A "SOCIEDADE COMERCIAL DO MERCOSUL": UM PROJETO EM PAUTA, UMA CONEXÃO JURÍDICA A DEFINIR

Proposição de um sistema de conexão à luz do direito europeu das sociedades*

Gustavo Vieira da Costa Cerqueira

Introdução. I – A unicidade da conexão jurídica: a escolha da ruptura metodológica: A) A escolha da pluralidade de conexões na Europa: 1. As hesitações passadas entre pluralidade e unicidade; 2. A conexão plural em movimento: a sociedade europeia; B) A escolha necessária da unicidade de conexão no Mercosul: 1. A inadaptação do método da pluralidade de conexões na Europa: lições para o Mercosul; 2. A pertinência do método da unicidade de conexão no Mercosul. II – A unicidade da conexão jurídica: um método de construção de um regime societário autônomo: A) A concepção de um sistema inovador de conexão jurídica: 1. Uma subtração de princípio da sociedade do direito nacional; 2. A ambivalência do recurso ao direito nacional; B) Aplicabilidade de um sistema exigente de conexão jurídica: 1. Confrontação do sistema unitário a seus próprios limites; 2. Confrontação do sistema unitário às especificidades do direito do Mercosul. Conclusão.

Resumo: A fim de oferecer às empresas da região meios mais eficazes de ação em escala regional, a criação de uma "sociedade comercial do Mercosul" é prevista desde 2003 pelas autoridades mercosurenhas. Ela é igualmente plebiscitada pela doutrina. Embora diferentes, todas as proposições doutrinárias recorrem à mesma ideia: a criação, pelo direito do Mercosul, de uma forma de sociedade comercial autônoma, dotada de um estatuto de alcance geral que esteja à disposição do maior número possível de atores econômicos. Porém, nenhuma delas expressa uma regra clara quanto ao método de conexão jurídica preferível para esta sociedade. Em

* Resumo da Tese de Doutorado em Direito defendida pelo autor em 3.9.2014 na Universidade de Strasbourg. Intitulada *Le rattachement juridique des sociétés commerciales supranationales – Proposition d'un système de rattachement pour une "société du Mercosur" à la lumière du droit européen des sociétés* (Paris, A. Pedone, no prelo), a Tese foi agraciada com o prêmio de "Melhor Tese em Direito Privado" pela *Faculté de Droit, Sciences Politiques et Gestion* da Universidade de Strasbourg, em 2014. A banca de defesa foi composta pelos Profs. Jean-Silvestre Bergé (*Université Lyon* 3, Presidente e Relator), Véronique Magnier (*Université Paris-Sud*, Relatora), Jochen Bauerreis (*Université de Strasbourg*, Diretor de pesquisa na França), João Grandino Rodas (Universidade de São Paulo, Diretor de Pesquisa no Brasil), Luiz Olavo Baptista (Universidade de São Paulo), José Gabriel Assis de Almeida (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Este resumo encontra-se publicado em espanhol na obra de A. Amaral Jr. e L. Klein Vieira (dirs.), *El Derecho Internacional Privado y sus Desafíos en la Actualidad*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2016 (no prelo).

matéria de sociedades supranacionais, o nível de autonomia da *lex societatis* depende da escolha entre o método da unicidade de conexão à ordem jurídica supranacional e o método da pluralidade de conexões, que permite a ancoragem da sociedade no direito do Estado onde ela estabelece sua sede ou no qual ela desenvolve suas atividades, no âmbito de uma relação de complementaridade entre a ordem jurídica que a institui e a ordem jurídica estatal. Ao passo que a União Europeia privilegia o método da pluralidade de conexões das sociedades que ela instituiu (*societas europaea*; sociedade cooperativa europeia; agrupamento europeu de interesse econômico), nós preconizamos o método da unicidade para uma futura sociedade do Mercosul. Trata-se do único método de conexão jurídica apto a garantir a autonomia, a unidade, a uniformidade e a coerência do direito aplicável à sociedade. No contexto do Mercosul, este método contribuirá, outrossim, à construção de uma ordem jurídica dotada de uma maior eficácia nas suas relações com as ordens jurídicas nacionais. As conclusões são apresentadas em anexo, em um texto unificador, que poderá ser tomado mais tarde sob a forma legislativa.

Résumé: Afin d'offrir aux entreprises des moyens plus efficaces d'action à l'échelle régionale, la création d'une "société commerciale du Mercosur" est envisagée depuis 2003 par les autorités mercosuriennes. Elle est également plébiscitée par la doctrine. Si leurs propositions diffèrent, elles recourent toutes à la même idée: la création, par le droit du Mercosur, d'une forme de société commerciale autonome ayant un statut de portée générale qui permettrait au plus grand nombre d'acteurs économiques d'en profiter. Cependant, ces propositions n'expriment aucune règle claire quant à la méthode de rattachement juridique à retenir. En matière de sociétés commerciales supranationales, le niveau d'autonomie de la *lex societatis* dépend du choix entre la méthode de l'unicité du rattachement à l'ordre juridique supranational et celle de la pluralité de rattachements, qui permet l'ancrage de la société dans le droit de l'État où elle établit son siège, dans le cadre d'un rapport de complémentarité entre l'ordre juridique qui l'institue et l'ordre juridique étatique. Alors que l'Union européenne a privilégié la méthode de la pluralité dans les textes régissant les sociétés de droit européen (*societas europaea*; société coopérative européenne; groupement européen d'intérêt économique), nous préconisons la méthode de l'unicité pour une future société commerciale du Mercosur. Il s'agit de la seule méthode de rattachement juridique pouvant assurer l'autonomie, l'unité, l'uniformité et la cohérence du droit applicable à la société. Dans le contexte du Mercosur, cette méthode contribuera de surcroît à bâtir un ordre juridique doté d'une plus grande efficacité dans ses rapports avec les ordres juridiques de ses États membres. Les conclusions sont présentées en annexe, sous la forme d'un texte fédérateur, susceptible d'être repris par la suite sous la forme législative.

Introdução[**]

1. O projeto de uma "sociedade comercial do Mercosul". A fim de oferecer às empresas da região meios mais eficazes de ação em escala regional, a criação de uma sociedade comercial do Mercosul é pensada desde 2003 pelas autoridades mercosurenhas. Com efeito, pela Decisão n. 26/03, de 15 de dezembro de 2003, o Conselho do Mercado Comum (CMC) encarregou o Grupo Mercado Comum (GMC) de "identificar, antes de julio de 2004, los instrumento necesarios para facilitar la radicación y el desarrollo de las actividades empresariales en el Mercosur, en materia de instalación de sociedades, visas empresariales, armonización de los montos exigibles a inversionistas y *constitución de empresas Mercosur*, entre otros, con el objetivo de concretar instrumentos en estas materias, en el primer semestre del año 2005".[1]

** As referências limitam-se ao necessário. A palavra "estatuto" refere-se ao instrumento internacional ou regional que institui uma nova forma social; empregada no plural, refere-se às regras livremente estabelecidas pelos associados. Os §§ indicados em notas deste texto referem-se aos parágrafos da Tese, em sua versão francesa.

1. Mercosur/CMC/Déc. n. 26/03, de 15.12.2003, relativa ao "Programa de Trabalho para os anos 2004-

2. A instituição de uma *empresa Mercosur* seria assim uma das medidas de "*facilitación empresaria*" que poderia dar um novo impulso à integração produtiva regional, enquanto o quadro jurídico relativo ao exercício das atividades comerciais dentro do Mercosul permanecer essencialmente nacional. Trata-se de uma ferramenta opcional que encarnaria o ideal de promoção da livre circulação de bens, de serviços e de fatores de produção em um espaço jurídico-econômico marcado por legislações nacionais harmonizadas, em conformidade com o art. 1º do Tratado de Assunção de 1991.

3. Após a decisão n. 26/03, o CMC aprovou um Programa de integração produtiva do Mercosul em 2008. Para coordenar e executar este Programa, o Conselho criou, no mesmo ano, o Grupo de Integração Produtiva (GIP) que, subordinado ao GMC, tem sob seu encargo o estudo sobre a implementação das *empresas Mercosur*.[2] Em sua "Proposição de orientações para a integração produtiva do Mercosul", de 2007, o Grupo preconizou a realização de estudos para viabilizar a instituição de *empresas Mercosur* e para revisar, identificar e analisar as eventuais dificuldades de natureza jurídico-financeira à sua constituição. As *empresas Mercosur* deveriam se beneficiar de um *tratamento preferencial* nos países-membros.[3]

4. Até o presente, nenhum projeto de estatuto foi apresentado. O desrespeito aos prazos fixados para a elaboração desse estatuto decorre, em primeiro lugar, da reticência dos Estados-membros a um aprofundamento do processo de integração. Em segundo lugar, ele se explica pelo fato de que a criação de uma *empresa Mercosul* implica em definir a forma desta futura entidade. Neste momento, surge a escolha entre uma *sociedade supranacional* ou um *label regional* pelo qual concede-se às sociedades de direito nacional um conjunto de privilégios no seio do mercado comum em construção.

5. O GMC parece privilegiar a escolha de um "label" quando se refere ao "tratamento preferencial" para *empresa Mercosur* em sua "Proposição de orientações para a integração produtiva do Mercosul", de 2007. Com efeito, neste documento o GMC afirma sua preferência por um regime que trate das questões de investimentos estrangeiros, de circulação de capitais, de imposição fiscal e de acesso a certas licitações públicas e setores da economia dos espaços regionais de integração econômica. O recurso a um estatuto de alcance geral não é, porém, descartado expressamente.

6. A solução do "label" não é, contudo, pertinente. Além de contemplarem a liberdade de estabelecimento da sociedade "labelizada" apenas do ponto de vista do estabelecimento secundário, os regimes preferenciais não regulamentam as operações de concentração regional. O recurso à filial comum "labelizada", submetida a uma lei estatal e caracterizada por restrições importantes à participação no capital social, constitui o único quadro jurídico proposto para a aproximação das empresas da região. Ele é insuficiente para cumprir os objetivos do Tratado de Assunção. O fraco sucesso que conheceu o *Estatuto das empresas binacionais argentino-brasileiras*[4] atesta esta insuficiência.

Além disso, a ausência de estruturas supranacionais na ordem jurídica mer-

2006": pt. 1.16 do Programa n. 1 – Mercosur Econômico-comercial. Sublinhado pelo autor.

2. Mercosur/CMC/Déc. n. 12/08. O GIP tem por objetivo coordenar o Programa de Integração Produtiva (PIP) do Mercosul. Este programa visa reforçar a complementaridade produtiva da região e, em particular, as pequenas e médias empresas regionais e as empresas dos países de menor dimensão no seio do Mercosul.

3. Mercosur/LXVIII GMC/DI n. 13/07, Anexo XII da Ata Mercosur/GMC/ACTA 02/07.

4. Tratado para o estabelecimento de um estatuto de empresas binacionais argentino-brasileiras, assinado em Buenos Aires, em 6.7.1990, e ratificado pela Argentina, em 18.4.1991 (Lei n. 23.935, *BO* de 22.5.1991), e pelo Brasil em 26.5.1992 (DL n. 26, *BO* 28.5.1992 e D. n. 619, de 29.7.1992).

cosurenha pode revelar-se prejudicial ao desenvolvimento e ao aprofundamento do mercado comum em construção. Com efeito, confrontadas, entre outras, à diversidade das legislações em matéria societária, as sociedades podem ver-se forçadas a adiar seus planos de expansão regional ou a adotar uma estratégia de implantação cujas montagens jurídicas complexas não lhes convêm. Esta realidade pode dissuadi-las a desenvolver uma atividade transfronteiriça. Ora, a solução jurídica mais eficaz para superar tais dificuldades consistiria em instaurar uma sociedade comercial supranacional e não um "label" regional.

7. Produto da integração regional, a *sociedade comercial supranacional* apresenta-se como uma nova forma jurídica de organização da empresa no seio de um mercado comum. Trata-se de *um* tipo de agrupamento dotado de personalidade jurídica, cujo estatuto adotado pela Organização Regional de Integração Econômica (ORIE) tem alcance geral no âmbito do mercado integrado. O recurso a este tipo de estrutura visa não somente enquadrar a empresa por meio de um conjunto de regras uniformes, mas também reconhecer-lhe uma mobilidade intrarregional inédita. Ao facilitar relações de cooperação e de concentração entre sociedades de diferentes Estados-membros, este novo tipo societário permite às empresas superarem as adversidades de natureza jurídica decorrentes da complexidade das relações internacionais e contribui ao aprofundamento do mercado comum e ao melhoramento de sua situação econômica e social em seu seio. Embora sujeito a críticas,[5] o qualificativo "supranacional" acentua de preferência a forma da sociedade, a ordem jurídica que a institui, bem como seus objetivos e o direito que lhe é aplicável.[6] Por esses critérios, a sociedade supranacional distingue-se da "sociedade multinacional", assim como da "sociedade internacional".[7]

8. Na ausência de um projeto mercosurenho que opere uma escolha entre um "label comunitário" e um "estatuto de alcance geral", a adoção de um estatuto para uma

5. Esta qualificação pode todavia suscitar críticas, uma vez que é proveniente de um termo em si controverso – a "supranacionalidade" –, cuja pertinência para definir a natureza jurídica e assim classificar certas organizações regionais de integração – as remotas Comunidades europeias, naquela circunstância – fora seriamente contestada (cf. V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes: contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, t. LXXIV, Paris, LGDJ, col. "Bibliothèque de droit international", 1974, pp. 46-58). É, contudo, permitido ir além desta controvérsia porque a "sociedade supranacional" é uma denominação amplamente consagrada pela doutrina europeia e seguidamente empregada pelas autoridades e pelos operadores do direito. Tal qualificação é assim preferível a qualquer outra terminologia ou denominação. Além disso, ainda que nem todas as ORIE sejam marcadas pela "supranacionalidade" de seus órgãos e do direito que elas produzem, por razões de simplificação terminológica, este estudo emprega indistintamente o qualificativo "supranacional" para designar todos os tipos de sociedades instituídas por tais organizações.

6. Nesse sentido, Y. Loussouarn, "Droit international du commerce et Marché commun", *RTD com.* 1971, chron., pp. 882-916, pp. 911 e ss.

7. As sociedades supranacionais distinguem-se das sociedades ditas "multinacionais" ou "transnacionais" que são grupos de sociedades cujos membros unidos economicamente encontram-se repartidos entre diferentes países e submetidos a diferentes direitos nacionais. Ela pode, no entanto, apresentar as características de uma empresa multinacional, notadamente quando identificada como sociedade mãe de um grupo internacional. As sociedades supranacionais distinguem-se igualmente das sociedades ditas "internacionais" que são sociedades comerciais de direito privado ou estabelecimentos públicos criados por convenções internacionais a fim de "equilibrar os diversos interesses estatais, paraestatais ou essenciais aos olhos dos Estados" (B. Bousquet, *L'élaboration du statut d'une société commerciale européenne*, Tese, Paris, 1969, pp. 43-44). Essas entidades são qualificadas de "sociedades internacionais" por sua conexão direta à ordem jurídica internacional. Constituídas para cumprir missões específicas, seus estatutos são desprovidos de alcance geral. Por essa razão, as sociedades supranacionais não se confundem com as sociedades internacionais, mesmo se no passado certa confusão manifestou-se na doutrina (cf. J. Bärmann, "Les communautés européennes et le rapprochement des droits", *RIDC* 1960-1, pp. 9-60, p. 56; e, do mesmo autor, "Supranationale Aktiengesellschaften", *NJW* – Heft 17 (1957), pp. 613-614).

sociedade comercial supranacional continua assim uma questão atual.

Neste contexto de inércia das autoridades mercosurenhas, a instituição de uma sociedade comercial do Mercosul é plebiscitada pela doutrina dos países-membros de língua espanhola.[8] Contudo, não pretendemos demonstrar a pertinência ou não de criação desta sociedade. Nosso ponto de partida é a vontade mercosurenha de instaurar uma forma de sociedade que permita ultrapassar o quadro jurídico essencialmente nacional que rege o exercício das atividades comerciais do Mercosul e para a qual uma conexão jurídica deve ser definida.

9. A "sociedade comercial do Mercosul": uma conexão a definir. Embora diferentes, as proposições doutrinárias recorrem à mesma ideia: a criação, pelo direito do Mercosul, de uma forma de sociedade comercial autônoma, dotada de um estatuto de alcance geral que esteja à disposição do maior número possível de atores econômicos. Porém, nenhuma delas expõe uma regra clara de conexão jurídica.

10. A questão da conexão jurídica é, portanto, indispensável para construir o regime jurídico desta futura sociedade. Ela é mesmo incontornável na medida em que existe um liame entre o nível de harmonização legislativa atingido e o método de conexão a ser escolhido para as sociedades supranacionais. No Mercosul, há um déficit significativo de harmonização em matéria societária, apesar da sua necessidade.[9] Face ao silêncio das autoridades do Mercosul e da doutrina, a questão da conexão a ser definida para a sociedade do Mercosul continua posta.

11. A função da conexão jurídica das sociedades supranacionais. A função primordial da conexão jurídica consiste em revelar o direito aplicável à relação jurídica internacional por meio da repartição das competências legislativas. Em matéria de sociedades supranacionais, a finalidade justificando sua instituição e as exigências de unidade e de uniformidade de seu regime jurídico precedem aos objetivos tradicionalmente avançados quando da escolha do critério de conexão responsável por aquela repartição, dentre os quais figuram a proximidade e a proteção de certas partes da relação jurídica. A definição da conexão jurídica da sociedade supranacional deve então ser orientada por aquelas especificidades.

Os objetivos atribuídos às sociedades supranacionais pressupõem que a unidade econômica e a unidade jurídica da empresa coincidem no conjunto do mercado interno. Isto implica neutralizar qualquer entrave que resulte da disparidade e da circunscrição territorial dos direitos nacionais pelo despren-

8. A. S. Dreyzin Klor, "Las sociedades comerciales en la integración subregional", *Revista de derecho privado y comunitario*, 2002, pp. 463-514, pp. 480-490, pp. 465-472; D. Duprat, "Una sociedad anonima comunitaria para el Mercosur. La administración de las sociedades anónimas en los países del Mercosur", *Primer Congreso Internacional del Mercosur*, realizado pelo *Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires* – 15-17.4.2004: *http://www.colproba.or g.ar/mercosur/5.asp*, consultado 29.10.2004, 4 pp.; H. O. Llobera, "Consideración del tipo societario del Mercosur", *VIII Jornadas Rioplatenses de Derecho*, *Colegio de Abogados de San Idiro* e *Colegio de Abogados del Uruguay à San Isidro*, de 2-4.10.2003: *http://www.casi.com.ar/academica/derecho_comercial18.htm*, consultado 29.10.2004, 13 pp.; A. Kleidermacher, "Sociedad Común del Mercosur", in E. M. H. Favier Dubois e R. A. Nissen (dirs.), *Derecho societario argentino e iberoamericano – VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 607-611; N. Coquetti, "Sociedad del Mercosur", *RIDM*, 2003, n. 2, pp. 70-76; E. A. Ferraro, "Sociedad común del Mercosur. Una contribución al concepto de capital variable", in E. M. (h) Favier Dubois e R. A. Nissen (dirs.), *Sociedades y concursos en el Mercosur – Primer encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 203-204.

9. E. M. Favier-Dubois (H), "Globalización integración regional. El balance negativo de la armonización societaria en los países del Mercosur", in D. Roque Vitolo e J. M. Embid Irujo (dirs.), *El derecho de sociedades en un marco supranacional – Unión Europea y Mercosur*, Mercatura, Granada, Comares, col. "Estudios de Derecho Mercantil", n. 26, 2007, pp. 3-14, pp. 13-14.

dimento dessas sociedades de seu ambiente nacional, ainda que sociedades apátridas não devam existir.[10] A unidade jurídica procurada pela desvinculação das sociedades supranacionais dos direitos estatais deveria *in fine* assegurar a uniformidade e a coerência do direito que lhe é aplicável.

A escolha da conexão é pois determinante para garantir a unidade e a uniformidade do regime destas sociedades, além de que os métodos de interpretação e de integração de lacunas dela dependem. Com efeito, quando da aplicação do direito uniforme, a escolha do intérprete opera-se entre uma interpretação autônoma e o recurso ao método conflitual. Oposta a este último, a interpretação autônoma não se refere a um direito estatal, mas observa a letra, o sistema e o espírito da regulamentação a fim de entender seu sentido. Os princípios gerais da ordem jurídica da qual o texto emana podem igualmente guiar a interpretação autônoma. Somente este método garante a autonomia e a uniformidade do regime em questão. Porém, se a interpretação autônoma impõe-se face às incertezas que pesam sobre as disposições de fonte regional, ela é frequentemente afastada em proveito do método conflitual quando se trata de colmatação de lacunas dos textos regionais. Com efeito, a definição das fontes subsidiárias dos instrumentos opcionais adquire uma dimensão particular, pois ela supõe um acordo político entre os Estados sobre o nível de autonomia ou de dependência do direito nacional que se queira reconhecer à instituição objeto daqueles instrumentos. Em matéria de sociedades supranacionais, a definição de tais níveis depende da escolha entre o método da unicidade de conexão à ordem jurídica supranacional e o método da pluralidade de conexões.

12. Unicidade e pluralidade de conexões. Encontrando-se à fronteira de várias ordens jurídicas, é necessário definir, seja por meio de uma conexão única, seja por meio de uma conexão plural, *o* ou *os* sistemas jurídicos aos quais a sociedade supranacional será submetida.

13. A *conexão única* de uma sociedade supranacional implica, no que diz respeito às matérias cobertas pelo estatuto, submetê-la exclusivamente à ordem jurídica de onde ela emerge. Esta escolha reclama, pois, que a sociedade seja subtraída do direito do Estado onde se encontra sua sede social ou no qual ela desenvolve suas atividades. Por conseguinte, o instrumento que a institui "*deve ser autossuficiente e autorreferente*".[11] Esta conexão reclama ainda que seja admitido à sociedade dissociar a administração central de sua sede estatutária no interior do território correspondente ao mercado comum. O sistema de conexão deve ainda expressar os objetivos de autonomia e de unidade do direito aplicável à sociedade, indispensáveis à coerência de seu regime. Este sistema contém uma regra que denominamos de *regra de conexão única* e que sistematiza o método da unicidade de conexão da sociedade supranacional. Este método não afeta a possibilidade de conceder aos associados uma margem de liberdade de regulação de suas relações societárias.

14. A este método opõe-se uma técnica conflitual que conduz a uma pluralidade de conexões da sociedade. Em uma relação de complementaridade entre a ordem jurídica que a institui e a ordem jurídica estatal, a sociedade ancora-se no direito do Estado onde ela estabelece sua sede ou no qual ela desenvolve suas atividades. O direito nacional intervém a título subsidiário ou principal.[12] Se este método conduz à uma

10. E. R. Salem, "La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger", *JDI*, 1919, pp. 23-36, espec. pp. 23-25; L. Mazeaud, "La nationalité des sociétés", *JDI*, 1928, pp. 30-66, pp. 42-43.

11. B. Fauvarque-Cosson e M. Behar-Touchais, *La mise en œuvre des instruments optionnels dans le domaine du droit civil européen*, Étude Trans Europe Experts, vol. 5, SLC, 2012, p. 44.

12. A pluralidade de conexões das sociedades supranacionais não se confunde com o *incidente de pluralidade de elementos de conexão*. Este incidente se

conexão ao direito estatal fundada na concentração da sede estatutária e da administração no interior de um mesmo Estado-membro, ele não a pressupõe: a dissociação das sedes pode ser desejável quando se quiser assegurar a homogeneidade do direito aplicável às sociedades supranacionais a conexão plural pertencentes a um mesmo grupo. O método da pluralidade também não afeta a possibilidade de reconhecer aos associados certa margem de liberdade estatutária.

15. Criar uma sociedade supranacional implica, pois, escolher um dos dois métodos. Não sendo necessário esperar para empreender, apresenta-se aqui uma resposta para uma futura sociedade comercial do Mercosul através de uma perspectiva comparatista.

16. Confrontação com a experiência europeia. Existe hoje um *direito opcional europeu das sociedades* de referência sem igual para a análise comparada. Com efeito, até o presente, apenas a União Europeia instituiu formas societárias supranacionais: Agrupamento Europeu de Interesse Econômico (AEIE),[13] Sociedade Europeia (SE)[14] e Sociedade Cooperativa Europeia (SCE).[15] *De lege ferenda*, outras estruturas societárias são concebidas. Para responder às expectativas das pequenas e médias empresas, a Comissão apresentou uma proposição de regulamento relativo ao estatuto da Sociedade Privada Europeia (SPE) em 2008,[16] remodelada a partir de então pela Presidência do Conselho da União Europeia, cuja última versão data de 23 de maio de 2011.[17] Se a retirada desta proposição foi anunciada de maneira lapidar pela Comissão em 2 de outubro de 2013,[18] o projeto de estatuto para uma SPE não foi, por isso, verdadeiramente abandonado: nesta mesma ocasião, a Comissão preveniu que ela apresentará em breve uma nova proposição "nesta área".[19]

17. Embora o método da unicidade apareça como a solução de princípio nas proposições de regulamento das principais sociedades comerciais de direito europeu,[20] a resistência dos Estados-membros à subtração destas sociedades do seu direito – no que diz respeito às matérias cobertas pelo estatuto – conduz à consagração do método da pluralidade nos textos em vigor.[21]

realiza em presença de uma situação única e intervém diretamente no momento da localização da conexão retida: "*há pluralidade de conexão quando esta toma, em uma situação particular, várias expressões, localizadas em diferentes ordens jurídicas*" (J.-P. Laborde, *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, Tese, 2 vols., Bordeaux, 1981, vol. I, p. 66). Assim ocorre quando uma pessoa possui, ao mesmo tempo, duas nacionalidades e que a regra de conflito aplicável designa a lei nacional para governar seu estatuto pessoal. Certo, a pluralidade de conexões das sociedades supranacionais reclama a intervenção de diferentes fontes jurídicas para reger um mesmo tipo de sociedade, até mesmo uma situação única. Mas essas ordens jurídicas não intervêm de maneira concorrente, por intermédio de uma multiplicação acidental de um elemento de conexão qualquer; ao contrário, elas intervêm de maneira organizada, em uma relação de complementaridade.

13. Regulamento (CE) n. 2.137/85 do Conselho, de 25.7.1985 (*JO* L 199, 31.7.1985, pp. 1-9).

14. Regulamento (CE) n. 2.157/2001 do Conselho, de 8.10.2001 (*JO* L 294, 10.11.2001, pp. 1-21).

15. Regulamento (CE) n. 1.435/2003 do Conselho, de 22.7.2003 (*JO* L 207, 18.8.2003, pp. 1-24).

16. COM (2008) 396 2008/xxxx (CNS). *Proposition de Règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne (Présentée par la Commission)*(SEC(2008) 2098) (SEC(2008) 2099).

17. Dossiê interinstitucional: 2008/0130 (CNS), Bruxelas, 23.5.2011, Doc 10.611/11, DRS 84/SOC 432.

18. Anexo da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões – *Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT): résultats et prochaines étapes*, COM (2013), 685 final, 2.10.2013, p. 10.

19. Anexo à COM (2013), 685 final, prec., p. 10, nota 40. Em 13.4.2011, a Comissão predicou a retomada da análise dos projetos relativos ao estatuto de uma Mutual Europeia e de uma Associação Europeia para remediar o fracasso do estatuto da SCE (cf. "Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança": *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0206:FIN:FR:PDF*). Recentemente, a Comissão adotou uma Proposta de Regulamento do Conselho relativa ao estatuto da Fundação europeia (FE), Com (2012), 35 final, 8.2.2012.

20. V. infra, notas 40 e 41.

21. A pluralidade de conexões foi igualmente o método escolhido não apenas para uma futura SPE, mas

Essa solução intervém a despeito da autonomia necessária *vis-à-vis* do direito interno que reclamam os instrumentos opcionais para garantir sua eficácia. Cabe porém indagar: a pluralidade de conexões constitui uma solução adaptada às exigências das sociedades comerciais supranacionais? A resposta não é evidente, já que os dois métodos concorrem entre si e são fontes de inúmeras dificuldades.

18. O exemplo da mobilidade regional ilustra-o. Com o método da pluralidade, a intervenção do direito estatal pode constituir um verdadeiro freio à mobilidade destas sociedades. Com efeito, a transferência da sede implica uma adaptação obrigatória dos estatutos da sociedade de direito europeu ao direito nacional do país de destinação.[22] Por isto, se uma SE dotada de ações com voto duplo deseja transferir sua sede de Paris para Luxemburgo, ela deverá tornar seus estatutos conformes ao direito luxemburguês que, até o presente momento, não admite tal categoria de ações.[23] Ora, em face da ameaça de supressão desta categoria de ações, seus titulares estarão pouco inclinados a aprovar um projeto de transferência da sede para aquele país, apesar das vantagens econômicas e financeiras da operação. Graças a uma particularidade do direito nacional subsidiariamente aplicável, uma minoria de acionistas pode assim evitar a transferência internacional da sede da sociedade. Este tipo de inconveniente maior desaparece nas sociedades supranacionais não sujeitas ao império dos direitos estatais.

Outro exemplo particularmente revelador dos inconvenientes inerentes ao método da pluralidade concerne à criação de uma SE pela via da fusão. Esta operação reclama uma aplicação conjunta dos direitos nacionais.[24] Ora, a prática revela uma divergência destes direitos sobre o método de avaliação para o cálculo da paridade de troca de ações, o que pode ser suscetível de gerar disparidades entre os acionistas minoritários das sociedades concernidas pela operação.[25] Segundo alguns autores, "este problema conduz os grupos a prever a aquisição de 100% do capital das filiais a absorver preliminarmente à realização da fusão e operar assim por fusão simplificada sem emissão de novas ações pela absorvente e, por conseguinte, sem cálculo da *ratio* aplicável à troca de ações".[26] Estes autores destacam que tal estratagema é evidentemente um freio ao desenvolvimento destas operações em razão do seu alto custo financeiro. À semelhança do exemplo precedente, este constrangimento à criação de uma SE poderia ser convenientemente evitado com a adoção do método da unicidade de conexão apenas à ordem jurídica europeia.

19. De maneira geral, a pluralidade de conexão provoca uma concorrência entre as ordens jurídicas nacionais cujos efeitos são nefastos para o bom funcionamento do estatuto das sociedades supranacionais. Com efeito, a vontade de atrair ou de conservar estas sociedades em seu território conduz os Estados a reformar seu direito societário e a adotar disposições visando especificamente estas sociedades. Seu regime jurídico torna-se então fortemente

também pela proposição de 8.2.2012 relativa ao estatuto de uma FE (art. 3), não obstante a opinião contrária manifestada pela maioria das pessoas consultadas pela Comissão em 2007, a propósito de um estatuto para a SPE (cf. *http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_fr.htm*), e em 2009 a propósito de um estatuto para a FE (cf. B. Lecourt, "Fondation européenne – Synthèse des réponses à la consultation publique", Commission européenne, nov. 2009, *Rev. soc.* 2010, p. 896).

22. Cf. arts. 8-2, lit. *b* e 8-10 do Regulamento SE; arts. 7-2, lit. *b* e 7-10 do Regulamento SCE.

23. Exemplo extraído de C. Cathiard, "État des opérations de rapprochement et de mobilité réalisées par le recours à la société européenne", *Cah. dr. entr.* n. 6, nov. 2011, dossier 39.

24. A exceção da fusão por absorção de uma subsidiária integral.

25. C. Cathiard e A. Lecourt, *La pratique du droit européen des sociétés – Analyse comparative des structures et des fusions transfrontalières*, Paris, Joly éditions, 2010, col. "Pratique des affaires", n. 110.

26. Ibid. (T.L.)

marcado pelos particularismos nacionais.[27] Este particularismo é acentuado pela frequência com a qual as regras nacionais intervêm e definem, *in fine*, os verdadeiros contornos do regime jurídico da sociedade supranacional. Além da perda de unidade, a *lex societatis* fragmentada torna-se suscetível de comportar inúmeros conflitos intrínsecos. Acrescente-se que a concorrência de sistemas jurídicos induz o risco de uma comparação de vantagens oferecidas pelos diferentes direitos nacionais em proveito não da sociedade mas de interesses particulares dos dirigentes ou do acionista majoritário. Por exemplo, a certeza que o valor das ações das sociedades incorporadas nos países de direito mais flexível sofreria em razão do conteúdo do direito subsidiariamente aplicável à sociedade poderia condicionar a escolha do país no qual a transferência de uma SE deveria ocorrer ou no qual esta deveria ser inicialmente registrada. Todavia, ao passo que a ideia mesma de integração "opõe-se a uma visão essencialmente competitiva das relações entre as ordens jurídicas",[28] o método da pluralidade de conexões suscita tal competição de maneira a impedir a realização do objetivo da unidade jurídica das sociedades supranacionais. Ao contrário, o método da unicidade neutraliza qualquer possibilidade de concorrência legislativa sobre questões relativas ao campo de aplicação material dos instrumentos que regem estas sociedades.

20. Simples em sua maneira de suprimir o conflito de leis e, por consequência, o reenvio (subsidiário) a um direito estatal, o método da unicidade da conexão levanta, no entanto, tantas interrogações estruturais quanto o método concorrente. Por exemplo, a conexão unitária pressupõe a elaboração, *ab initio*, de um estatuto completo e uniforme para a sociedade. Ora, alcançar tal completude não é uma tarefa fácil, *a fortiori* em um contexto de pluralidade e de diversidade jurídicas. Surge então a questão de saber se as condições requeridas para alcançar um texto que transcenda os sistemas nacionais estarão reunidas. Sua elaboração constitui igualmente um desafio hercúleo para o legislador: estaria este disposto ou mesmo apto a produzi-lo? O método da unicidade levanta ainda a questão da conciliação da liberdade estatutária com o alto grau de uniformidade que a unicidade da conexão supõe, bem como a questão das modalidades de integração de eventuais lacunas do texto supranacional. Sobre este aspecto, o método da pluralidade, embora complexo, oferece, ao menos teoricamente, maior previsibilidade quanto ao direito aplicável.

21. Não é exaustiva, esta lista de questões fornece, no entanto, indícios do amplo espectro de problemas que os dois métodos de conexão suscitam.

22. Modelos europeus analisados. Varias razões justificam a limitação de nossa análise a dois tipos de sociedades de direito europeu: a SE e, de forma acessória, a SPE.

23. Uma análise do método da unicidade restrita à SE e à SPE. Dentre as proposições de regulamento para a instituição de sociedades de direito europeu, aquelas relativas à SE e à SPE foram as únicas que tomaram a unicidade da conexão como solução de princípio. Embora convergentes, os sistemas de conexão inicialmente pensados para estas duas formas sociais distinguiam-se, contudo, em razão das especificidades de cada uma delas. Sua análise é, portanto, importante para a compreensão das possíveis variações do método da unicidade. Além disso, ambos sistemas de conexão evoluíram em direção ao método da pluralidade. Porque esta evolução justificou-se por razões particulares à forma societária, ambas merecem

27. Cf. G. Vieira da Costa Cerqueira, "Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques?", *RTD eur.*, 2.014-1, pp. 7-38.

28. J.-S. Bergé, "'Le droit d'une communauté de lois': le front européen", *Le droit international privé: esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 113-136, pp. 121 (T.L).

ser analisadas. Tal análise permite conhecer as especificidades do processo de ancoragem de cada uma destas sociedades no direito nacional. Este paralelismo termina, no entanto, quando da análise do método da pluralidade, para a qual apenas o exemplo da SE interessa.

24. Uma análise do método da pluralidade restrita à SE. Embora os três tipos de sociedades de direito europeu em vigor e a proposição de um regulamento SPE tenham consagrado o método da pluralidade de conexões, diferentes razões justificam a restrição do perímetro de estudo apenas à SE.

25. Em primeiro lugar, embora haja "*identidade do método normativo*"[29] entre as diferentes sociedades de direito europeu, a técnica do reenvio aos direitos nacionais "*desenvolveu-se verdadeiramente, tanto quantitativamente quanto qualitativamente*"[30] no Regulamento SE. Em segundo lugar, a SE representa a forma jurídica mais sofisticada e sensivelmente idêntica de agrupamento nos diferentes Estados-membros[31] e aquela que concerne todos os campos do direito privado. As inúmeras questões suscitadas pela aplicação do seu estatuto fazem da SE uma experiência única, onde o método da pluralidade expressa melhor toda a complexidade de sua estrutura e de seu funcionamento, bem como seus defeitos. Em terceiro lugar, a forma anônima constitui "uma referência privilegiada" no direito europeu. A SE é de fato considerada "Nau Capitânia" para a perseguição da europeização do direito das sociedades,[32] como o demonstrou sua influência sobre a Diretiva 2005/56/CE, de 25 de outubro 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada.[33] Tal importância contrasta com a maneira como as duas outras formas societárias europeias são apreciadas, já que não são vistas como modelos teóricos ou como um quadro de referência.[34] Em quarto lugar, há o peso histórico do projeto de uma sociedade anônima europeia, que resume perfeitamente o processo de construção do direito europeu das sociedades e constitui a tentativa mais significativa de "unificação" do direito das sociedades anônimas no contexto regional.[35] Arquétipo da edificação de um direito europeu das sociedades, a SE permanece um verdadeiro "laboratório".[36] Em quinto lugar, a SE é o instrumento por excelência de concentração[37] e de mobilidade intraeuropeias[38] de empresas. Enfim, a presença cada vez

29. M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 3ª ed., Paris, Montchrestien, 2011, n. 281.

30. K. Rodriguez, "La société coopérative européenne: tenants et aboutissements", *Le droit des sociétés pour 2005*, Paris, Dalloz, 2005, col. "Journée d'études Dalloz – Dossiers", pp. 551-565, p. 554, note 13 (T.L.).

31. Y. Loussouarn, "La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé", *Rev. critique DIP*, 1971, pp. 383-413, p. 401.

32. K. J. Hopt, "Europäisches Gesellschaftsrecht – Krise und neue Anläufe", *ZIP* 3-1998, pp. 96-106.

33. *JO* L 310/1, de 25.11.2005, pp. 1-9.

34. H. Fleischer, "Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union – Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen", *ZHR* 174 (2010), pp. 385-428, p. 390.

35. F. Pocar, "Le statuts de la société européenne: une étape important dans l'évolution du droit communautaire", *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 855-865, p. 855.

36. J. Boucourechliev, "Les voies de l'Europe des sociétés", *JCP* N 1996.I, p. 560, n. 12.

37. Apesar do advento da Diretiva 2005/56/CE, a SE continua sendo o único instrumento que permite, no âmbito de fusões transfronteiriças, absorver ela mesma sociedades de capitais ou ser absorvida por tais sociedades, ainda que desta fusão não resulte uma nova SE. A SE constitui, ainda, o tipo social que melhor permite racionalizar a organização dos grupos de sociedades pela constituição de filiais unipessoais ou de filiais comuns sob a forma de SE ou ainda pela transformação de sociedades anônimas em SE, mas também pela constituição de uma SE *holding*. O grupo poderá então utilizar para a totalidade ou parte de suas entidades uma *forma standard* de sociedade.

38. Com o abandono pela Comissão da proposição da 14ª Diretiva sobre a transferência internacional da sede social e sua posição em favor do *non action scenario* nesta matéria, o Regulamento SE continua a ser o principal texto que admite o deslocamento da sede estatutária no interior da União Europeia, o que constitui uma vantagem competitiva para a SE.

mais marcante da SE no seio da União Europeia justifica sua escolha para nossa análise.[39]

26. Objetivo do estudo. Amparado na experiência europeia, buscou-se a construção de um sistema de conexão normativa adaptado a uma futura sociedade comercial do Mercosul. Este exercício prospectivo expõe, por meio das soluções opostas que os métodos de conexão das sociedades supranacionais consagram, o antagonismo entre o mecanismo conflitual – que se esforça para respeitar e ordenar a diversidade de leis nacionais – e o objetivo uniformizador – frequentemente, mas não exclusivamente, atribuído ao direito comparado – que tenta justamente eliminar esta diversidade. A fim de propor um sistema de conexão que respeite as exigências próprias das sociedades comerciais supranacionais, restou apenas operar uma escolha entre um ou outro dos métodos apresentados.

27. Em favor da unicidade: uma escolha de ruptura e de construção. Seria tentador tomar a experiência europeia como referência: ao repousar o regime jurídico heterogêneo das sociedades supranacionais essencialmente sobre o direito estatal – *a fortiori* completo –, o método da pluralidade confere *a priori* certa previsibilidade e certeza quanto ao direito aplicável a essas novas formas sociais. No entanto, opta-se aqui pelo método da unicidade, o único método de conexão apto a assegurar autonomia, unidade, uniformidade e coerência do direito aplicável a uma futura sociedade do Mercosul.

Trata-se de uma ruptura com o método privilegiado até o presente em direito positivo. Para isto, é preciso construir um regime a partir de fontes autônomas do direito nacional. Esta autonomia reclama a concepção de um sistema de conexão inovador, que participe da edificação de um direito supranacional das sociedades no seio do mercado comum. Esta mudança de paradigma faz da unicidade de conexão um método de construção em torno do qual se articula a elaboração de soluções autônomas aplicáveis de maneira uniforme à sociedade supranacional. No contexto do Mercosul, este método contribuirá, outrossim, na construção de uma ordem jurídica dotada de uma maior eficácia nas suas relações com as ordens jurídicas nacionais.

Esta abordagem é baseada em um ideal de integração. Como a Europa com a União Europeia, a América do Sul precisa de iniciativas que venham de cima para continuar a construção do Mercosul. O ideal deve, porém, ser acompanhado por uma preocupação com o realismo e o pragmatismo. Baseado na esperança de que o método da unicidade da conexão das empresas supranacionais à ordem jurídica que as institui permite uma integração econômica mais eficiente, o objetivo deste *playdoyer* é confrontar essa aspiração à realidade.

Esta opinião não repousa em uma petição de princípio, mas sobre uma dupla demonstração.

28. A ruptura. A análise crítica dos métodos europeus de conexão das sociedades supranacionais ajuda a compreender como

39. Em 20.6.2015, 2.354 SEs haviam sido registradas em 25 dos 31 Estados-membros da União Europeia/Espaço Econômico Europeu (cf. *http://ecdb.worker-participation.eu*) (contra 595 em 25.6.2010; cf. SEC (2010) 1391 final, 17.11.2010, p. 2. Documento de trabalho dos Serviços da Comissão que acompanha o relatório COM (2010) 676 final, 17.11.2010), ao passo que somente 25 SCE foram constituídas até 4.4.2013 em apenas 9 dos 31 Estados-membros da União Europeia/Espaço Econômico Europeu. Embora a precedência cronológica do AEIE explique o número importante de registros (2.258 em 25.1.2014; estatísticas disponíveis em *http://www.libertas-institut.com/de/EWIV/statistik.pdf*, consultado em 1º.3.2014), este tipo de sociedade "*teria podido ser mais utilizado se seu estatuto fosse menos restritivo do ponto de vista das necessidades das joint-ventures europeias*" (N. Lenoir, *La SE ou Societas Europaea. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise (Rapport au garde des Sceaux)*, Paris, La documentation française, 2007, p. 22). Ora, mais da metade dos AEIE são registrados na França e na Bélgica. A partir de então, a SE apresenta-se como verdadeiramente representativa da amplitude das dificuldades que a estrutura sofisticada do método da pluralidade suscita.

cada um destes métodos surgiu naquele ambiente jurídico e o destino reservado a cada um deles no direito positivo. Ela permite igualmente conhecer a estrutura e o funcionamento complexos do método consagrado pelo legislador europeu. Este conhecimento é indispensável para julgar a oportunidade de adotar um estatuto autônomo dos direitos nacionais para uma futura sociedade do Mercosul. Ao abandonar o método da pluralidade de conexões, opera-se assim uma ruptura com a solução até então consagrada pelo direito positivo (I).

29. A construção. A escolha do método da unicidade de conexão acarreta a necessidade de conceber um sistema de conexão jurídica adaptado a uma futura sociedade do Mercosul. Este trabalho de concepção, que implica selecionar os componentes deste sistema, pode revelar-se complexo em uma obra prospectiva, já que é preciso levar em consideração a liberdade do legislador. Uma vez estruturado, o sistema unitário de conexão deve ser colocado à prova a fim de testar sua eficácia em relação não apenas aos seus próprios limites, como também aos particularismos da ordem jurídica na qual ele se insere, o direito do Mercosul (II).

I – A unicidade da conexão jurídica: a escolha da ruptura metodológica

30. O estudo da escolha da pluralidade de conexões na Europa (A) conduz à escolha necessária da unicidade de conexão no Mercosul (B).

A) A escolha da pluralidade de conexões na Europa

31. Após vacilar sobre o método de conexão a adoptar para sociedades de direito europeu (1), a União europeia privilegiou a pluralidade de conexões (2).

1. As hesitações passadas entre pluralidade e unicidade[40]

32. O método da pluralidade surgiu no direito europeu das sociedades supranacionais como uma solução paliativa e política para acalmar os receios dos Estados relutantes às soluções totalmente uniformes em determinadas matérias, como o direito dos grupos de sociedades ou a participação dos trabalhadores na gestão, e permitir, *in fine*, a aprovação dos textos relativos àquelas sociedades. Com efeito, as primeiras proposições – doutrinais e legislativas – de criação de uma SE nos anos sessenta e setenta[41] e de uma SPE a partir dos anos setenta[42] consagram, no que diz respeito às matérias cobertas pelos seus respectivos estatutos, uma autonomia máxima destes em relação aos direitos nacionais. Este método, já empregado nos estatutos de algumas sociedades internacionais, como a *Union charbonnière Sarro-Lorraine*, conduz à substituição do direito nacional por princípios, dentre os quais aqueles *subjacentes ao estatuto da sociedade* ou *gerais do direito preponderantes nas ordens jurídicas dos Estados-membros*.

40. §§ 66-322 da Tese.

41. V. anteprojeto de convenção apresentado ao Conselho em 1967 pelo professor Sanders: doc. Commission, série concurrence 1967, n. 6; proposta de regulamento da sociedade anônima europeia de 30.6.1970: *JOCE* C 124 de 10.10.1970, alterada pela proposta de 30.4.1975: *Bull CE* 1975/4; memorando da Comissão europeia de 15.7.1988: COM (88) 30 final; proposta de regulamento da sociedade anônima europeia de 29.8.1989: *JOCE* C 263 de 16.10.1989; proposta de Diretiva de 29.8.1989 complementando o anterior estatuto sobre o papel dos trabalhadores: *JOCE* C 263 de 16.10.1989.

42. Cf. J. Boucourechliev, *Pour une SARL européenne*, col. "Le droit des affaires", Litec, 1973; J. Boucourechliev (dir.), *Proposition pour une société fermée européenne*, CREDA, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1997; e a proposta de regulamento do estatuto da SPE apresentado em 1997 pela CCIP e pelo CNPF, in J. Boucourechliev, *Une société de droit européen?*, Paris, Presse des Sciences PO – CREDA, 1999, pp. 107-120; COM (2008) 396 final, 25.6.2008, prec., supra, nota 16.

Quanto às questões não abrangidas pelo estatuto, ambas as proposições preconizavam a aplicação do direito internacional privado do foro para determinar a lei aplicável aos litígios que as concernissem.

33. Solução de princípio, a unicidade da conexão à ordem jurídica europeia acaba, no entanto, sendo preterida. Preocupados em preservar a vantagem concorrencial que lhes podem proporcionar suas próprias estruturas sociais, os Estados-membros buscam conservar sua competência legislativa sobre várias questões que possam constituir objeto de uma regulamentação uniforme. A existência de um nível satisfatório de harmonização legislativa em algumas matérias intervém como um argumento de força para justificar tal resistência. Confrontada a "reservas protecionistas ainda bem marcadas culturalmente",[43] a *Europa das sociedades* encontra na técnica do reenvio à lei nacional pontos abrangidos pelo estatuto[44] não uma solução natural, mas paliativa que viabiliza *in fine* a adoção de textos que instituem sociedades supranacionais. As reticências dos Estados-membros fizeram, assim, emergir a pluralidade de conexões como uma moeda de troca. Todavia, o valor real desta moeda é bastante relativo e o abandono, ainda que temporário, da proposição de regulamento SPE à conexão plural em 2013 demonstrou a que ponto a ancoragem de uma sociedade supranacional em um direito nacional pode ser contraprodutivo.

2. A conexão plural em movimento: a sociedade europeia[45]

34. Solução paliativa, a pluralidade de conexões reparte hierarquicamente as competências legislativas. Este método se exprime por meio de uma regra de conflito bilateral e uniforme que organiza as fontes nacionais que intervêm para completar o estatuto destas sociedades. No Regulamento SE, a pluralidade de conexões é organizada pela regra geral de conexão do art. 9º, *in verbis*:

> 1. A SE é regulada: a) pelo disposto no presente regulamento; b) sempre que o presente regulamento o autorize expressamente, pelo disposto nos estatutos da SE; ou c) no que se refere às matérias não abrangidas pelo presente regulamento ou, quando uma matéria o for apenas parcialmente, em relação aos aspectos por ele não abrangidos: i) pelas disposições legislativas adoptadas pelos Estados-membros em aplicação de medidas comunitárias que visem especificamente as SE; ii) pelas disposições legislativas dos Estados-membros que seriam aplicáveis a uma sociedade anônima constituída segundo o Direito do Estado-membro onde a SE tem a sua sede; iii) pelas disposições dos estatutos da SE, nas mesmas condições que para as sociedades anônimas constituídas segundo o Direito do Estado-membro onde a SE tem a sua sede.
>
> 2. As disposições legislativas especialmente adotadas pelos Estados-membros para a SE devem cumprir o disposto nas diretivas aplicáveis às sociedades anônimas referidas no Anexo I.
>
> 3. Se a natureza das atividades exercida por uma SE for regulada por disposições específicas de legislação nacional, estas são integralmente aplicáveis à SE.

35. Resulta deste dispositivo que, qualquer que seja a jurisdição acionada, o direito nacional aplicável à sociedade e, por consequência, o espaço de liberdade estatutária determinado por este último, são idênticos. O critério retido para esta repartição de competências é o da sede social real da sociedade, de acordo com o art. 7 do Regulamento SE. Revelando uma certa prudência do legislador europeu, a escolha deste critério surpreende por ir de encontro à jurisprudência liberal da

43. A. Outin-Adam, "La SPE, nouveau défi du droit européen des sociétés: illustration de la mutation du type sociétaire", *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 713-728, p. 725.

44. Confortada nisso pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade no direito europeu.

45. §§ 323-719 da Tese.

CJUE sobre a liberdade de estabelecimento[46] e às reformas atuais em favor do critério da sede estatutária que promovem países europeus que antes adotavam a realidade da sede em matéria de conflito de leis.[47] Além disso, a exigência de concentração da sede estatutária e da administração central sobre o território de um mesmo Estado mostra-se inadaptada às necessidades de uniformidade do regime jurídico da SE e de mobilidade das empresas no âmbito do mercado interno.

36. Além da repartição de competências legislativas, o método da pluralidade enquadra, por alguns critérios e princípios, o conteúdo das normas nacionais aplicáveis à SE. Um destes princípios é o da não discriminação. Ele se exprime de maneira lapidar nos arts. 3-1,[48] 9-3 e 10,[49] este último relacionado a matérias não cobertas pelo Regulamento SE. A regra geral de conexão vai, assim, além da repartição de competências para exercer uma verdadeira função reguladora, da qual depende o bom funcionamento do regulamento SE.

37. Com base nas disposições do art. 9 do Regulamento SE, uma representação piramidal sofisticada da hierarquia das fontes normativas que governam a SE foi proposta pela doutrina alemã para ilustrar a conexão jurídica plural das sociedades de direito europeu.

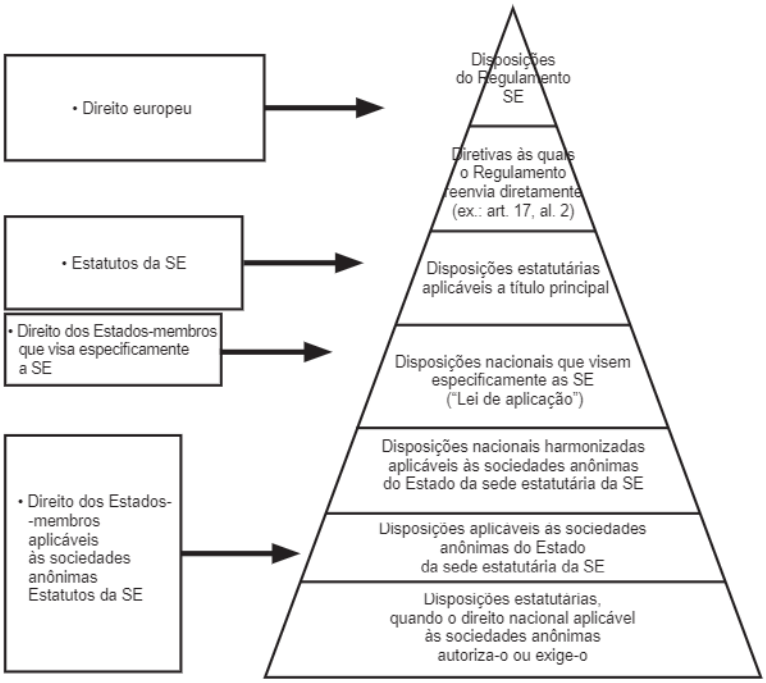

Figura 1 – Representação piramidal das fontes normativas da SE, inspirada do modelo proposto por M. Theisen e M. Wenz.[50]

46. CJUE 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, Rec. I-1.459; 5.11.2002, *Überseering*, C-208/00, Rec. I-9.919; 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, Rec. I-10.155.

47. Cf. G. Vieira da C. Cerqueira, "Libre circulation des sociétés en Europe:...", loc. cit., pp. 22-24.

48. Art. 3-1: "Para efeitos dos ns. 1, 2 e 3 do art. 2º, a SE é considerada uma sociedade anônima regulada pelo Direito do Estado-membro onde tem a sua sede".

49. Art. 10: "Sob reserva do disposto no presente regulamento, uma SE é tratada em cada Estado-membro como uma sociedade anônima constituída segundo o Direito do Estado-membro onde a SE tem a sua sede".

50. M. R. Theisen e M. Wenz, *Die Europäische Aktiengesellschaft: Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE)*, Stuttgart, Verl. Schäffer-Poeschel, 2002, p. 48.

38. A escolha do método da pluralidade resultou na formulação de um sistema de conexão cuja estrutura mostra-se, apesar de sua aparência simples, tecnicamente sofisticada e cujo funcionamento é dotado de uma grande complexidade.[51]

A estrutura é sofisticada porque ela concerne um conjunto deveras heterogêneo de fontes e responde, consequentemente, a uma exigência inusitada: mais que uma solução geral, o método da pluralidade requer a inserção de várias regras de reenvio adicional em disposições esparsas do estatuto.[52] Sua sofisticação exprime-se ainda no fato de que os reenvios que impõem o tratamento nacional encontram-se no coração do mecanismo da pluralidade de maneira a determinar o seu resultado.

Seu funcionamento é complexo pois ele exige, preliminarmente, uma clara definição do campo de aplicação material da regra geral de conexão que o estrutura. Ao término de nossas análises, este campo de aplicação revelou-se estreitamente ligado àquele do próprio regulamento SE. O funcionamento da conexão ao direito nacional em virtude de uma concessão do regulamento constitui um outro exemplo de complexidade do método: embora esta conexão pareça se referir ao direito nacional concessionário a título subsidiário, as diversas modalidades de intervenção deste último – em razão de soluções facultativas, supletivas ou mínimas previstas pelo regulamento – mostram que ele se aplica a título principal, provocando, a partir daí, uma subversão do sistema de enquadramento das disposições do direito interno que o método da pluralidade organiza.

39. O estudo da estrutura e do funcionamento da conexão plural coloca em causa não apenas a visão piramidal das fontes que compõem o regime jurídico das sociedades de direito europeu, mas também o caráter exclusivo destas fontes. A título de exemplo, o direito europeu *lato sensu* e os princípios gerais do direito societário têm vocação a se aplicar em caso de lacuna do Regulamento SE embora não figurem expressamente no rol das fontes indicadas pelo art. 9. O mesmo ocorre no que se refere às fontes no plano interno: as soluções jurisprudenciais, assim como os usos societários, não poderão ser negligenciadas. Inspirando-se na teoria dos círculos de Ch. Gavalda,[53] sem no entanto segui-la em sua repartição tripartida, é possível propor uma representação gráfica que ilustraria fielmente o conjunto das fontes que regem a SE e as relações que elas entretêm entre si. Uma representação circular permitiria melhor identificar o real espaço ocupado pelas disposições nacionais aplicáveis às SA do Estado da sede estatutária da SE, assim como a geometria variável do espaço de liberdade estatutária que resulta tanto do Regulamento SE quanto do direito nacional. Tal representação ilustra igualmente melhor o lugar que ocupa a maior parte das disposições nacionais que visam especificamente a SE no plano das fontes das regras que são aplicáveis à sociedade a título principal. A representação piramidal proposta pela doutrina alemã não permite apreender todos estes elementos.

51. P. Hommelhoff, "Normenhierarchie für die Europäische Gesellschaft", M. Lutter e P. Hommelhoff (Hsgb.), *Die europäische Gesellschaft*, Köln, Verlag Otto Schmidt, 2005, pp. 5-23, p. 5.

52. P. ex., art. 54-2: "*A assembleia geral pode ser convocada em qualquer momento pelo órgão de direcção, pelo órgão de administração, pelo órgão de fiscalização, ou por qualquer outro órgão ou autoridade competente nos termos da legislação nacional do Estado-membro da sede da SE aplicável às sociedades anônimas*".

53. A interação entre o direito europeu, os direitos nacionais e o poder normativo concedido aos acionistas, em uma espécie de hibridização normativa foi descrita por Ch. Gavalda de "teoria dos três círculos": um grande círculo europeu compreende as regras uniformes, um círculo nacional confina as disposições do Estado da sede da empresa e um último círculo representa o espaço de liberdade estatutária deixado aos acionistas. Ch. Gavalda, "L'acculturation dans la législation française de la formule du GEIE (Règlement n. 2.137/85 du 25 juillet 1985; L. 13 juin 1989)", *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Paris, Litec, 1991, pp. 37-48, spéc. n. 9.

Figura 2 – Representação circular das fontes normativas da SE, inspirada na teoria dos círculos de Ch. Gavalda.

Espaço de aplicação das fontes que intervêm a título principal.

Espaço de aplicação das fontes que intervêm a título subsidiário.

Zona de flexibilidade que permite a expansão/retração do espaço das fontes; ou zona de permeabilidade que permite a migração das fontes de um espaço a outro, a exemplo das disposições nacionais que visam a SE.

40. Estas observações validam a segunda etapa da demonstração até aqui empreendida: o estudo da estrutura e do funcionamento da conexão plural mostrou-se essencial para compreender as razões que conduzem à rejeição do método da pluralidade em favor do método da unicidade.

B) A escolha necessária da unicidade de conexão no Mercosul

41. A inadaptação do método da pluralidade de conexões na Europa trazem lições para o Mercosul (1) que reforçam a pertinência do método da unicidade de conexão no Mercosul (2).

1. A inadaptação do método da pluralidade de conexões na Europa: lições para o Mercosul[54]

42. Os inconvenientes resultantes do método da pluralidade são diversos. Sem que seja necessário enumerá-los detalhadamente, resulta da pluralidade de conexões uma falta de clareza do mecanismo de determinação do direito aplicável às sociedades supranacionais. A falta de legibilidade se projeta em diferentes estágios de funcionamento da regra: inicialmente, ela concerne o próprio mecanismo de designação do direito aplicável à SE; em seguida, a falta de legibilidade diz respeito ao direito nacional aplicável à SE, tal como designado pelo mecanismo da pluralidade de conexões.

43. Além disso, embora a conexão ao direito nacional signifique um compromisso da integração europeia,[55] não é menos verdade que, em grande escala, ela se torna um potente meio de desnaturação do fator europeu do estatuto SE. Esta desnaturação pode ser apreciada por meio de diferentes aspectos de implicações distintas. O mais emblemático é o da identidade ou da "na-

54. §§ 721-1.318 da Tese.

55. G. Blanc, "La société européenne: la pluralité des conexões en question (à propos du règlement (CE) n. 2157/2001, du 8 octobre 2001", *D.* 2002, n. 12 chron., pp. 1.052-1.057, n. 7.

cionalidade" europeia da SE. Embora a nacionalidade não constitua um critério de determinação do direito aplicável à SE, ela é objeto de um debate importante em razão da profusão de regras de reenvio ao direito estatal. Com efeito, a pluralidade de conexões provocou um debate sobre a real identidade europeia da SE e sobre a própria utilidade da noção de "nacionalidade" para as sociedades supranacionais. Esta influência do método de conexão sobre a definição da identidade da SE justifica o interesse pelos diferentes desenvolvimentos aos quais este debate deu lugar, e isto principalmente porque a definição da identidade da SE tem uma importância prática nas relações extraeuropeias, como revela a questão da proteção diplomática. Em seguida, o enfraquecimento da uniformidade de soluções, a minimização do alcance do regime uniforme e o enfraquecimento da mobilidade intrarregional da SE marcam o nível de desnaturação alcançado graças ao recurso abundante à técnica do reenvio ao direito nacional. Esta distorção atinge seu ápice através da concorrência entre os sistemas jurídicos nacionais que o método de pluralidade implica. Pela frequência das referências ao direito nacional, a SE expõe-se desproporcionalmente à influência dos direitos nacionais que se "particularizam" em razão da concorrência a ponto de definir os reais contornos do regime jurídico ao qual ela é submetida. Outrossim, a acentuação dos particularismos nacionais pela concorrência normativa provocada pelo método da pluralidade é fonte de situações não conformes ao regulamento SE.

44. Fustigada por grande parte da doutrina, dos operadores econômicos e dos profissionais do direito, o método da pluralidade não se mostra convincente no contexto europeu e conduz a emitir sérias duvidas quanto à sua aplicação em outros espaços regionais. Com efeito, os imperativos de autonomia, de unidade, de uniformidade e de coerência do direito aplicável à sociedade supranacional reclamam uma ruptura com o modelo privilegiado até o momento. Transposto ao Mercosul, suas desvantagens são majoradas pela falta de harmonização do direito das sociedades e por um ambiente político-jurídico pouco favorável à eficácia de instrumentos opcionais que dependem de medidas de aplicação no direito interno.

45. Fonte de inúmeros inconvenientes, seja qual for o espaço de integração considerado, o método da pluralidade deve, portanto, ser abandonado.

2. A pertinência do método da unicidade de conexão no Mercosul[56]

46. A ruptura operada conduz à preconização do método da unicidade da conexão para a sociedade do Mercosul. Todavia, convém evitar a armadilha de uma escolha *par défaut*, como foi o caso no direito europeu. Se o método da unicidade da conexão deve se impor, não seria apenas em razão dos defeitos do método oposto, mas, sobretudo, pelas suas próprias vantagens.

47. Isso pressupõe condições de implementação de um estatuto transcendente aos sistemas nacionais no Mercosul, a saber: competência legislativa dos órgãos do Mercosul e ambiente cultural favorável à elaboração de um estatuto inteiramente autônomo. Visto que ambas as condições existem, necessário torna-se ainda afirmar o valor do método da unicidade para justificar plenamente a sua escolha no âmbito do Mercosul.

48. Libertando-se dos marcos legais nacionais, uma sociedade do Mercosul com conexão única garantirá a autonomia, a unidade, a uniformidade e a coerência do direito que lhe será aplicável. Seu advento facilitará igualmente a mobilidade e concentração empresarial em uma zona ainda fortemente marcada por impedi-

56. §§ 1.319-1.831 da Tese.

mentos legais ao exercício da liberdade de estabelecimento, liberdade implicitamente afirmada pelo Tratado Assunção.[57] Uma sociedade do Mercosul com conexão única possibilitará igualmente uma melhor proteção dos acionistas minoritários e dos credores da empresa, uma vez que estarão sujeitas a soluções uniformes, projetadas especificamente para esta finalidade. Por fim, ela reforçará o processo de integração regional, neutralizando, de um lado, a relação de concorrência entre os sistemas jurídicos nacionais e promovendo, por outro lado, a harmonização do direito das sociedades. Nessa lógica, a elaboração do seu estatuto fornece uma oportunidade única para a promoção dos princípios de governança e responsabilidade social da empresa em nível regional.

49. O método da unicidade de conexão implica a concepção de regras materiais que regulamentam o conjunto de questões relativas, *brevitatis causa*, ao "estatuto pessoal" da sociedade supranacional. Ele deve cobrir todas as questões concernentes tradicionalmente ao campo reconhecido à *lex societatis*. A este respeito, uma primeira conclusão se impõe. Tal como havia sublinhado B. Goldman a propósito do advento de um direito internacional das sociedades internacionais completamente autônomo dos direitos nacionais, os redatores dos atos constitutivos têm hoje uma longa experiência e um perfeito conhecimento dos problemas jurídicos que podem surgir na vida de uma sociedade; é por isso difícil ver porque os textos que eles elaboram negligenciariam alguns desses problemas.[58] Portanto, o futuro estatuto da sociedade do Mercosul – tal como os das sociedades internacionais –,[59] poderá ser tão completo, senão mais completo, do que as leis nacionais.

50. Uma das premissas deste estudo consiste em demonstrar que se o método da unicidade de conexão deve se impor, isto não deveria ser em razão apenas dos defeitos do método oposto, mas também, e sobretudo, por suas próprias vantagens. Este postulado parece, até o presente, confirmar-se.

51. Nos antípodas do método da pluralidade, a unicidade da conexão evita a fragmentação do direito que aplicável à sociedade supranacional, permitindo-lhe ultrapassar de maneira eficaz as fronteiras normativas nacionais, inclusive no plano de sua mobilidade intrarregional, reforçando assim o processo de integração econômica pelo direito.

52. Trata-se assim de uma escolha de ruptura com a solução privilegiada até o presente no direito europeu das sociedades. Esta escolha é definitivamente a melhor para uma futura sociedade do Mercosul; ela o é provavelmente também para sociedades de direito europeu. Esta ruptura implica uma obrigação de proposição de um sistema de conexão que não apenas exprima melhor o método escolhido, mas que faça igualmente

57. E. Ramos da Silva, *Rechtsangleichung im Mercosul – Perspektiven für das Niederlassungsrecht von Gesellschaften anhand von Erfahrungen in der Europäischen Union*, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes – Rechtswissenschaft, Band 39, Baden-Baden, NomosVerlagsgesellschaft, 2002, pp. 106-107; J. Â. Estella Faria, *O Mercosul: princípios, finalidades e alcance do Tratado de Assunção*, Brasília, MRE, 1993, p. 41; M. C. Araya, "El derecho de sociedades en el Mercosur", in L. A. Velasco San Pedro (coord.), *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998, pp. 141-168, pp. 143-145; A. I. Piaggi, "Relaciones interempresarias en el Mercosur. Las transformaciones en el derecho societario", *RDCO*, 1998, n. 183, pp. 561-573, p. 567; R. Oliver García, "El tratamiento de los accionistas extranjeros en el Mercosur", *RDM*, 1997, n. 2, pp. 111-125, p. 114; L. O. Baptista, "Um Estatuto para a Empresa do Mercosur", *Roma e America, Diritto romano comune – Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 1996-1, pp. 239-247, p. 240. Como ideal: C. L. Marques, "Liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercosul. Instrumentos legislativos sobre formação de recursos humanos", *JA*, 1997 (n. 6.052), pp. 25-37.

58. B. Goldman, "Le droit des sociétés internationales", *JDI*, 1963, I, pp. 320-388, espec. p. 378.

59. Ibid.

prova de eficácia em seu funcionamento. É a esta tarefa que se atrela a segunda parte deste estudo.

II – A unicidade da conexão jurídica: um método de construção de um regime societário autônomo

53. A escolha do método da unicidade de conexão traz a necessidade de conceber um sistema de conexão jurídica adaptado a uma futura sociedade do Mercosul (A) e de colocá-lo a prova com o fim de verificar sua eficácia (B).

A) A concepção de um sistema inovador de conexão jurídica[60]

54. A escolha do método da unicidade de conexão requer uma subtração de princípio da sociedade do direito nacional (1). Ela admite, no entanto, e sob diferentes fundamentos, uma ambivalência de recurso ao direito nacional (2).

1. Uma subtração de princípio da sociedade do direito nacional

55. Os componentes do sistema. A escolha do método da unicidade implica a construção de um sistema inovador de conexão jurídica para a sociedade supranacional a partir de fontes autônomas. O sistema de conexão a ser construído é a pedra-de-toque do edifício normativo da futura sociedade supranacional. Um sistema de conexão pode ser definido como "o conjunto de fatores de conexão que podem ser justificadamente considerados para designar a lei aplicável ao tipo de relação apreciado".[61]

Os componentes deste sistema terão a função de assegurar a mais ampla autonomia do direito aplicável à futura sociedade do Mercosul face às estruturas estatais adjacentes, bem como sua unidade, uniformidade e coerência. Os próximos desenvolvimentos lhes são consagrados.

56. A regra de conexão única: significação. A subtração de princípio da sociedade do Mercosul do direito nacional conduz à elaboração, no seio do sistema de conexão jurídica, de uma "regra de conexão única" da sociedade ao direito do Mercosul. Esta regra não corresponde a nenhuma classificação própria à teoria geral do direito internacional privado. Com efeito, as classificações propostas pelos autores levam antes em conta a delimitação no espaço das regras materiais aplicáveis às relações internacionais; a delimitação do campo de aplicação material não entra no processo de sistematização constantemente realizado pela doutrina. A regra de conexão única não é, portanto, uma regra de conexão que visa solucionar um conflito de leis no espaço, pois ela visa justamente suprimi-lo. Assim, a regra da conexão única não é uma regra que submete a um sistema jurídico nacional qualquer, através de um elemento de conexão, uma relação jurídica internacional identificada por meio de uma categoria de conexão (objeto de conexão). Estes são os componentes da regra de conflito bilateral clássica (*règle de rattachement*).[62] Como a regra sobre o direito aplicável do art. 7º da proposição de Regulamento SE, de 30 de junho de 1970, da qual nos inspiramos, a regra de conexão única da futura sociedade do Mercosul conduzirá à aplicação direta de normas materiais de direito mercosurenho e à exclusão das regras de conflito. A regra de conexão única também não é uma regra direta de aplicabilidade (*règle directe d'applicabilité*),[63] pois ela não fixa diretamente o

60. §§ 1.834-2.371 da Tese.

61. J.-P. Laborde, *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, ob. cit., p. 1.071.

62. F. Rigaux e M. Fallon, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelas, Larcier, 2005, n. 3.37 *sq*.

63. Segundo a terminologia belga: F. Rigaux e M. Fallon, *Droit international privé*, ob. cit., n. 4.4 *sq*.; S. Francq, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé*

campo de aplicação no espaço de uma regra particular ou de um conjunto legislativo determinado[64] – no caso, as regras materiais que governarão a sociedade do Mercosul. Com efeito, a aplicabilidade no espaço do futuro estatuto desta sociedade será determinada pelas regras que regerão o acesso à forma social e a localização da sede da sociedade uma vez constituída. Enfim, a regra de conexão única não pode ser assimilada a uma regra de direito internacional privado material, pois ela não anuncia solução de fundo.

57. A noção de conexão permanece, no entanto, ligada a um método de determinação da lei aplicável a uma situação particular.[65] É, pois, neste sentido geral que a regra de conexão única deverá ser entendida. Através deste prisma, a noção de conexão é também intimamente ligada àquela de fonte de onde jorra este direito aplicável: ao designá-lo, a conexão designa igualmente a fonte de onde o direito emana.[66] De maneira complementar, a regra de conexão única participa ainda na definição daquilo que convém conectar.

Por esses elementos constitutivos, a regra de conexão única apropria-se, em última instância, de atributos de diferentes métodos conflituais e combina-os de maneira a diferenciar-se de cada um desses métodos. Assim, presente em um instrumento de direito uniforme, a regra de conexão única inscreve-se no *método de harmonização do direito material* por causa da autonomia dos direitos nacionais que ela promove; ao designar um conjunto de fontes normativas que devem reger a sociedade, ela recorda o funcionamento da *regra de conexão bilateral*; ao definir o âmbito de aplicação material das regras designadas, a regra de conexão única lembra o funcionamento de uma regra de conflito de leis como *regra direta de aplicabilidade*; por não estabelecer nem propor uma solução material, ela mantém o caráter neutro e indireto das regras clássicas de conflito de leis bilaterais.

58. Nesta proposição, a regra de conexão única designa as fontes autônomas das regras que regem a sociedade e delimita o domínio material ao qual estas regras devem responder.

59. As fontes autônomas visadas pela regra de conexão única.[67] A unicidade da conexão conduz a privilegiar fontes autônomas do direito do Estado em cujo território a sociedade do Mercosul estabelecerá a sua sede ou exercerá suas atividades. Na busca destas fontes,[68] retivemos a definição proposta por J. Ghestin e G. Goubeaux, segundo a qual "uma fonte de direito é uma autoridade que formula proposições jurídicas, sejam elas dotadas ou não de um poder institucional, quer dizer, sejam elas obrigatórias ou não".[69] Em sua qualidade de "autoridade formuladora", as fontes do direito contribuem à revelação do fundamento da regra de direito e permitem alcançar as prescrições jurídicas no seio das normas sociais.[70] Esta abordagem, ampliada

au regard des méthodes du droit international privé, Bruxelas, Bruylant/LGDJ, 2005.

64. Que pode concernir não apenas as regras materiais de uma ordem jurídica nacional, mas também instrumentos internacionais, supranacionais ou de *soft law*. A propósito das regras de aplicabilidade no direito europeu, v. S. Francq, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, ob. cit.; M. Fallon, "Le frontières spatiales du droit privé européen selon le droit de l'Union européenne", *CeDIE Workpapers*, 2011, n. 1, *http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/ssh-cdie/documents/2011-1-M_Fallon.pdf*, consulta em 1º.9.2013.

65. Assim F. Rigaux e M. Fallon, *Droit international privé*, ob. cit., n. 3.4.

66. P. Deumier e T. Revet, "Sources du droit (Problématique générale)", in D. Alland e St. Rials (dirs.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, 1ª ed., Paris, Lamy/PUF, 2003, pp. 1.430-1.434, p. 1.431.

67. §§ 1.842-2.113 da Tese.

68. Sobre as diferentes acepções que pode assumir a expressão "fonte do direito", v. J.-L. Sourioux, "Le concept de source du droit", in *Les sources du droit – Aspects contemporains*, Paris, SLC, 2007, pp. 25-32.

69. J. Ghestin e G. Goubeaux, *Traité de Droit civil. Introduction générale*, 4ª ed., Paris, LGDJ, 1994, n. 236.

70. P. Deumier e T. Revet, Vª "Sources du droit (Problématique générale)", loc. cit., p. 1.430.

por uma noção que constitui objeto de desenvolvimentos sem fim na doutrina, permite conceber, por exemplo, o recurso a fontes informais que transcendem as fronteiras nacionais.

60. As fontes selecionadas são organizadas e enquadradas pela regra de conexão única, que define igualmente a ordem de sua intervenção: as fontes intervêm quer a título principal, quer a título subsidiário. Esta ordem repousa sobre um critério cronológico que hierarquiza e enquadra a relação de complementaridade entre os diferentes gêneros de fontes visadas pela regra de conexão. É, pois, segundo esta ordem que primeiramente foram estudadas as fontes que intervêm a título principal e aquelas que intervêm a título subsidiário.

61. A título principal, intervém as regras materiais apresentadas pelo instrumento que instituirá a futura sociedade, bem como as regras estatutárias estabelecidas pelos fundadores. Intervêm a título subsidiário diferentes categorias de princípios e os usos societários transnacionais.

62. Base fundamental do sistema de conexão proposto, os princípios constituem, pela sua juridicidade e pela sua autonomia, uma fonte subsidiária essencial para emancipar o estatuto da sociedade supranacional dos quadros nacionais e para oferecer unidade orgânica e funcional do quadro jurídico no qual as relações internas e certas relações externas à sociedade evoluirão. Quer sejam *subjacentes ao estatuto da sociedade* ou *próprios ao direito das sociedades do Mercosul*, quer sejam *preponderantes nas ordens jurídicas dos Estados-membros* ou originários de *outras ordens jurídicas supranacionais*, os princípios permitem apoiar uma ampla série de soluções positivas e coerentes quando nem o regime supranacional – inclusive por *analogia* – nem os estatutos apresentem respostas claras e precisas a uma questão, cuja matéria é coberta pelo estatuto. O recurso aos princípios se revela ainda mais pertinente quando seu emprego, seja para interpretar a lei, seja para colmatar lacunas, não suscita contestação alguma no seio do Mercosul. Bem ao contrário, a cultura jurídica dos países latino-americanos integra perfeitamente os princípios entre suas fontes do direito, fenômeno que se constata igualmente na ordem jurídica mercosurenha *stricto sensu*.

63. Compatíveis com o método da unicidade de conexão e com a cultura jurídica do conjunto dos Estados-membros do Mercosul, os usos societários transnacionais completam, por sua vez, as fontes autônomas das regras aplicáveis subsidiariamente à futura sociedade do Mercosul. Contudo, à diferença dos sistemas nacionais e dos textos internacionais, o sistema de conexão proposto concebe os usos societários como normas de aplicação do princípio sobre o qual o juiz mercosurenho fundará sua decisão. Esta inversão da ordem clássica de aplicação das fontes informais do direito se justifica principalmente pelo fato de que os usos societários têm sempre um campo de aplicação, e mesmo uma juridicidade, mais limitadas do que os princípios, cuja juridicidade é certa e cujo grau de generalidade e de abstração abraça – como a *lei* – uma série indefinida de situações.

64. O recurso aos usos como fonte complementar dos princípios não deveria, no entanto, eliminar a possibilidade para o legislador mercosurenho de prever a aplicação de usos *secundum legem* em algumas disposições esparsas do estatuto da sociedade. Nesta hipótese, os usos preencheriam prioritariamente as lacunas voluntariamente deixadas pelo legislador. Esta solução poderia se mostrar particularmente útil em matéria de convenções entre partes relacionadas ou em matéria contábil, por exemplo. Levar em consideração tais usos seria, no entanto, admitido somente na medida em que eles não contrariem os princípios subjacentes ao estatuto da sociedade do Mercosul e aos objetivos atribuídos a esta sociedade.

65. O domínio material coberto pela regra de conexão única.[71] A aplicação da regra de conexão única reclama a definição da extensão do seu campo de aplicação material. Usualmente, a análise do âmbito de aplicação material de um texto ou uma disposição é acompanhado de um estudo de sua abrangência espacial. Não obstante, a regra cujo âmbito de aplicação é vislumbrado não levanta questões tais como a aplicabilidade no espaço já que as condições de aplicação no espaço do futuro estatuto da sociedade do Mercosul resultarão das regras de acesso a esse novo tipo societário e de localização da sua sede social em um Estado-membro do Mercosul (cf. supra, n. 51). Ademais, a questão da determinação do âmbito espacial deste estatuto implica um processo de reflexão sobre o alcance do direito do Mercosul, em geral, e, possivelmente, sobre o conflito de jurisdições. Este problema, contudo, não é objeto do presente estudo.

66. O campo de aplicação material da regra de conexão única é determinado pela noção de "matérias regidas pelo estatuto". Com efeito, é por esta qualificação que a questão não resolvida pelo estatuto da sociedade do Mercosul justificará o recurso às fontes autônomas para completá-lo. O procedimento é semelhante ao funcionamento da operação de qualificação na interpretação da regra de conflito de leis. Com efeito, a extensão da categoria de conexão (objeto de conexão) é definida através da qualificação. Assim, a qualificação participa, na origem, da definição do âmbito de aplicação da lei designada pela regra de conflito, ao desemaranhar as questões incluídas neste campo daquelas que dele são excluídas. Este parece ser o caso mesmo quando o sistema de direito internacional privado considerado contém subcategorias de conexão para as quais são atribuídos elementos de conexão específicos. O paralelo com a operação de qualificação revela, então, o importante papel desempenhado pela regra de conexão das sociedades supranacionais na definição do âmbito de aplicação material do estatuto dessas empresas. Este paralelo revela igualmente a importância da conexão jurídica no que respeita à delimitação do domínio da *lex societatis*.

Logo, a definição da noção de "matérias regidas pelo estatuto" permite fixar o perímetro de intervenção das normas extraídas das fontes visadas pela regra de conexão única e, *a contrario*, estabelecer o momento a partir do qual as disposições do direito dos Estados-membros, aí compreendidas aquelas de origem mercosurenha, aplicar-se-ão a título principal.

67. A ausência de um anteprojeto de estatuto que pudesse servir de referência torna, contudo, difícil qualquer análise destinada a estabelecer a extensão exata do campo de aplicação material correspondente à regra de conexão única. Além disso, algumas proposições doutrinais a este respeito não formam um conjunto suficientemente consistente para conduzir com êxito tal análise. Em todo caso, a necessidade de promover a mais ampla autonomia do estatuto da sociedade do Mercosul reclama, no mínimo, o reconhecimento de uma ampla abrangência do domínio coberto pela noção de "matérias regidas pelo estatuto". Com efeito, o reconhecimento de um vasto campo à *lex societatis* favorece a unidade do direito aplicável à sociedade,[72] o que é fundamental para lhe garantir coerência.[73] A importância do reconhecimento de um campo expandido à regra de conexão única por meio de uma definição autônoma da noção de "matérias regidas pelo estatuto" é, além disso, amplamente confortada pela abordagem, consagrada em direito internacional privado e hoje amplamente defendida na Europa, em relação ao campo de aplicação material do regulamento SE.

71. §§ 2.114-2.152 da Tese.

72. B. Audit e L. d'Avout, *Droit international privé*, 7ª ed. refundida, Paris, Economica, 2013, n. 1.038 *sq*.

73. O. Cachard, *Droit du commerce international*, 2ª ed., Paris, LGDJ, n. 180.

68. Peça-chave do sistema de conexão unitária, a noção de "matérias regidas pelo estatuto" continua uma noção a ser definida, pois dela dependerão as articulações entre o estatuto da sociedade e o direito dos Estados-membros. A problemática não é nova. Com efeito, esta dificuldade ligada à formula "matérias regidas", tomada emprestada do Projeto Sanders, de 1967, e que foi a partir de então utilizada em diferentes textos e proposições europeias relativas aos diferentes tipos de sociedade supranacional, foi muito cedo colocada em evidência.[74] Na exposição de motivos de seu projeto, P. Sanders afirmou que "esta fórmula não tem a natureza de fornecer uma resposta clara para cada caso particular" quando se busca saber onde se situa o limite entre o estatuto e seu direito subsidiário de um lado, e o direito nacional de outro lado.[75] O autor estava, assim, consciente de que "o direito das sociedades contido no estatuto interessa a um grande número de domínios ou campos jurídicos sem que se possa sempre dizer que se trata de matérias que são próprias a estes domínios".[76] Ao mesmo tempo P. Sanders estimou que seria impossível encontrar uma formulação mais clara do que "matérias regidas pelo estatuto" para delinear o vasto campo coberto pelo direito das sociedades.

69. Para que o domínio correspondente à regra de conexão única seja o mais extenso possível, a definição da noção de "matérias regidas pelo estatuto" deve ser autônoma. Em um primeiro momento, a definição desta noção poderia ser atribuída ao legislador do Mercosul, que indicaria, no estatuto, as matérias excluídas do seu campo material, assim como, *a título ilustrativo*, aquelas que lhe sejam concernentes. O juiz mercosurenho interviria inevitavelmente em um segundo momento para definir os contornos que lhe faltassem. Nesta ocasião, o juiz deveria se voltar para uma valorização do estatuto cujo alcance seria estendido a fim de reduzir ao máximo a aplicação do direito nacional e de assegurar a autonomia, a unidade, a uniformidade e a coerência do regime jurídico da sociedade.

2. A ambivalência do recurso ao direito nacional[77]

70. Situações visadas. O sistema de conexão proposto comporta, no entanto, um segundo componente, que se destina a definir o campo de competência residual das leis nacionais que se aplicarão à futura sociedade. Com efeito, a presente proposição não poderia se limitar a promover a autonomia da *lex societatis* e a precisar o seu domínio. Seu alcance deve ser mais amplo de maneira a poder responder a qualquer questão que escape à futura regulamentação autônoma e uniforme. Trata-se precisamente de apreender os limites à autossuficiência do estatuto da sociedade do Mercosul e de definir, por conseguinte, a conexão jurídica da sociedade a propósito de questões que serão estranhas ao campo de aplicação material do estatuto e daquelas que, embora tradicionalmente pertencentes ao domínio da *lex societatis*, dele serão excepcionalmente excluídas, seja porque o legislador mercosurenho assim o decidiu, seja porque certos princípios que enquadrarão o sistema de conexão conduzem a um tal resultado. A conexão estatal impõe-se naturalmente nestas duas situações. A concepção do sistema de conexão deve,

74. V., entre outros, Y. Lousosuarn, "La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé", loc. cit., p. 412; J. Van Ryn, "Le projet de statut des sociétés européennes", *RTD eur.*, 1971, pp. 563-585, p. 571; K. Gleichmann e T. Cathala, "Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des communautés européennes", *Rev. soc.* 1972, pp. 7-72, pp. 24-25.

75. Anteprojeto, prec. supra nota 41, p. 24.

76. Ibid. Nesse sentido igualmente: Y. Lousosuarn, "La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé", loc. cit., p. 412.

77. §§ 2.153-2.371 da Tese.

pois, integrar essa ambivalência do recurso ao direito nacional.

71. Embora caiba ao legislador mercosurenho, em um primeiro momento, e ao juiz mercosurenho, em um segundo momento, a definição dos limites à autossuficiência do estatuto da sociedade do Mercosul, cabe-nos participar à definição das diferentes articulações entre este estatuto e o direito dos Estados-membros que resultarão destes limites. Uma vez existentes, estas articulações devem ser objeto de disposições particulares no âmbito do sistema de conexão proposto, razão pela qual convém especificar as situações visadas e as conexões mais adequadas.

72. Matérias consideradas como estranhas ao campo de aplicação material do estatuto. No que diz respeito a estas matérias – a exemplo do direito fiscal, do direito administrativo, do direito do trabalho, do direito da concorrência ou ainda do direito da propriedade intelectual –, convém submetê-las à autoridade de um direito estatal. Este reenvio à ordem jurídica estatal implica, evidentemente, levar-se em conta as disposições de origem mercosurenha adotadas a respeito das referidas matérias, se a ordem jurídica estatal designada corresponder àquela de um dos Estados-membros.

73. A designação do direito nacional não deveria, no entanto, fazer-se por meio de uma regra de conflito de leis comportando um elemento de conexão uniforme, especialmente previsto no estatuto da sociedade do Mercosul. As razões são conhecidas. Se o legislador mercosurenho decidir oferecer uma solução geral, escolhendo uma regra de conflito única aplicável a todas as matérias não submetidas ao estatuto, ele ver-se-á obrigado a encontrar um elemento de conexão único e pertinente para o conjunto de matérias que não tenham liame algum entre elas, sem contar que algumas destas matérias são pouco inclinadas ao método conflitual clássico. Tal tarefa pode se revelar impossível. Se o legislador mercosurenho decidir, ao contrário, apresentar soluções parciais, elaborando para cada uma das matérias uma regra de conflito diferente, ele ver-se-á obrigado a estabelecer uma lista de matérias às quais o juiz poderia ser confrontado no momento de aplicação do estatuto. Como esta lista não será exaustiva, necessário será prever, além de regras de conflito particulares para as matérias visadas na lista, uma regra de conflito aplicável às matérias nela não contempladas. Ora, a elaboração da regra geral suscita a questão do elemento de conexão único e pertinente para as matérias não identificadas previamente, enquanto a elaboração de regras particulares levanta a questão da aceitação pelos Estados-membros dos elementos de conexão escolhidos para cada uma delas. Complexa, esta escolha metodológica é de eficácia incerta e merece ser rechaçada.

Convém então deixar ao direito do foro a tarefa de determinar, pelas suas próprias regras e princípios de direito internacional privado, o direito material aplicável ao litígio relativo às matérias que não entram no campo de aplicação material do estatuto da sociedade supranacional.

74. A regra de reenvio ora preconizada tem a vantagem de privilegiar o princípio do tratamento nacional. Antigo na regulamentação latino-americana das sociedades estrangeiras e hoje consagrado no embrionário direito das sociedades do Mercosul, este princípio é a pedra-de-toque do sistema de conexão de toda sociedade comercial supranacional porque ele evita qualquer discriminação e qualquer privilégio injustificado em um mercado interno e economicamente integrado. A sociedade do Mercosul não deve, por isso, ser objeto de nenhum tratamento preferencial que não pertença especificamente ao regime societário autônomo que lhe será aplicável, a exemplo da regulamentação da transferência intrarregional da sede social sem dissolução da sociedade.

75. A maneira pela qual este princípio deveria ser expresso no seio do sistema de conexão da sociedade do Mercosul dife-

rencia-se, um pouco, no entanto, daquela observada nos diferentes textos europeus e latino-americanos analisados. Por um lado, é imperativo evitar os obstáculos aos quais uma interpretação extensiva do princípio do tratamento igual pode dar lugar, a exemplo do que pode ser observado a respeito do art. 10 do Regulamento SE. Por outro lado, convém integrar o fator "mobilidade da sociedade do Mercosul" na regra que enuncia o tratamento nacional a fim de ampliar o alcance necessário deste princípio. Parece, então, fundamental afirmar, à semelhança do que faz o Regulamento SE, a submissão do princípio do tratamento igual às disposições do estatuto da sociedade do Mercosul e precisar, ao contrário do que faz o regulamento SE, seu campo de aplicação material. Além disso, parece judicioso, em vista de uma possível dissolução da sede estatutária e da administração central da sociedade do Mercosul, prever que nenhuma discriminação a respeito da sociedade do Mercosul existirá, nem no Estado onde ela conservou a sua sede estatutária; nem naquele no qual ela desenvolve suas atividades, se este é diferente daquele em que sua sede estatutária é estabelecida; nem no Estado para o qual a sociedade transferiu sua administração central, notadamente em razão de tal transferência.

76. Matérias consideradas como pertencentes ao campo de aplicação material do estatuto. Em relação a estas matérias, duas situações podem se apresentar. A primeira reclama a *aplicação necessária* do direito nacional em razão da natureza da atividade exercida pela sociedade do Mercosul e/ou da existência de autoridades de controle. Com efeito, enquanto a lógica e o imperativo de coerência conduzem a afastar qualquer recurso às disposições nacionais imperativas, inclusive eventuais *lois de police* em matéria societária, sem contrariar o princípio do tratamento nacional, tal recurso parece pertinente, em nome deste mesmo princípio, quando estas disposições são ligadas à natureza da atividade da sociedade supranacional e/ou à existência de autoridades de controle. A partir daí, convém prever que se a legislação do Estado da sede estatutária contém disposições imperativas ligadas à natureza das atividades que virão a ser exercidas por uma sociedade do Mercosul ou a uma forma de controle exercida por uma autoridade de supervisão, estas disposições se aplicam à sociedade do Mercosul. Entretanto, na medida em que esta futura sociedade deveria poder dissociar sua administração central de sua sede estatutária, é preciso igualmente considerar que em caso de dissolução intrarregional da sede estatutária e da administração central, as disposições imperativas provenientes das legislações do Estado da sede estatutária e do Estado da sede real da sociedade aplicam-se cumulativamente. Tal imposição *vis-à-vis* da sede real dissociada da sede estatutária busca evitar eventuais abusos da liberdade de estabelecimento.

77. A segunda situação concerne uma *aplicação desejada* pelo legislador mercosurenho do direito nacional das sociedades em relação a algumas questões que entram no domínio coberto pelo estatuto. Se é desejável que estas hipóteses sejam excepcionais, sua eventualidade reclama *per se* a concepção de uma regra de conexão adicional no seio do sistema de conexão da sociedade do Mercosul. Quando uma ancoragem estatal da sociedade for julgada oportuna, é preferível definir a ordem jurídica à qual a sociedade do Mercosul será conectada por meio de uma regra de conflito que comporte um elemento de conexão uniforme, inscrita nas disposições esparsas do estatuto, do que deixar ao direito do foro o cuidado de determinar o direito material aplicável. O eventual espaço deixado ao direito nacional das sociedades deveria então se limitar apenas às disposições do direito comum das sociedades anônimas, aí compreendidas as disposições harmonizadas do direito das sociedades anônimas dos Estados-membros, as soluções nascidas da interpretação que lhe dão as jurisdições nacionais, assim como os usos e princípios

gerais do direito aplicáveis às sociedades anônimas. Por conseguinte, parece necessário recusar ao legislador nacional a possibilidade de adotar disposições que visem especificamente a sociedade do Mercosul, a fim de reduzir as hipóteses de fragmentação do regime jurídico da sociedade e de criar obstáculo aos particularismos nacionais. Além disso, esta exclusão deveria concernir todas as modalidades de intervenção do direito nacional pois, ainda que as aberturas concessivas comandem a aplicação do direito comum das sociedades anônimas (*e.g.*, caráter supletivo das disposições do estatuto; soluções mínimas previstas pelo estatuto), elas conduzem à fragmentação supérflua do regime da sociedade.

78. A decisão de identificar, no estatuto, a ordem jurídica nacional à qual a sociedade do Mercosul será excepcionalmente ligada para as questões que pertençam ao campo coberto pelo estatuto reclama a definição de uma conexão adaptada. A busca desta última se faz a partir da determinação da sede social da sociedade do Mercosul. Circunscrita ao espaço jurídico do Mercosul, sua sede social deve, no entanto, poder se dissociar no interior deste espaço. Esta solução se mostra consubstancial ao método da unicidade de conexão e contribui à consolidação da conexão única vislumbrada para a sociedade mercosurenha, uma vez que *somente* o território correspondente às fronteiras do Mercosul é tomado em consideração. Tal solução aparece igualmente indispensável nas situações de inflexão da unicidade da conexão, como o demonstrou a experiência europeia. Diante desta possibilidade de dissociação da sede estatutária da sede real oferecida à sociedade do Mercosul, parece pertinente reter apenas o critério da sede estatutária para a repartição excepcional de competências legislativas em relação às questões que entram no domínio coberto pelo estatuto. Esta escolha resulta da compatibilidade do critério da sede estatutária à liberdade de circulação da sociedade e do fato de que ele se apresenta como um elemento de conexão possível de satisfazer as exigências de proteção dos interesses dos terceiros e dos acionistas minoritários em um contexto de mobilidade intrarregional.

79. O sistema de conexão que se repousa sobre o método da unicidade aqui proposto é definitivamente um sistema inovador em vários aspectos. Além de introduzir novas categorias de fontes autônomas que os projetos europeus que servem de base à presente proposição não conceberam, o sistema de conexão ora proposto regulamenta de maneira clara e detalhada as diferentes articulações entre o estatuto da sociedade do Mercosul e as ordens jurídicas nacionais. Inovador, este sistema não é, contudo, menos exigente. Seu bom funcionamento reclama, com efeito, fatores eficazes que permitam subtrair a sociedade aos direitos nacionais.

B) Aplicabilidade de um sistema exigente de conexão jurídica[78]

80. (§§ 2.372-2.906). A aplicabilidade do sistema de conexão unitário de uma futura sociedade do Mercosul é condicionada à eficácia dos diferentes fatores que permitem construir um regime autônomo e uniforme. Estes fatores são intrínsecos ou extrínsecos ao sistema de conexão proposto. Os primeiros correspondem aos próprios elementos da regra de conexão única que permitem subtrair a sociedade dos direitos nacionais. Os segundos emergem do ambiente jurídico no qual o estatuto da sociedade será integrado e deverá evoluir e correspondem, por assim dizer, aos instrumentos de que dispõem as autoridades no âmbito do Mercosul para assegurar o bom funcionamento do sistema de conexão proposto. Surge então a questão de saber se estes fatores são efetivamente aptos a assegurar a plena autonomia, unidade e uniformidade do direito aplicável à sociedade do Mercosul. Somente uma confrontação do

78. §§ 2.372-2.906 da Tese.

sistema unitário com seus próprios limites (1) e com as especificidades do direito do Mercosul (2) permite responder a esta questão.

1. Confrontação do sistema unitário a seus próprios limites[79]

81. O sistema de conexão jurídica unitária repousa sobre diferentes fontes autônomas das quais extrair-se-á o direito aplicável à sociedade do Mercosul: regras materiais contidas no instrumento mercosurenho que instituirá a sociedade; estatutos da sociedade, cujo conteúdo será estabelecido pelos associados; princípios gerais em suas diversas categorias; e usos societários transnacionais. Importantes dificuldades de aplicação concernem, contudo, diretamente a estas quatro fontes. As duas primeiras podem rapidamente mostrar seus limites a respeito da exigência de uniformidade das soluções (limites da quase uniformidade), enquanto que as duas últimas suscitam dúvidas reais quanto à sua capacidade de fornecer respostas precisas em direito das sociedades e, consequentemente, a assegurar a autonomia e a unidade do regime da sociedade supranacional (limites da quase autonomia). Constata-se, assim, que o título ao qual estas diferentes fontes são chamadas a intervir coincide com os limites aos quais elas são fortemente expostas. No entanto, estes limites podem ser superados.

82. No que concerne as regras materiais uniformes, contidas no estatuto da sociedade do Mercosul, a elaboração de um quadro conceitual independente dos direitos nacionais revelou-se indispensável. Com efeito, o estatuto empregara termos e expressões correspondentes a conceitos jurídicos conhecidos do direito interno, assim como noções específicas à forma "supranacional", marcada notadamente por operações transfronteiriças que os direitos nacionais não regulamentam ou o fazem apenas parcialmente. É conveniente então lembrar com J. Bouteron que um texto, cujas disposições são chamadas a consagrar a unidade, deve apresentar uma concepção tal que seja indistintamente acessível, tanto na letra como no espírito, a todos os seus destinatários.[80] Desde então, a fim de contribuir para a uniformidade desejada às normas do estatuto e evitar o nascimento de divergências de interpretação entre as diferentes ordens jurídicas nacionais a ponto de desnaturar as noções empregadas por aquele, o enquadramento da interpretação das noções nele empregadas torna-se indispensável.

Se, em um processo de integração econômica, esta tarefa é eminentemente judiciária, ela não o é exclusivamente. Com efeito, o legislador pode igualmente contribuir para a construção do quadro conceitual autônomo relativo aos textos que eles adotam, neles definindo as noções que estimem essenciais à aplicação uniforme do estatuto da sociedade do Mercosul. O legislador é então convidado a elaborar um glossário de definições autônomas. Em seu trabalho, ele poderá se servir de algumas linhas diretrizes fornecidas pelo presente estudo para vencer os desafios metodológicos que a tarefa suscita. Dentre elas, encontram-se, notadamente, o emprego do método de corredação – que já deu provas de eficácia em outros espaços jurídicos plurilinguísticos, como o Canadá – e a indicação, tal como existe na Convenção do Unidroit, de 2001, relativa às garantias internacionais sobre equipamentos móveis, que se trata de definições que se aplicam "a menos que o contexto não se oponha" – o que permite uma adaptação da definição fornecida às circunstâncias do caso em uma matéria extremamente dinâmica que é o direito societário.

Para o magistrado e o árbitro, julgou-se oportuno propor uma regra de interpretação

79. §§ 2.373-2.645 da Tese.

80. J. Bouteron, "L'unification du droit relatif au cheque et le vocabulaire du droit uniforme", *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, II, Paris, Sirey/LGDJ, 1938, § 129, pp. 835-843, p. 839.

das normas regulamentadoras da sociedade do Mercosul. Esta regra de interpretação, acessória ao sistema de conexão proposto e destinada ao bom funcionamento deste, convida-os a aplicar e a interpretar o estatuto da futura sociedade de maneira autônoma, em conformidade com os seus objetivos e aos princípios que lhe subjazem. Neste ofício, o juiz e o árbitro devem levar particularmente em conta a autonomia do regime que o estatuto instaura, assim como a necessidade de promover a uniformidade em sua aplicação, sem esquecer o caráter transfronteiriço da sociedade e a necessidade de assegurar o respeito às exigências da governança e da responsabilidade social da empresa na ação e no funcionamento da sociedade.

83. Em relação às regras estatutárias, qualquer que seja a margem de autonomia reconhecida, a unicidade do regime jurídico da sociedade encontrar-se-á afetada. Com efeito, o recurso às soluções estatutárias pode conduzir à perda da unicidade de soluções aplicáveis nas matérias da competência normativa reconhecida aos associados. Todavia, do ponto de vista do imperativo de uniformidade das soluções, tal perda somente se torna inquietante a partir do momento em que a liberdade estatutária é suficientemente ampla para conferir à cada sociedade constituída sob uma mesma forma, traços muito particulares, de modo a tornar difícil o conhecimento do seu regime jurídico apenas através das regras materiais uniformes que a governam. A uniformidade das soluções encontra-se, então, à prova da liberdade estatutária.

Visando conciliar a liberdade estatutária com o imperativo de uniformidade das soluções, cinco medidas permitirão, em conjunto, atenuar os particularismos permitidos pela liberdade estatutária.

A primeira consiste em restringir o recurso aos estatutos apenas às hipóteses expressamente previstas pelo estatuto da sociedade do Mercosul, seja segundo a modalidade de reenvio prevista no art. 9-1, lit. *b* do Regulamento SE,[81] seja segundo a fórmula do art. 4-1, *primeira alínea* do Projeto de Regulamento SPE, de 25 de junho de 2008.[82] As questões que podem ser objeto de disposições estatutárias serão então conhecidas previamente e o grau de fragmentação do regime será perfeitamente controlado *in fine*.

A segunda medida consiste em negar, no estágio de funcionamento do recurso aos estatutos, qualquer competência ao direito nacional da sede social *vis-à-vis* as matérias negligenciadas pelos estatutos mudos, independentemente do caráter facultativo ou obrigatório da menção ausente.

A terceira medida comporta uma proposição de estatutos-modelos. Para as sociedades supranacionais marcadas por uma forte autonomia estatutária, inclusive para minimizar eventuais referências ao direito nacional da sede, o recurso aos estatutos-modelos constitui um meio precioso para contrabalançar as disparidades do regime jurídico que resulte da liberdade estatutária e para garantir a uniformidade desse regime pela homogeneidade das soluções que tal solução pode proporcionar. Uma ampla utilização dos estatutos-modelos deveria *in fine* contribuir para estabelecer uma maneira uniforme segundo a qual a sociedade supranacional será estruturada. A este respeito, se a adoção de uma variedade de modelos elaborados sob os auspícios das autoridades do Mercosul não deve ser afastada, convém conferir-lhe natureza supletiva. Com efeito, a aplicação supletiva de disposições dos estatutos-modelos na ausência de regras estatutárias e de regras materiais supletivas no estatuto da sociedade do Mercosul poderá garantir, pelo menos para cada tipo de sociedade abrangida pelo modelo existente, uma maior homogeneidade de soluções no plano estatutário.

81. Supra, n. 34.

82. Art. 4º: "Regras aplicáveis a uma SPE: 1. A SPE é regida pelo presente regulamento e, no que diz respeito às matérias enumeradas no anexo I, pelos seus estatutos. (...)" (T.L.).

Tudo isto somente é efetivamente possível na presença de um sistema regional de publicidade legal, cuja aplicação constitui a quarta medida necessária para completar o quadro jurídico-institucional responsável para garantir a uniformidade das soluções no espaço da autonomia societária.

Enfim, a quinta medida consiste em proibir o reenvio global a uma lei nacional pelos estatutos. Convém, com efeito, inspirar-se da proposta elaborada por J. Boucourechliev a respeito do estatuto de uma SPE, segundo a qual qualquer solução tomada do direito nacional deve ser expressamente reproduzida nos estatutos, pois "é necessário que a 'lei' própria à cada sociedade seja inteiramente transposta nos estatutos, para a informação dos terceiros, como também para garantir um engajamento consciente dos associados".[83] Ademais, tal solução contribuiria, ao menos indiretamente, para a homogeneização das soluções estatutárias por meio do sistema de publicidade regional preconizado.

84. Quanto à capacidade das diversas categorias de princípios visadas em fornecer respostas precisas em direito das sociedades, este estudo demonstrou que, apesar da reticência da doutrina europeia a respeito desta fonte, a passagem da regra nacional supletiva aos princípios é não apenas desejável, como também perfeitamente realizável. Os princípios mostram-se, com efeito, uma fonte plenamente apta a colmatar as lacunas dos textos relativos às sociedades supranacionais, em particular o futuro estatuto da sociedade do Mercosul. Além de constituírem uma regra de referência em direito das sociedades na prática judiciária de todos os Estados-membros do Mercosul, os princípios, notadamente os princípios gerais do direito, mostram-se como um "elemento estável" face às mutações do direito das sociedades. Em um domínio marcado por evoluções profundas, os princípios iluminam o caminho, muitas vezes nebuloso pela ausência de texto ou pela redação sibilina de algumas disposições, frequentemente inspiradas por movimentos subjacentes em direito das sociedades, como aquele, atual, da contratualização, em oposição à teoria da instituição. Os princípios funcionam, então, como referências em um contexto de incertezas próprias aos momentos de transformação. O recurso aos princípios é a este título assegurador. Além disso, o recurso aos princípios pode, a médio e a longo termo, permitir a "codificação" das soluções extraídas sobre seu fundamento, contribuindo assim de maneira essencial para a construção do regime autônomo, uniforme e coerente da futura sociedade do Mercosul.

85. Quanto à aptidão dos usos a servir eficazmente de fonte acessória aos princípios, a principal dificuldade residiria mais na demonstração da sua existência do que na sua capacidade de fornecer uma solução uniforme. Com efeito, uma vez que os usos tendem à homogeneização, a uniformidade das soluções aplicáveis à sociedade do Mercosul não parece verdadeiramente difícil a alcançar por meio desta fonte, sobretudo porque ela apenas deveria intervir com pouca frequência e segundo um critério de transnacionalidade. Por outro lado, a prova da existência de uma prática corrente na matéria pode se revelar bastante laboriosa pelo fato de que a discrição reina de forma absoluta no mundo dos negócios. A inexistência, na maioria dos países do Mercosul,[84] de um centro que recolha e repertorie os usos em matéria comercial e societária, tal como o *Bureau des usages professionnels* junto ao Tribunal de Comércio de Paris, aumenta a dificuldade de provar sua existência, seu conteúdo e sua eventual transnacionalidade.

Embora a função normalmente atribuída às partes no estabelecimento da prova

83. J. Boucourechliev, *Une société de droit européen?*, ob. cit., p. 90.

84. O Brasil é, neste caso, uma exceção com suas Juntas de Comércio, que são responsáveis pelo assentamento dos usos e práticas mercantis (art. 8º, VI, da Lei n. 8.934, de 18.11.1994).

não impeça que elas se beneficiem de um eventual reconhecimento dos usos pelo juiz, não convém aqui esperar do juiz o estabelecimento do uso entre as partes em caso de silêncio destas últimas – salvo se tratar-se de um uso específico que, pela força do tempo, teria sido erigido em uso de direito, a propósito do qual vale o adágio *jura novit curia*. Mesmo sendo desejável esperar dos juízes especializados na matéria comercial, como aqueles que sediam os tribunais de comércio, que conheçam alguns usos gerais, parece vão esperar dos juízes dos países que não conhecem tal nível de especialização no plano de sua estrutura judiciária o exercício de uma função particular no estabelecimento dos referidos usos. Tal função também não é concebível para os juízes que sediam o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR), ao qual reviria a competência para interpretar as disposições do estatuto da sociedade do Mercosul. Todavia, é possível admitir que o juiz possa ordenar, em caso de necessidade, uma pesquisa a *experts* sobre a existência de um uso.

Seja como for, as dificuldades de administração da prova dos usos reforçam a importância de um registro das sociedades do Mercosul, que seria depositário de informações a partir das quais seria possível deduzir as soluções que pudessem se apoiar nos usos na matéria.

86. Fundado sobre um regime quase uniforme e quase autônomo, o sistema de conexão jurídica unitária pode ser eficaz. Resta, contudo, verificar se sua performance seria satisfatória no ambiente jurídico no qual o estatuto da sociedade do Mercosul evoluirá.

2. Confrontação do sistema unitário às especificidades do direito do Mercosul[85]

87. A opção de subtrair o regime jurídico da sociedade do Mercosul do direito do Estado da sede social implica, por um lado, a elaboração de regras materiais uniformes bastante precisas em matéria de sociedades e, por outro lado, a aplicação uniforme destas regras. Disso dependem a segurança e a previsibilidade jurídicas.

88. A este respeito, verificou-se que o Mercosul dispõe de uma competência legislativa funcional para adotar regras uniformes em matéria societária e de várias fontes de expressão do direito que ele produz. O estatuto da sociedade do Mercosul seria instituído pela via de uma delas: uma *Decisão* do Conselho Mercado Comum. Paralelamente a uma competência legislativa certa, o Mercosul dispõe de uma competência jurisdicional, cujo exercício é organizado no âmbito de um sistema específico de resolução de conflitos. A fim de alcançar uma aplicação uniforme do direito do Mercosul nos diferentes Estados-membros, este sistema prevê um mecanismo regional de interpretação das normas mercosurenhas que lembra, de um ponto de vista funcional e guardadas as diferenças, aquele do reenvio prejudicial exercido diante da Corte de Justiça da União Europeia.[86]

89. Se a existência de uma competência legislativa e jurisdicional constituem condições institucionais indispensáveis para que o Mercosul se liberte das influências nacionais que podem colocar em cheque a autonomia e a uniformidade do estatuto de uma futura sociedade do Mercosul, as particularidades relativas ao exercício destas competências podem revelar diferentes obstáculos ao bom funcionamento do sistema de conexão proposto. A fim de confirmar, do ponto de vista prático, a pertinência do método que funda este sistema de conexão, convém colocá-lo à prova do quadro normativo e jurisdicional do Mercosul. Neste exercício, constatou-se que os obstáculos ligados às especificidades dos instrumentos normativos do Mercosul

85. §§ 2.646-2.906 da Tese.

86. A. Dreyzin de Klor, "El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones", *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 3, 2005, pp. 69-105, p. 73.

e do mecanismo regional de interpretação do direito mercosurenho são reais, mas não colocam em causa nossa escolha pelo método da unicidade de conexão.

90. Instrumento de direito internacional, o estatuto da sociedade do Mercosul necessitará, como a maioria das normas do Mercosul, ser incorporado à ordem jurídica de cada Estado-membro. Não beneficiando nem de efeito direto, nem de aplicação imediata, o estatuto será confrontado à fragilidade do sistema de incorporação das normas mercosurenhas no direito interno. Não se beneficiando da primazia sobre o direito nacional, o estatuto será exposto desta feita a uma relação frequentemente desfavorável que as normas do Mercosul entretêm com alguns direitos nacionais (especialmente o Brasil e o Uruguai) e a um controle de constitucionalidade, *a priori*, que intervém em todos os Estados-membros, e *a posteriori*, que intervém na grande maioria. A fragilidade das normas do Mercosul em sua relação com a ordem jurídica nacional é tanto mais patente que uma competência concorrente entre os órgãos mercosurenhos e os Estados-membros permite a estes últimos legislar sobre matérias que constituem objeto de uma regulamentação pelos órgãos do Mercosul.

91. Apesar de tais obstáculos à vida e à sobrevivência das normas produzidas pelo Mercosul na ordem jurídica interna, o estatuto da futura sociedade encontrar-se-á ao abrigo de qualquer ameaça resultante da fragilidade constatada no direito do Mercosul.

Ele será primeiramente protegido pela técnica e pela força do direito internacional. Quanto à técnica, além das medidas tomadas pelo Mercosul e pelos parlamentos nacionais para aperfeiçoar o sistema de incorporação das normas regionais que favorecerão diretamente o estatuto da sociedade, este poderá ainda beneficiar de uma prática constatada no seio do Mercosul, consistente em dotar determinados textos de uma cláusula de "aplicação provisória" para os casos em que o procedimento de incorporação não tenha sido concluído no prazo fixado. Pelo emprego desta cláusula, a invocação do estatuto pelos operadores econômicos interessados poderá ser assegurada durante o procedimento, pleno de incerteza, de incorporação das normas do Mercosul. Quanto à força do direito internacional, a primazia deste último sobre as leis nacionais é categórica e sistematicamente afirmada em decisões proferidas por diferentes tribunais arbitrais *ad hoc* do Mercosul e pelo TPR e encontra-se cada vez mais reconhecida pelos tribunais superiores dos Estados-membros refratários à superioridade dos tratados sobre o direito interno.

O estatuto da futura sociedade será em seguida protegido por alguns instrumentos do direito interno capazes de opor-se à instabilidade experimentada pelas normas regionais no plano nacional. Na Argentina, no Paraguai e na Venezuela, é o impulso dado à integração por suas Constituições que coloca em valor a força do direito do Mercosul em relação ao direito infraconstitucional, enquanto no Brasil e no Uruguai é o recurso ao princípio *lex specialis derogat legi generali* que permite paliar os inconvenientes da paridade normativa entre as normas de origem internacional e aquelas puramente internas. Nestes dois últimos países, a aplicação deste princípio reforça a eficácia das normas do Mercosul: consideradas como normas especiais em relação às normas internas, elas primam em caso de conflito com as disposições legais adotadas pelo legislador nacional após sua incorporação.

O estatuto da sociedade do Mercosul será finalmente, e sobretudo, protegido por ele próprio. Em primeiro lugar, os riscos ligados à fragilidade do direito mercosurenho serão fortemente neutralizados pela natureza opcional do estatuto da sociedade do Mercosul e pelo sistema de conexão proposto. Em razão de sua conexão única, não há de se esperar impacto algum de uma legislação nacional que não é destinada a

disciplinar as matérias regidas pelo estatuto. Em razão do caráter opcional do estatuto, a sociedade do Mercosul encontrar-se-á fora do alcance do legislador nacional, que não saberia legislar sobre um tipo de sociedade que a ordem jurídica nacional desconhece. E mesmo na hipótese em que o legislador do Mercosul venha excepcionalmente recorrer ao direito das sociedades da sede, a exigência de conformidade das soluções nacionais às regras e princípios apresentados pelo estatuto afastará qualquer risco de derrogação destes últimos pelo direito estatal. Em segundo lugar e com a finalidade de proteger o futuro estatuto, o legislador do Mercosul poderá se inspirar no direito comparado e utilizar cláusulas de enquadramento da relação que o estatuto entreterá com o direito nacional da sede da sociedade. O instrumento relativo à sociedade do Mercosul poderá, então, afirmar a primazia das regras autônomas que o regulamenta sobre as disposições atuais e futuras do direito dos Estados-membros no qual a sociedade estabelecerá sua sede. Ele poderá igualmente completar a regra que consagra o princípio do tratamento nacional com uma interdição aos Estados-membros de tomar medidas suscetíveis de perturbar o bom funcionamento do estatuto da sociedade do Mercosul.

92. A intangibilidade do regime autônomo e uniforme da sociedade do Mercosul tal como ele deveria resultar do sistema de conexão aqui proposto, reclama igualmente um mecanismo regional de interpretação das normas mercosurenhas que assegure sua autonomia e sua uniformidade quando da sua aplicação nos Países-membros do Mercosul. A este respeito, o Mercosul dispõe de um procedimento consultivo de interpretação jurisdicional das normas que ele edita que responde, *no absoluto*, às exigências do sistema de conexão escolhido. Isso é reconfortante, pois as implicações são importantes. Com efeito, terceiros e acionistas minoritários não desejarão fazer face a uma influência nacional sobre as regras materiais *formalmente* unificadas, graças às quais eles decidiram, seja investir, seja fazer negócios com a sociedade do Mercosul. A autonomia e a uniformidade do regime desta sociedade são, pois, as garantias da previsibilidade e da segurança jurídicas. Elas devem ser confirmadas no estágio de aplicação do seu estatuto. Estes objetivos seriam comprometidos se os Estados-membros tivessem uma margem ampla de apreciação nacional na aplicação das regras regendo a sociedade. Como afirmou R. Lecourt, "nada é mais frágil do que a unidade da jurisprudência, sobretudo entre os tribunais de Estados diferentes".[87] Ora, o surgimento de uma situação de uniformização de regras não pode advir sem a existência de uma jurisdição supranacional encarregada de "dizer ***o*** direito". Instrumento de cooperação entre os tribunais nacionais e o TPR em vista da aplicação uniforme do direito do Mercosul, o procedimento consultivo funciona também como um vetor de evolução do direito do Mercosul muito favorável ao funcionamento do sistema de conexão proposto.

93. Entretanto, este procedimento apresenta fraquezas que podem incidir de forma negativa sobre o funcionamento deste sistema proposto e de colocar seriamente em causa a pertinência da escolha aqui operada, pelo menos no contexto do Mercosul. Quatro aspectos do regime procedimental da opinião consultiva fragilizam particularmente o mecanismo de cooperação instituído pelo Protocolo de Olivos de 2002 e, por conseguinte, o funcionamento do sistema de conexão proposto: primeiro, o procedimento é facultativo para o juiz nacional; segundo, a questão formulada pelo juiz da causa é submetida a um controle discricionário de admissibilidade exercido pelas Cortes supremas; terceiro, a opinião estabelecida pelo

87. R. Lecourt, "Le rôle unificateur du juge dans la communauté", in *Etudes de droit des Communautés européenns – Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 223-237, p. 224.

TPR não é coercitiva; enfim, os tribunais arbitrais são excluídos do mecanismo.[88]

94. Não obstante as imperfeições do procedimento consultivo, perspectivas de reforço do mecanismo existem e validam plenamente a escolha do método da unicidade da conexão e o modelo de regras proposto para a futura sociedade do Mercosul. Estas perspectivas se abrem em dois flancos.

A primeira, *institucional*, consiste na reformulação do mecanismo regional de interpretação do direito do Mercosul por meio de uma reforma iminente e mais ampla do atual sistema regional de solução de controvérsias, lançado pelo Parlamento do Mercosul em 2010. O Projeto de protocolo constitutivo da Corte de Justiça para o Mercosul, que viria substituir o TPR, apresenta um novo mecanismo de cooperação judiciária, denominado "questão prejudicial", muito próximo do "*reenvio prejudicial*" junto à CJUE. Em razões das propriedades opostas àquelas do procedimento consultivo, este futuro procedimento contribui ao perfeito funcionamento do sistema de conexão proposto, exceto pelo fato que ele não prevê a sua utilização pelos tribunais arbitrais.

A segunda, *funcional*, consiste na utilização do estatuto da sociedade do Mercosul para reforçar um e outro destes mecanismos, quando se tratar de aplicar o sistema de conexão proposto. Com efeito, face às diferentes falhas do procedimento consultivo e às incertezas quanto aos desdobramentos que conhecerá o Projeto de criação da Corte de Justiça do Mercosul, o legislador mercosurenho poderá dotar o estatuto de um mecanismo próprio de regulação da cooperação judiciária que supriria as carências constatadas. Na hipótese em que o Projeto do Parlamento venha a ser adotado como tal no momento do advento do estatuto da sociedade do Mercosul, este poderia conter uma regra específica que permitisse definir, levando-se em conta a arbitrabilidade dos litígios relativos aos direitos das sociedades, a cooperação entre o árbitro e o juiz mercusorenho, uma vez que o texto do projeto permanece silente quanto à possibilidade de um tribunal arbitral apresentar à Corte uma questão prejudicial. Na hipótese em que o referido Projeto não venha a ser adotado no momento do advento do estatuto, este último conteria disposições destinadas a aperfeiçoar o procedimento consultivo atual à luz das soluções propostas por aquele Projeto; o estatuto regulamentaria, entre outros pontos, o acesso dos tribunais arbitrais ao procedimento consultivo atual.

95. Do exposto, vê-se que embora as especificidades do direito do Mercosul questionem a eficácia do sistema de conexão proposto, este estudo fornece os argumentos e chaves para superar tanto as fraquezas do sistema normativo mercosurenho quanto aquelas do mecanismo regional de interpretação jurisdicional de suas normas.

Conclusão

96. A conexão jurídica é uma peça central da engrenagem regulamentar das empresas supranacionais. Ela está no coração das escolhas não somente jurídicas *vis-à-vis* dessas estruturas societárias, mas também políticas. O advento da sociedade europeia trinta anos depois da primeira proposta da Comissão e o fracasso das negociações de um estatuto para uma sociedade privada europeia em 2013 atestam-no perfeitamente. O estudo dos métodos de conexão de empresas supranacionais é de fundamental importância para compreender os meandros do estatuto destas entidades. Ademais, a conexão jurídica é o prisma através do qual todos os pontos que desempenham um papel no desenvolvimento de uma teoria geral das empresas supranacionais podem ser observados.

97. O prisma escolhido – o estudo da conexão jurídica mais adequada para

88. Por todos, v. L. Klein Vieira, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la Integración – Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 79 e ss.

estas entidades através do exemplo de uma sociedade do futuro do Mercosul – não foi, contudo, o mais favorável. Por um lado, a ambição política de elaborar um estatuto de uma sociedade comercial do Mercosul não foi seguida pelas autoridades mercosurenhas, o que a doutrina outrora entusiasmada com a ideia parece agora aceitar sem maiores críticas. Por outro lado, o direito europeu, referência sobre o assunto, não consegue impor a solução de princípio na matéria – a conexão única – e vê-se cada vez mais obrigado a aderir ao método da pluralidade de conexões. Estas duas razões teriam bastado para dissuadir qualquer tentativa de investigação sobre o assunto.

98. No entanto, são estas mesmas dificuldades que nos estimularam uma reflexão mais aprofundada. Como por Confúcio, a experiência não deve ser apenas uma lanterna levada nas costas, de onde ela ilumina somente o caminho percorrido. Esta é a primeira lição deste estudo. Se o mesmo chegar a suscitar algumas discussões e novas pesquisas por parte daqueles que trabalharão arduamente não apenas no intuito de aprofundar, mas também de explorar além do problema aqui tratado, este estudo terá alcançado o seu primeiro objetivo.

99. A segunda lição é a descoberta de outras maneiras de imaginar a arquitetura do sistema de conexão desses novos atores jurídicos e econômicos que são sociedades comerciais supranacionais. Formas alternativas às categorias desenvolvidas no direito europeu devem ser exploradas a fim de apreender a unidade do regime jurídico dessas empresas. O peso da herança cultural na construção desta unidade não pode ser subestimado.

100. O terceiro ponto que este estudo procura demonstrar é justamente a necessidade de romper com as soluções adotadas até agora pelo direito europeu: sendo o único capaz de garantir independência, unidade, coerência e consistência do direito aplicável à sociedade supranacional, o método da unicidade revela-se, ao contrário do método da pluralidade de conexões, mais apropriado à natureza e aos objetivos geralmente atribuídos a este novo tipo de sociedade. Portanto, para as matérias abrangidas pelo seu estatuto, a unicidade da conexão das sociedades supranacionais à ordem jurídica da qual derivam é necessária. O sistema de conexão proposto para uma futura sociedade comercial do Mercosul expressa essa escolha.

101. Este trabalho constitui, em quarto lugar, um esforço de construção que vai além da arquitetura do sistema de conexão única: a adoção de regras acessórias para o bom funcionamento desse sistema deverá causar uma grande evolução na ordem jurídica do Mercosul. Por isso, é considerável a contribuição do método da unicidade para a construção da ordem jurídica da qual emana a sociedade supranacional.

102. Estas conclusões são apresentadas em anexo, em um texto unificador, que poderá ser tomado mais tarde sob a forma legislativa.

103. Estas mesmas conclusões permitem questionar se, *in fine*, não deve ser tomado na Europa um passo atrás e ousar-se à unicidade de conexão tanto da sociedade europeia quanto da futura sociedade privada europeia ao ordenamento jurídico europeu.

104. Em nossa opinião, o sistema proposto é uma referência para qualquer sociedade supranacional, inclusive aquelas instituídas pelo direito europeu. Com efeito, as questões que surgem a respeito da proposição de um sistema de conexão para uma futura sociedade do Mercosul não se restringem a esta última e propõem uma reflexão mais profunda sobre a concepção mesmo da conexão jurídica das sociedades supranacionais, independentemente do espaço de integração econômica considerado. Trata-se da premissa mesmo deste estudo: no momento de definir a conexão jurídica dessas empresas, numerosas questões comuns, semelhanças de raciocínio e analogias quanto ao fundo podem aproxi-

mar a União Europeia e o Mercosul, apesar de suas assimetrias.

105. Finalmente, a escolha do estatuto de uma sociedade supranacional depende da visão que os operadores econômicos tenham do futuro de seu empreendimento e das necessidades de mobilidade e de reestruturação societária que poderão se impor. Para orquestrar todas as transações transfronteiriças que as sociedades supranacionais permitem, os operadores devem dominar perfeitamente a "partitura". Na medida em que a unicidade da conexão constitui a ferramenta para esse domínio, a partitura poderá ser perfeitamente executada graças a uma leitura simples e facilitada, sem alterações cacofônicas e perturbadoras da harmonia desejada. Portanto, a riqueza e a beleza de algumas melodias poderão enriquecer as partições antigas e conhecidas das composições nacionais do direito das sociedades.

Sistema de conexão jurídica proposto (regras que podem servir de referência a toda sociedade comercial supranacional)

Sede social

Art. 1º. A sede da sociedade do Mercosul:

I – A sede da sociedade do Mercosul situa-se no lugar designado pelos estatutos. Este lugar encontra-se no território de um Estado-membro do Mercosul.

II – A administração central ou o principal estabelecimento da sociedade pode situar-se no território de um Estado-membro distinto daquele onde se encontra sua sede estatutária.

III – Como a sede estatutária, a administração central ou o principal estabelecimento da sociedade devem situar-se no Mercosul.

Direito aplicável

Art. 2º. A sociedade do Mercosul é regida:

I – no que diz respeito às matérias compreendidas no campo de aplicação do presente instrumento:

1. pelas disposições do presente instrumento;

2. pelas disposições estatutárias, quando expressamente autorizadas pelo presente instrumento.

As soluções extraídas do direito nacional devem ser expressamente reproduzidas nos estatutos. É vedado qualquer reenvio abstrato à disposições desse direito.

Quando os estatutos forem omissos ou dispuserem apenas parcialmente sobre uma questão que deveria ser objeto de uma disposição estatutária, o direito nacional das sociedades anônimas em vigor no Estado-membro da sede estatutária da sociedade do Mercosul não se aplica.

Em tais hipóteses, aplicam-se:

a) as regras supletivas do presente instrumento (menção facultativa);

b) as sanções previstas pelo presente instrumento (menção obrigatória).

3. As questões concernentes às matérias abrangidas pelo presente instrumento e que não são expressamente reguladas pelo mesmo serão regidas:

a) por analogia a outras soluções consagradas pelo presente instrumento, desde que a solução não contravenha ao espírito nem aos princípios que regem a matéria em questão;

b) quando a analogia se revelar inoperante ou inadaptada, tais questões serão reguladas conforme:

(i) os princípios gerais dos quais o presente instrumento se inspira; ou, na sua falta;

(ii) os princípios gerais do direito de sociedades do Mercosul; ou, na sua falta;

(iii) os princípios gerais preponderantes nas ordens jurídicas dos Estados-membros; ou, na sua falta, e, por analogia;

(iv) os princípios gerais do direito de sociedades de outras ordens jurídicas supranacionais.

b.1) O recurso aos princípios mencionados nos pontos *ii*, *iii* e *iv* somente é admitido na medida em que as soluções daí resultantes não são manifestamente

contrárias ao espírito, à inteligência e aos objetivos do presente instrumento.

b.2) Quando apenas os efeitos inerentes aos princípios mencionados nos pontos *ii*, *iii* e *iv* mostrarem-se incompatíveis com o espírito, a inteligência e os objetivos do presente instrumento e quando a adaptação destes efeitos a referidas exigências for possível, o recurso aos ditos princípios é admitido.

b.3) A aplicação pelo juiz dos princípios mencionados no ponto *iii* implica para este a obrigação de realizar, com base nos documentos e peças fornecidas pelas partes, uma análise comparada das ordens jurídicas nacionais. Em sua análise, o juiz se interessará notadamente ao resultado ao qual teriam chegado os tribunais superiores dos Estados-membros no julgamento de casos onde estivesse presente uma situação de fato idêntica ou similar.

Caso sua pesquisa revele a existência de um desacordo total entre as ordens jurídicas nacionais quanto ao ponto litigioso, o juiz determinará, à luz da especificidade e dos objetivos do presente instrumento, em que medida o princípio enunciado se aplica.

A aplicação pelo juiz dos princípios mencionados no ponto *iv* implica para este a obrigação de realizar uma análise comparativa das soluções em vigor nas ordens jurídicas supranacionais tomadas em consideração.

b.4) Quando da aplicação dos princípios gerais do direito, o juiz confrontado com dificuldades ligadas à complexidade da situação levará em conta os usos das quais as partes tenham ou devessem ter conhecimento e que são amplamente conhecidas e regularmente observadas pelos sócios, administradores, mandatários, dirigentes e auditores que exercem suas atividades em outras sociedades do Mercosul, ou, na sua falta, em sociedades nacionais do mesmo tipo, uma vez que o uso em questão transcenda, neste último caso, o quadro jurídico do Estado no qual a sociedade tenha sua sede e reflita uma tendência no espaço jurídico do Mercosul.

Os usos não produzem efeitos quando se revelarem contrários aos princípios subjacentes ao Estatuto da sociedade do Mercosul ou, se for o caso, aos princípios mencionados nos pontos *ii*, *iii*, e *iv* da letra *b* deste artigo.

4. As disposições do direito nacional que regem as sociedades anônimas do Estado-membro da sede estatutária da sociedade do Mercosul apenas se aplicam nos casos expressamente previstos pelo presente instrumento. A aplicação do direito nacional compreende igualmente:

a) se for o caso, as disposições harmonizadas do direito de sociedades anônimas dos Estados-membros;

b) a interpretação dada às normas que regem as sociedades anônimas pelas jurisdições nacionais, bem como os usos e princípios gerais do direito aplicáveis às sociedades anônimas.

II – Se a legislação do Estado da sede estatutária prevê disposições imperativas ligadas à natureza das atividades exercidas por uma sociedade do Mercosul ou uma forma de controle exercido por uma autoridade reguladora, essas disposições se aplicam à sociedade do Mercosul.

Em caso de dissociação intrarregional da sede estatutária e da administração central, as disposições imperativas da legislação do Estado da sede estatutária e aquelas da legislação do Estado da administração central da sociedade do Mercosul aplicam-se cumulativamente.

III – As matérias não abrangidas pelo campo de aplicação do presente instrumento, tais como as relativas ao direito tributário, administrativo e trabalhista, ao direito da concorrência ou ao direito da propriedade intelectual, são regidas pelo direito designado pelas regras e princípios do direito internacional privado do foro.

Tratamento não discriminatório

Art. 3º. Sob reserva das disposições do presente instrumento e em relação às matérias não incluída em seu campo de aplicação:

I – a sociedade do Mercosul recebe, no Estado-membro onde estabelecer sua sede estatuária, o mesmo tratamento acordado a

uma sociedade anônima constituída conforme o direito desse Estado.

II – a sociedade do Mercosul recebe, em cada Estado-membro onde exercer suas atividades, o mesmo tratamento acordado a uma sociedade anônima constituída conforme o direito do dito Estado.

Este princípio se estende às situações onde exista uma dissociação da sede estatutária e da administração central da sociedade do Mercosul, sendo vedado ao Estado onde ela conservou sua sede estatutária e ao Estado no qual a sociedade transferiu sua sede social tratar-lhe de maneira discriminatória, notadamente em razão de uma tal transferência.

Art. 4º. O princípio do tratamento não discriminatório não deve levar os Estados-membros a adotarem medidas contrárias às normas uniformes e estatutárias que regem a sociedade do Mercosul ou que venham constituir um obstáculo a sua aplicação. Este princípio não deve igualmente levar a uma regulamentação estatal que beneficie a sociedade do Mercosul em relação às sociedades de direito nacional.

Regras acessórias (destinadas ao bom funcionamento do sistema de conexão jurídica proposto)

Método de interpretação

Art. 5º. O direito aplicável à sociedade do Mercosul deve ser interpretado de maneira autônoma, conforme aos seus objetivos e aos princípios que lhe subjazem. Serão particularmente levadas em consideração a autonomia do regime que ele instaura e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação. Serão igualmente levados em conta o caráter transfronteiriço da sociedade do Mercosul assim como a necessidade de assegurar o respeito às exigências da governança e da responsabilidade social da empresa nas ações e no funcionamento da sociedade.

Cláusula de proteção do regime autônomo

Art. 6º. As regras uniformes que regem a sociedade do Mercosul, bem como as cláusulas estatutárias estabelecidas de acordo com as primeiras produzem seus efeitos não obstante qualquer contradição com o direito do Estado-membro no qual a sociedade estabelecer sua sede.

Regras especiais que autorizam uma demanda de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (hipótese na qual o Projeto do Parlamento de instituir uma Corte de Justiça do Mercosul não tenha sido adotado quando do advento do Estatuto da sociedade do Mercosul)

Demanda feita ao Tribunal Permanente de Revisão pelo juiz

Art. 7º. O juiz competente para aplicar o Estatuto da sociedade do Mercosul e cuja decisão é susceptível de recurso pode, de ofício ou por requerimento das partes, solicitar ao Tribunal Permanente de Revisão uma opinião consultiva quando a solução do litígio depender da interpretação de suas disposições. Nas mesmas condições, ele pode solicitar ao dito Tribunal uma opinião consultiva quando tiver que colmatar lacunas relativas a questões que entram no campo de aplicação material do Estatuto e em relação às quais nenhum reenvio ao direito nacional houver sido previsto.

Quando o Juiz decide em última instância, ele deve, de ofício ou por requerimento das partes, solicitar ao Tribunal Permanente de Revisão uma opinião consultiva quando a solução do litígio depender da interpretação de suas disposições. Nas mesmas condições, ele deve solicitar ao dito Tribunal uma opinião consultiva quando tiver que colmatar lacunas relativas a questões que entram no campo de aplicação material do Estatuto e em relação às quais nenhum reenvio ao direito nacional houver sido previsto.

Em um e outro caso, o juiz suspende o processo até a decisão do Tribunal Permanente de Revisão.

Art. 8º. Quando no curso do processo surgirem dúvidas quanto à validade de uma ou mais disposição do Estatuto, o juiz deve, de ofício ou por requerimento das partes, solicitar ao Tribunal Permanente de Revisão

uma opinião consultiva. O juiz suspende o processo até a decisão do Tribunal Permanente de Revisão.

Demanda feita ao Tribunal Permanente de Revisão por um tribunal arbitral

Art. 9º. Quando for competente em virtude de uma cláusula compromissória ou de um compromisso para julgar litígios relativos a uma sociedade do Mercosul, o tribunal arbitral pode solicitar uma opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul quando não decidir com base na equidade e quando as partes o tenham expressamente consentido, seja na cláusula compromissória, seja no curso do procedimento. O acordo das partes é, porém, dispensado quando se tratar de questão atinente à ordem pública societária. Neste caso, as partes são preliminarmente advertidas.

O tribunal arbitral que decidir com base na equidade pode, todavia, solicitar uma opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul quando tiver que decidir sobre questão atinente à ordem pública societária, sem que para tanto um acordo preliminar das partes seja exigido. Neste caso, as partes são preliminarmente advertidas.

A demanda de opinião consultiva apenas pode dizer respeito à interpretação do Estatuto e à validade de suas disposições.

Em todo caso, a demanda somente pode ser formulada em uma arbitragem que tenha lugar no território de um Estado-membro ou, quando ocorrer em um Estado terceiro, as partes tiverem decido submetê-la ao Acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul de 23 de Julho de 2008.

Opção deixada ao legislador

O tribunal arbitral deve suspender o processo até a decisão do Tribunal Permanente de Revisão.

O tribunal arbitral poderá prolatar sua decisão antes de conhecer a decisão do Tribunal Permanente de Revisão.

Da força obrigatória da opinião consultiva

Art. 10. As opini*ões consultivas* proferidas em interpretação das disposições deste Estatuto serão obrigatoriamente observadas por todas as jurisdições judiciárias.

As jurisdições arbitrais não têm tal obrigação, exceto quando a questão objeto de uma opinião consultiva disser respeito à ordem pública societária ou quando a questão resulte de uma demanda formulada inicialmente pelas partes ao árbitro no curso da arbitragem. Nos dois casos, o árbitro ou o tribunal não prolatará sua decisão antes de conhecer a decisão do Tribunal Permanente de Revisão.

Regra especial que autoriza um tribunal arbitral a apresentar uma questão prejudicial à Corte de Justiça do Mercosul por um tribunal arbitral (hipótese na qual o Projeto do Parlamento de instituir uma Corte de Justiça do Mercosul já tenha sido adotado quando do advento do Estatuto da sociedade do Mercosul)

Demanda feita à Corte de Justiça por um tribunal arbitral

Art. 9º-1. Quando for competente em virtude de uma cláusula compromissória para julgar litígios relativos a uma sociedade do Mercosul, o tribunal arbitral pode apresentar uma questão prejudicial à Corte de Justiça do Mercosul quando não decidir com base na equidade e quando as partes o tenham expressamente consentido, seja na cláusula compromissória, seja no curso do procedimento. O acordo das partes é, porém, dispensado quando se tratar de questão atinente à ordem pública societária. Neste caso, as partes são preliminarmente advertidas.

O árbitro ou o tribunal arbitral que decidir com base na equidade pode, todavia, apresentar uma questão prejudicial à Corte de Justiça do Mercosul quando tiver que decidir sobre questão atinente à ordem pública societária, sem que para tanto um acordo preliminar das partes seja exigido. Neste caso, as partes são preliminarmente advertidas.

A questão prejudicial apenas pode dizer respeito à interpretação do Estatuto e à validade de suas disposições.

Em todo caso, a demanda somente pode ser formulada em uma arbitragem que tenha lugar no território de um Estado-membro ou, quando ocorrer em um Estado terceiro, as partes tiverem decido submetê-la ao Acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul de 23 de Julho de 2008.

Opção deixada ao legislador

O tribunal arbitral deve suspender o processo até a decisão da Corte de Justiça.

O tribunal arbitral poderá prolatar sua decisão antes de conhecer a decisão da Corte de Justiça.

A Corte pronunciará sua decisão em sessenta e cinco dias a contar da recepção da questão prejudicial.

As jurisdições arbitrais não têm tal obrigação, exceto quando a questão objeto de uma questão prejudicial disser respeito à ordem pública societária ou quando a questão resulte de uma demanda formulada inicialmente pelas partes ao árbitro no curso da arbitragem.

Nos dois casos, o árbitro ou o tribunal não prolatará sua decisão antes de conhecer a decisão da Corte de Justiça.