação patrimonial mostra-se inconsistente por seu apego a formalidades que não condizem com o real interesse de se constatar o reconhecimento legal da separação patrimonial a partir de interpretação legislativa que vá além do campo meramente gramatical, buscando a essência da disposição legal. Sendo assim, mesmo sem fazer menção aos ditos termos, o desenho institucional conferido ao fundo consórtil poderia indicar o reconhecimento de seu caráter patrimonial especial, assim como ocorre na Argentina.

A superficialidade da regulação conferida ao fundo consórtil pela lei do anonimato é o grande problema para que se possa dizer indubitavelmente que a lei reconhece e promove a separação patrimonial no caso do fundo consórtil.

Por um lado, é cabível defender que não há reconhecimento legal, pois seria uma determinação quanto ao regime de responsabilidade ao qual estaria submetido o fundo consórtil (como acontece na Lei de Sociedades Comerciais da Argentina, ao dispor sobre a imunidade do fundo frente aos credores particulares dos participantes), a qual impusesse o caráter especial desse regime, o elemento necessário para que se desenhasse um arranjo institucional do fundo o qual fosse suficiente para autorizar a separação de patrimônios.

Por outro lado, pode-se afirmar que é da essência da composição do fundo consórtil a ocorrência das separações patrimoniais promovidas pelas consorciadas ao conceder suas contribuições ao fundo, e o fato de a lei possibilitar a organização de consórcios e a formação do fundo da maneira como é feita, já seria por si só um reconhecimento legal ao caráter patrimonial especial do fundo. Uma referência legal ao regime especial de responsabilidade seria um reforço ao que já é consequência natural da separação patrimonial.

Para a decisão dessa controvérsia em prol do segundo pensamento (segundo a qual há reconhecimento legal), mostraria-se necessária uma complementação da regulação existente, a qual explicitasse a especialidade do caráter patrimonial do fundo consórtil e do regime de responsabilidade ao qual se submete. Até que ela ocorra, o primeiro pensamento (segundo o qual não há reconhecimento legal) aparenta ser mais adequado, pois já que só a lei pode separar patrimônios, isso deve ocorrer sem maiores dúvidas, dando-se de maneira clara, mesmo que de forma sucinta e até superficial como ocorre no ordenamento argentino.

3.3.3. Conclusões sobre a natureza patrimonial do fundo.

Sendo assim, pode-se concluir, quanto aos aspectos patrimoniais do fundo consórtil, que este consistiria num patrimônio autônomo, integrado pela soma de patrimônios separados (parcelas patrimoniais especiais separadas da parte geral dos patrimônios das empresas consorciadas). No entanto, dois pontos seriam alvo de divergência.

O primeiro tange à sua titularidade, haja vista serem cabíveis tanto os argumentos (i) em defesa da ausência de titular desse patrimônio, que tem como pressuposto a idéia de que a separação de patrimônio das consorciadas resulta na perda de titularidade dos patrimônios separados por parte delas, como (ii) os argumentos em prol de se considerar a variedade de titulares do fundo consórtil, quais sejam as empresas consorciadas na proporção de suas contribuições. Notou-se, todavia, que os argumentos em prol de se considerar a variedade de titulares, quais sejam todas as consorciadas na medida das suas contribuições, tende a ser mais aceita, tendo em vista a incompatibilidade da tradição jurídica brasileira com a idéia de existência patrimônio sem titular, a qual deriva do caráter personalista marcante na noção de patrimônio adotada.

O segundo corresponde à existência ou não de reconhecimento legal quanto à separação patrimonial tangente ao fundo. Sobre isso, percebeu-se que, embora o ordenamento venha apresentando sinais de que reconhece a possibilidade de separação patrimonial desvinculada de personificação jurídica em alguns casos (sociedade em comum, sociedade em conta de participação, e patrimônios separados do SFI, além dos tradicionais espólio, usufruto, bem de família, etc.), faz-se imperativa uma complementação da regulação legal vigente atualmente, que venha expressamente declarar a autonomia patrimonial do fundo consórtil, para que esta resulte indubitavelmente em conseqüências no campo da responsabilidade.

4. Regime de Responsabilidade.

Olhando para o problema da limitação de responsabilidade do comerciante individual, tratado por MARCONDES MACHADO, vê-se que há uma distinção fundamental entre ele e a questão do regime de responsabilidade no caso do consórcio.

Enquanto no caso do comerciante individual propõe-se uma separação patrimonial, ou seja, um destaque de bens do patrimônio geral do indivíduo que exerce atividades comerciais para passar a integrar um patrimônio separado com fim especial, embora ainda de titularidade do mesmo sujeito, nos consórcios há algo que vai além disso, haja vista a formação de um agregado de patrimônio separados compondo um novo patrimônio.

Embora em ambos os casos haja aquela relação de “atribuição” entre fins e bens, o que caracterizaria tanto o patrimônio separado do empreendedor individual, como o fundo consórtil (patrimônio autônomo), na qualidade de patrimônios de afetação, nota-se no caso do fundo consórtil uma ampliação da independência patrimonial, pois há composição de um novo patrimônio.

Resta, então, saber quais impactos essa autonomia patrimonial do fundo consórtil implicaria no regime de responsabilidade do consórcio e das consorciadas.

4.1. Limitação da Responsabilidade.

Conforme professado por MARCONDES MACHADO, há distinção entre o sentido próprio e impróprio da limitação de responsabilidade: (i) o da responsabilidade objetivamente limitada; e (ii) o da responsabilidade quantitativamente determinada. Esta

(sentido impróprio) consiste na limitação de certa quantia pela qual deve responder o devedor com todo o seu patrimônio, não significando, portanto, a existência de uma responsabilidade limitada, e sim de uma dívida limitada. Já aquela (sentido próprio) exprime que no campo patrimonial do devedor, demarca-se uma área de bens, destinada a suportar a ação dos credores no caso de inadimplemento, cuja eficácia se confina nos lindes intransponíveis dos valores aí realizados. Disso decorre a formação de um patrimônio separado, pois os bens a que fica circunscrita a responsabilidade por determinadas dívidas, são subtraídos à responsabilidade por outras, formando assim, no patrimônio do devedor, grupo subsistente por si, reservado exclusivamente a satisfazer certos credores⁸⁰. Apresentando-se a limitação da responsabilidade no sentido autêntico e rigoroso da responsabilidade objetivamente limitada como fato coetâneo da separação patrimonial⁸¹.

SALOMÃO FILHO também aponta a variedade de significados que se pode empregar à responsabilidade limitada, os quais seriam: (i) pode significar a impossibilidade de responsabilizar o patrimônio separado pelas dívidas do seu titular (é o caso do bem de família); (ii) ou ainda que os credores por dívidas oriundas dos bens separados não terão acesso aos bens de seu titular (é o caso do espólio em relação ao herdeiro); (iii) podendo representar também ambas as coisas, ou seja, a limitação em ambos os sentidos⁸².

⁸⁰ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *A Limitação.*, cit. (nota 2), p. 283.

⁸¹ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *A Limitação.*, cit. (nota 2), p. 284.

⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade.*, cit. (nota 66), pp. 27-28.

No caso dos consórcios de empresas, a responsabilidade objetivamente limitada poderia ser debatida nos seguintes âmbitos:

- (1) A possibilidade de credores particulares das consorciadas exercerem direitos sobre o todo patrimonial do fundo consórtil;
- (2) A possibilidade de credores particulares das consorciadas exercerem direitos sobre a parte do fundo consórtil proporcional às contribuições da consorciada devedora;
- (3) A possibilidade de credores do consórcio exercerem direitos sobre o patrimônio particular das consorciadas na proporção da contribuição de cada uma ao fundo.

As conclusões quanto às três situações expostas acima decorrem diretamente da natureza patrimonial do fundo consórtil e, conseqüentemente, da ocorrência ou não de separação patrimonial. Tendo em vista a ausência de determinação legal específica suficiente ao reconhecimento da separação entre o patrimônio da consorciada vinculado às despesas decorrentes das atividades do consórcio e o seu patrimônio geral, não se pode entender que o direito brasileiro aceite uma limitação de responsabilidade que decorra disso.

Portanto, tem-se que os credores particulares das consorciadas poderiam exercer direitos sobre a parcela do “patrimônio autônomo” proporcional às contribuições da consorciada devedora ao fundo, mas não sobre o todo (é possível a hipótese 2, mas não a 1). Por outro lado, em caso de descumprimento obrigacional do consórcio frente a

terceiros, estes poderiam exercer direitos sobre os patrimônios particulares das consorciadas na proporção das contribuições de cada uma (é possível a hipótese 3).

Entretanto, levando em consideração que a doutrina moderna, seguindo e desenvolvendo a teoria da afetação, tende a considerar o vínculo do patrimônio objetivo e não subjetivo⁸³, e que o ordenamento pátrio tem apresentado avanços nesse sentido, cabe analisar quais impactos o surgimento de norma regulamentadora das separações patrimoniais no caso de formação de consórcio, das quais decorre a formação do patrimônio autônomo, implicariam no campo da responsabilidade.

Com advento de tal norma, restaria limitada a responsabilidade no sentido de que os credores particulares das consorciadas não poderiam exercer direitos sobre parte alguma do fundo consórcil, e nem os credores do consórcio poderiam exercer direitos sobre os patrimônios particulares das consorciadas (não seria possível nenhuma das hipóteses 1, 2 e 3). Deste modo, as dívidas decorrentes das atividades do consórcio se restringiriam à soma dos patrimônios separados das consorciadas, ou seja, ao patrimônio autônomo no qual consiste o fundo consórcil, e os impactos das dívidas das consorciadas que em nada se relacionassem às atividades do consórcio iriam se restringir aos patrimônios gerais particulares das devedoras.

4.2. Casos Especiais de Responsabilidade.

Alguns tipos de débitos são tratados com destaque pelo nosso ordenamento jurídico, o que reflete a relevância dos interesses que os cercam. Dentre eles destacam-

⁸³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade.*, cit. (nota 66), p. 36.

se os débitos fiscais e trabalhistas. Esta seção dedicar-se-á a apresentar como a responsabilidade tributária e trabalhista das consorciadas se inserem no contexto deste estudo, supondo ainda possíveis alterações caso surja nova norma que reconheça de vez a autonomia patrimonial do fundo consórtil.

4.2.1. Responsabilidade Tributária.

Uma característica do consórcio é fundamental para entendermos os efeitos de suas atividades no campo tributário: a ausência de personalidade jurídica. Por não tê-la, os consórcios de empresas não faturam e não lucram. Desta forma, não precisam recolher tributos como o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o PIS/Pasep, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), entre outros. Isso cabe às consorciadas, na medida em que atuam por meio do consórcio, conforme fica esclarecido pelas Instruções Normativas SRF nº 480/2004⁸⁴ e 834/2008⁸⁵, as quais determinam que os débitos fiscais são assumidos pelas empresas consorciadas, e não pelo consórcio.

⁸⁴ Instrução Normativa SRF nº 480, de 15 de Dezembro de 2003.

Art. 16. No caso de pagamento a consórcio constituído para o fornecimento de bens e serviços, inclusive a execução de obras e serviços de engenharia, a retenção deverá ser efetuada em nome de cada empresa participante do consórcio, tendo por base o valor constante da correspondente nota fiscal de emissão de cada uma das pessoas jurídicas consorciadas.

§ 1º Nesta hipótese, a empresa administradora deverá apresentar à unidade pagadora os documentos de cobrança, acompanhados das respectivas notas fiscais, correspondentes aos valores dos fornecimentos de bens ou serviços de cada empresa participante do consórcio.

§ 2º No caso de pagamentos a consórcio formados entre empresas nacionais e estrangeiras, aplica-se a retenção do art. 1º às empresas nacionais e a do art. 29, desta Instrução Normativa (imposto de renda na fonte) às consorciadas estrangeiras, observadas as alíquotas aplicáveis à natureza dos bens ou serviços, conforme legislação própria. (grifos nossos)

⁸⁵ Instrução Normativa SRF nº 834, de 26 de Março de 2008.

Art. 1º O consórcio constituído nos termos do disposto nos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as pessoas jurídicas consorciadas deverão, para efeitos do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para

Percebendo que há diluição dos débitos tributários ligados à atividade consórtil entre as empresas consorciadas, poder-se-ia questionar uma possível responsabilização do consórcio ou das demais consorciadas pelo inadimplemento de uma destas frente ao Fisco (neste momento analisa-se o inadimplemento referente a tributo cujo fato gerador esteja ligado à atividade consórtil). Em outras palavras, cabe questionamento sobre a possibilidade do Fisco exercer direitos sobre (a) todo o fundo consórtil, sobre (b) a parte do fundo consórtil proporcional às contribuições da consorciada devedora, ou sobre (c) o patrimônio geral (não vinculado aos fins consórtis) das outras consorciadas.

Aplicando o raciocínio apresentado no item 4.1 deste estudo, veremos que, no contexto atual, em que não há claro reconhecimento legal da autonomia patrimonial do

o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), observar o disposto nesta Instrução Normativa.

Art. 2º Às receitas, custos, despesas, direitos e obrigações decorrentes das operações relativas às atividades dos consórcios aplica-se o regime tributário a que estão sujeitas as pessoas jurídicas consorciadas.

Art. 3º Para efeito do disposto no art. 2º, cada pessoa jurídica participante do consórcio deverá apropriar suas receitas, custos e despesas incorridos, proporcionalmente à sua participação no empreendimento, conforme documento arquivado no órgão de registro.

§ 4º Sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º, a escrituração das operações objeto do consórcio, relativas à participação das pessoas jurídicas consorciadas, deverá ser efetuada em suas respectivas contabilidades, em livros contábeis, fiscais e auxiliares próprios.

Art. 4º O faturamento correspondente às operações do consórcio será efetuado pelas pessoas jurídicas consorciadas, mediante a emissão de Nota Fiscal ou Fatura próprios, proporcionalmente à participação de cada uma no empreendimento.

Art. 5º A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins relativas às operações correspondentes às atividades dos consórcios será apurada pelas pessoas jurídicas consorciadas proporcionalmente à participação de cada uma no empreendimento, observada a legislação específica.

Parágrafo único. Os créditos referentes à Contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins não-cumulativas, relativos aos custos, despesas e encargos vinculados às receitas das operações do consórcio, serão computados nas pessoas jurídicas consorciadas, proporcionalmente à participação de cada uma no empreendimento, observada a legislação específica.

Art. 6º Nos pagamentos decorrentes das operações do consórcio sujeitos à retenção na fonte do imposto de renda, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, na forma da legislação em vigor, a retenção e o recolhimento devem ser efetuados em nome de cada pessoa jurídica consorciada, proporcionalmente à sua participação no empreendimento.

Art. 7º Nos recebimentos de receitas decorrentes das operações do consórcio sujeitas à retenção do imposto de renda, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, na forma da legislação em vigor, a retenção deve ser efetuada em nome de cada pessoa jurídica consorciada, proporcionalmente à sua participação no empreendimento.

(grifos nossos)

fundo, o Fisco poderia exercer direitos sobre a parte do fundo consórtil proporcional às contribuições da consorciada devedora (é possível a hipótese “b”, mas não a hipótese “a”). Ademais, poderia também exercer direitos sobre o patrimônio geral das outras consorciadas devedoras caso qualifique-as como solidariamente responsáveis (art. 124, I e II, do CTN⁸⁶) ou responsáveis tributárias (art. 128⁸⁷ e ss., do CTN), ponto este que merece destaque.

Como enfatiza PENTEADO⁸⁸, o liame estabelecido entre as consorciadas aparenta não atrair, em princípio, a incidência das demais regras sobre responsabilidade previstas no CTN, contudo, isto merece atenção, haja vista que tal diploma em seu art. 124, I, estabelece:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”. (grifos nossos)

Observando o dispositivo mencionado, nota-se que caso se interprete que todas as consorciadas têm um interesse comum na situação que constitui o fato gerador do crédito questionado pelo Fisco, e sendo este relacionado à atividade consórtil, poder-se-ia qualificar as consorciadas como solidariamente responsáveis à consorciada devedora. Sendo assim, o Fisco poderia exercer direitos sobre o patrimônio geral das demais

⁸⁶ Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Aletada pela Lei Complementar nº 118, de 9 de Fevereiro de 2005.

⁸⁷ CTN. Art. 128. *Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.* (grifos nossos)

⁸⁸ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., p. 110.

consorciadas (a hipótese “c” é possível contanto que a consorciada, mesmo não sendo a devedora, seja solidariamente obrigada, nos termos do art. 124 do CTN, ou responsável tributária, nos termos do art. 128 do CTN).

Até aqui nos referimos à situação em que o crédito fiscal questionado pelo Fisco e não pago pela consorciada origina-se da atividade consórtil. Numa situação em que o inadimplemento fosse relativo ao crédito oriundo de outras atividades da consorciada, que não relacionadas ao consórcio, fica claro que o Fisco poderia exercer direitos sobre a parte do fundo consórtil proporcional à contribuição da consorciada devedora (é possível a hipótese “b”, mas não a “c”), embora não pudesse cobrar das outras consorciadas, a menos que estas sejam qualificadas como solidariamente obrigadas (o que seria mais difícil pela provável inaplicabilidade do art. 124, I, do CTN) ou responsáveis tributárias (difícilmente seriam entendidas como vinculadas ao fato gerador, requisito exigido pelo art. 128 do CTN para enquadramento como responsável tributária).

Imaginando o surgimento de norma que reconheça a autonomia patrimonial do fundo consórtil, vê-se que o Fisco não poderia exercer direitos sobre parte alguma do fundo consórtil (não seriam possíveis as hipóteses “a” e “b”), podendo, no entanto, cobrar das demais consorciadas caso as enquadre como solidariamente obrigadas ou responsáveis tributárias (a possibilidade da hipótese “c” depende disso). Tal raciocínio valeria tanto para os casos em que o débito fiscal se relacionasse com a atividade consórtil, como para os casos em que o débito não tenha relação com ele (a diferença estará na dificuldade de enquadrar as demais consorciadas como solidariamente obrigadas).

4.2.2. Responsabilidade Trabalhista.

Ao se associarem, as empresas consorciadas destinam parte de sua mão-de-obra para a execução do determinado empreendimento objeto do consórcio, o que pode ocorrer através da contratação de novos empregados ou mesmo pela utilização da mão-de obra já possuída. Disso deriva um ponto bastante discutível no campo da responsabilidade, qual seja: se um indivíduo é empregado de uma consorciada, mas dedica-se às atividades ligadas ao consórcio, em caso de débitos trabalhistas, ele poderá exercer cobrança somente perante a empresa com quem firmou o vínculo contratual, ou também poderia exercer direitos sobre o fundo consórcil, e até mesmo cobrar de outras consorciadas?

O art. 2º, §2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas (C.L.T.)⁸⁹ determina que (i) se uma ou mais empresas, (ii) mesmo tendo cada uma personalidade jurídica própria, (iii) estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, (iv) compondo grupo de qualquer atividade econômica, (v) serão solidariamente responsáveis a empresa principal e as subordinadas, para (vi) os efeitos da relação de emprego. De forma semelhante dispõe o Estatuto do Trabalhador Rural, o qual em seu art. 3º, §2º,⁹⁰ determina que (i) quando uma ou mais empresas, (ii) mesmo tendo cada uma

⁸⁹ C.L.T. Art. 2º - *Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*

§ 2º - *Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.* (grifos nossos)

⁹⁰ Lei nº 5.889/73 (Estatuto do Trabalhador Rural). Art. 3º - *Considera-se empregador, rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados.*

personalidade jurídica própria, (iii) estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, (iv) ou ainda quando formem grupo econômico ou financeiro rural mesmo sendo autônomas, (v) serão solidariamente responsáveis a empresa principal e as subordinadas, para (vi) as obrigações decorrentes da relação de emprego.

Tais dispositivos parecem não se aplicar aos consórcios de empresas, haja vista estes consistirem, *a priori*, em grupos de coordenação, combinação societária em que as empresas participantes se encontram em pé de igualdade, sem que uma exerça o controle sobre a outra⁹¹, não havendo subordinação. Entretanto, sob o aspecto da existência de relações de controle entre as empresas consorciadas, os consórcios podem ser classificados de três formas, quais sejam: (i) igualitários, nos quais não há relação de controle entre os participantes; (ii) hegemônicas, onde há relação de controle entre todos os participantes; e (iii) mistos, em que se nota a ocorrência de relações de controle apenas entre alguns dos participantes⁹².

Sendo assim, a imposição de responsabilidade solidária às empresas consorciadas depende de uma análise da estrutura do consórcio. Caso seja verificada a ocorrência de relação de subordinação, tal solidariedade se aplica para as empresas envolvidas em tal relação, o que pode existir em consórcios hegemônicas e mistos, mas não em igualitários.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego. (grifos nossos)

⁹¹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., p. 39.

⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., LI, p. 236.

Ademais, além da possibilidade de aplicação da responsabilidade solidária aos casos de relações de subordinação, a referência aos termos “direção” e “administração” poderia ensejar tal responsabilidade também em grupos de coordenação. Entretanto, o desenho jurídico dos consórcios de empresas no Brasil vincula a coordenação somente a um empreendimento em comum e determinado, não colocando efetivamente as empresas participantes sob uma direção comum irrestrita a empreendimento específico⁹³. Tal fato indica, então, a necessidade de análise concreta de cada arranjo consórcil, mesmo nos casos de consórcios igualitários, para que determinemos a aplicabilidade ou não das normas trabalhistas aqui tratadas.

Voltando à problemática inicial relativa aos direitos de cobrança do trabalhador que, embora seja empregado de uma das consorciadas, atua nas atividades consórcil, pode-se notar (aplicando o mesmo raciocínio empregado nos itens 4.1 e 4.2.1, e observando o disposto na legislação trabalhista aqui referida) que: (i) no contexto atual de ausência de reconhecimento legal à autonomia patrimonial do fundo consórcil, o trabalhador poderia exercer direitos sobre o fundo na proporção das contribuições da consorciada empregadora (mas não sobre o todo) e também cobrar de outras consorciadas que tenham com a devedora relação de subordinação, nos termos discutidos acima; (ii) caso surja norma que firme o reconhecimento legal da autonomia patrimonial do fundo, o trabalhador não poderá exercer direitos sobre parte alguma dele, sendo cabível, no entanto, cobrar de outras consorciadas que tenham com a devedora relação de subordinação, tendo em vista o disposto na legislação aqui analisada.

5. Conclusão.

⁹³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., p. 84.

A Lei nº 6.404/76, em seus arts. 278 e 279, veio a regular de maneira geral os consórcios de empresas, os quais já eram adotados em ampla escala pela prática empresarial nacional, em virtude de proporcionarem a agregação temporária de recursos e empenho visando à plena consecução de uma meta comum às empresas consorciadas.

Entretanto, a lei do anonimato, além de deixar lacunas e margens a polêmicas, não regulou suficientemente o fundo consórcil, o que, conseqüentemente, implicou em dúvidas quanto ao regime de responsabilidade do consórcio e das consorciadas, como enfatizou PENTEADO⁹⁴.

Destarte, ficou a cargo da doutrina a discussão sobre tal assunto, não sendo este, no entanto, tratado com destaque pela maior parte dos autores do tema. Ademais, é notável um grande vazio doutrinário quanto aos consórcios, em geral, no lapso temporal que compreende as últimas três décadas, o que se mostra até certo ponto intrigante.

Não se pode dizer que os consórcios foram pouco aplicados durante esse período. A intensa recorrência ao uso de tal figura pode ser vista com destaque no campo das contratações com o Poder Público, nos quais o consórcio atua na sua forma instrumental, dando lugar às Sociedades de Propósito Específico após o êxito nas concorrências licitatórias. Entretanto, talvez o consórcio de empresas não esteja sendo utilizado devidamente com todo seu potencial de instrumento favorável às empresas

⁹⁴ “O regime da responsabilidade do consórcio e dos seus integrantes estaria a merecer exame acurado, notadamente no que tange à disciplina do fundo consórcil”. PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ob. cit., p. 162.

nacionais de porte médio, que podem, por meio da associação empresarial realizada através desse instituto, ampliar seu poderio frente às empresas de maior porte. Afinal, como destaca FERES, “a joint venture brasileira ou consórcio se revela interessante como instrumento a serviço do fortalecimento de pequenas e médias empresas no esforço de concorrerem, em igualdade de condições, com as macro-empresas. Aliando tecnologia, avançado esquema de distribuição, suprimento de matérias-primas, algumas pequenas empresas podem se tornar extremamente eficientes para competirem no mercado interno e, quiçá, no internacional”⁹⁵.

Tendo isso em vista, na busca de reerguer o tema dos consórcios de empresas, principalmente no que tange ao seu regime de responsabilidade e das suas integrantes, trata-se aqui deste assunto, ingressando num debate que muito ainda tem a ser enriquecido.

Os resultados da pesquisa indicaram que a (i) tradição jurídica brasileira, no que tange à concepção de patrimônio a qual adere, com sua postura personalista (a personalidade jurídica representa a sede do patrimônio), enxergando a identidade do sujeito como elemento unificador da massa patrimonial, e a (ii) regulação superficial incidente sobre os consórcios, e em específico sobre o fundo consórtil, aparecem como principais barreiras ao reconhecimento da separação patrimonial referente ao fundo.

Sendo assim, o fundo consórtil, o qual consistiria num patrimônio autônomo formado com a somatória de patrimônios separados (oriundos do patrimônio geral das consorciadas, mas dele separados na forma de contribuições ao fundo consórtil,

⁹⁵ FERES, Marcos Vinício Chein. “Joint Ventures: O Consórcio de Empresas no direito brasileiro”, in *Revista do IBRAC*, v. 8 (2001), n. 5, p. 11.

vinculados às atividades consórcios), e por isso submetido a um regime especial de responsabilidade, não adquire, *a priori*, esse caráter, o que se justifica na falta de reconhecimento legal claro e na recusa do ordenamento frente às teorias que defendem uma vinculação entre bens e fins, e não entre bens e pessoas.

Disso resulta que a limitação de responsabilidade, em seu sentido próprio (responsabilidade objetivamente limitada) que incidiria no caso de formação de consórcios de empresas e composição do fundo consórcil, acaba por não incidir. Entretanto, fica a cargo de inovações legislativas que venham a evidenciar a separação patrimonial relativa ao fundo consórcil, o papel de enquadrá-lo no rol de patrimônios “separados” por lei, assim como o fez com os patrimônios separados do SFI (Lei nº 9.514/97), conferindo-lhe o amparo da limitação de responsabilidade e impulsionando a utilização do consórcio de empresas como instrumento para a prosperidade econômica nacional.

6. Bibliografia.

1. MARTINS, Fran. *Comentários a Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as adaptações das normas tributárias constantes do decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977*, III, São Paulo, Forense, 1978.
2. CARVALHOSA, Modesto. *A Nova Lei das S/A: Seu Modelo Econômico*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.

3. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
4. LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações Anotada*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
5. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo, Malheiros, 1995.
6. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.
7. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.
8. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, LI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966.
9. LEÃES, Luiz Gustavo Paes de Barros. “Sociedades coligadas e consórcios”, in *Revista de Direito Mercantil* n. 12 (1973), pp. 137 e ss.
10. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.
11. Da ROCHA, João Luiz Coelho. “Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos”, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 15 (1974), p. 83 e ss.

12. COMPARATO, Fábio Konder. “Consórcio de Empresas”, in *Revista Forense*, ano 72, v. 256 (1976), pp. 5-10.
13. NOBRE, Augusto. “Consórcio de Empresas. Falta de personalidade jurídica. Impossibilidade de ser proprietário de bens”, in *Revista Forense*, v. 300 (1987), pp. 375 e ss.
14. PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcios de Empresas*, São Paulo, Pioneira, 1979.
15. FERES, Marcos Vinício Chein. “Joint Ventures: O Consórcio de Empresas no direito brasileiro”, in *Revista do IBRAC*, v. 8 (2001), n. 5. pp. 3-40.
16. BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário Individual de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.
17. MARCONDES MACHADO, Sylvio. *A Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*, São Paulo, Max Limonad, 1956.
18. MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, 1ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1970.
19. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.
20. CANDIAN, Aurelio. *Nozioni istituzionali di Diritto Privato*, 2ª ed., Milão, Guiffre, 1949.

21. MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, I, 7ª ed., Milão, Giuffrè, 1947.
22. PINO, Augusto. *Il patrimonio separato*, Pádua, Cedam, 1950.
23. FERRI, G. *Manuale di Diritto Commerciale*, 12ª ed., Roma, Utet Giuridica, 2005.
24. ROITBARG, Marcelo Ricardo. *Empresa individual de responsabilidad limitada: una propuesta para mantener incólume el derecho societario*, Ushuaia, Utopías, 2009.
25. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, Buenos Aires, Editora Astrea, 2005.
26. LE PERA, Sergio. *Joint Venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresaria*, 5ª ed., Buenos Aires, Editora Astrea, 2008.