

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO GRUPO ECONÔMICO POR ATOS DE CORRUPÇÃO

THIAGO SPERCEL

Mestre em Direito (LL.M.) pela Columbia Law School e pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Administração de Empresas pela Escola de Administração de Empresas da FGV. É *Counsel* de Simpson Thacher & Bartlett LLP.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Penal

RESUMO: O presente artigo analisa a Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, e critica a responsabilidade solidária atribuída a sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas por atos de corrupção praticados por entidades pertencentes ao seu grupo econômico. Traça-se de um paralelo com a lei anticorrupção dos Estados Unidos da América, o *U.S. Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 e com a jurisprudência norte-americana, em especial no que diz respeito à extensão a terceiros da responsabilidade por atos de corrupção. Ao final, apresentam-se sugestões *de lege ferenda* para se atribuir a responsabilidade subjetiva, com inversão do ônus da prova e sem solidariedade, para empresas pertencentes ao grupo econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Anticorrupção – Controlada – Controle – Coligada – Consorciada – Corrupção – Desconsideração – Grupo Econômico – Investimento – Pagamentos ilegais – Personalidade jurídica – Propina – Responsabilidade solidária – Subsidiária – Solidariedade.

ABSTRACT: This article reviews Brazilian Law 12,846/2013, providing for the civil and administrative responsibility of legal entities for corrupt acts against the government, and criticizes the law's provision of joint and several liability of controlling or controlled entities, affiliates and consortium members for corrupt acts performed by entities within or persons affiliated with their economic group. It also presents a comparative analysis with the U.S. Foreign Corrupt Practices Act of 1977 and the applicable U.S. case law, in particular with respect to third-party liability for corrupt acts. It concludes by presenting suggestions for changes to Brazilian Law 12,846/2013 in order to create fault-based liability, with a rebuttable presumption but without joint liability, for companies within an economic group.

KEYWORDS: Affiliate – Anti-bribery – Anti-corruption – Bribery – Consortium – Control – Controlled – Controlling – Corporate veil – Corrupt – Corruption – Disregard – Economic group – Investment – Illegal payment – Joint and several – Liability – Limited liability – Subsidiary.

Entrou em vigor no Brasil, em 29.01.2014, a Lei 12.846/2013 (a “Lei Brasileira Anticorrupção”), que dispõe sobre “a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”. Já havia, anteriormente, previsões legais visando reprimir atos de corrupção e operações lesivas ao patrimônio pú-

blico, tais como os tipos penais de corrupção ativa e passiva previstos no Código Penal¹ e outros ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa² e na Lei de Licitações.³ Porém, a principal novidade trazida pela Lei Brasileira Anticorrupção, é uma mudança histórica de perspectiva no combate aos crimes de corrupção, substituindo o direito penal e a persecução do agente pessoa natural do regime anterior, pelo direito administrativo sancionador voltado à pessoa jurídica no atual regime, ainda que se valendo de conceitos e instrumentos oriundos do direito penal. Em outras palavras, no lugar de perseguir o agente corruptor ou o agente público corrompido, foca-se no beneficiário econômico de tal conduta, a empresa (ou grupo de empresas) que, passando a ter responsabilidades pelo combate à corrupção, deverá investir em programas e ferramentas de *compliance*, incluindo treinamento e controle de funcionários, fornecedores e parceiros comerciais.

Tem-se comentado que, nesse tocante, a Lei Brasileira Anticorrupção alinhou-se à lei anticorrupção dos Estados Unidos da América, o *U.S. Foreign Corrupt Practices Act* of 1977 (“FCPA”), já vigente há mais de três décadas.⁴ Por esse motivo, este artigo analisa a Lei Brasileira Anticorrupção à luz do FCPA e jurisprudência norte-americana, em especial no que diz respeito à extensão da responsabilidade por atos de corrupção a outras empresas do grupo econômico prevista no art. 4.º, § 2.º, da Lei Brasileira Anticorrupção.

De fato, a intensificação ao combate à corrupção no Brasil faz-se necessária de maneira urgente, para que nosso país, com a sétima maior economia do mundo, possa se equiparar às principais potências econômicas mundiais no que se refere à solidez das instituições públicas e seriedade do ambiente de negócios. A Declaração dos Líderes do G-20 no encontro de Toronto em 2010 traduz claramente a importância da cooperação internacional para a prevenção e combate à corrupção: “concordamos que a corrupção ameaça a integridade dos mercados, inviabiliza a concorrência justa, distorce a alocação de recursos, destrói a confiança pública e

1. Código Penal (Dec.-lei 2.848/1940), arts. 333 (corrupção ativa) e 317 (corrupção passiva).

2. Lei 8.429/92, art. 9.

3. Lei 8.666/93, art. 89 e ss.

4. Nesse tocante, vale lembrar que o FCPA reprime atos de corrupção praticados por pessoas norte-americanas perante autoridades governamentais *estrangeiras*, ou seja, é um diploma legal de aplicação extraterritorial, visando proteger países e organismos com os quais os agentes econômicos norte-americanos tenham algum tipo de relacionamento comercial. Atos de corrupção internos, não envolvendo agentes públicos estrangeiros, já eram, e continuam sendo, reprimidos por leis estaduais e pelo *case law* norte-americano muito antes da entrada em vigor do FCPA. Ao que parece, diferente do FCPA, a Lei Anticorrupção Brasileira visa combater primordialmente atos de corrupção praticados no próprio território brasileiro envolvendo agentes governamentais brasileiros, e não atos praticados por pessoas brasileiras envolvendo agentes governamentais estrangeiros.

fragiliza o estado de direito”.⁵ Da mesma forma, esclarece o PL 39/2013,⁶ ao estabelecer que “a corrupção é um dos grandes males que afetam a sociedade. São notórios os custos políticos, sociais e econômicos que acarreta. Ela compromete a legitimidade política, enfraquece as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de gerar um ambiente de insegurança no mercado econômico, comprometendo o crescimento econômico e afugentando novos investimentos”.

Historicamente, o Brasil tem sido considerado um dos principais destinos para investidores estrangeiros dentre as economias emergentes, sendo o maior recipiente de investimentos estrangeiros diretos na América Latina.⁷ No entanto, a corrupção continua a ser um dos principais desafios a serem superados, conforme relatado por organizações internacionais, tais como a *Transparency International*, que realiza pesquisas anuais para calcular o *Corruption Perception Index*, aferindo os níveis de corrupção do setor público em 182 países e territórios. Com base em uma escala de 0 (mais corrupto) a 10 (menor corrupto), o Brasil obteve nota 4.2 (72.^a posição) no *Corruption Perception Index* de 2013, bem atrás do Chile com 7.1 (22.^a posição) e Estados Unidos e Uruguai com 7.3 (19.^a posição).⁸ O Relatório de Competitividade do Fórum Econômico Mundial para o biênio 2010-2011 também apontou a corrupção como um dos principais obstáculos do ambiente de negócios do Brasil.⁹

Nesse contexto, a Lei Anticorrupção Brasileira é, inegavelmente, um enorme avanço em suas linhas gerais. No entanto, o legislador “errou a dose” no seu art. 4.º, § 2.º, uma vez que, ao determinar a responsabilização automática e solidária às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas por atos de corrupção, a Lei Anticorrupção Brasileira pode dificultar ou afugentar investimentos estrangeiros. Assim como já ocorre em outras áreas do Direito, a nova Lei Anticorrupção Brasileira confirma a tendência do legislador e do Poder Judiciário brasileiro de flexibilizar a desconsideração da personalidade jurídica em detrimento da

5. G20 Toronto Summit Declaration, 26 e 27 de junho de 2010. No original em inglês: “we agree that corruption threatens the integrity of markets, undermines fair competition, distorts resource allocation, destroys public trust and undermines the rule of law.”

6. Projeto de Lei da Câmara n. 39, de 2013 (n. 6.826/2010 na Casa de origem).

7. Economic Commission for Latin America and the Caribbean (Eclac), *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean, 2011*, United Nations Publication, jun. 2012, Santiago, Chile.

8. Resultados disponíveis em: [www.cpi.transparency.org/cpi2011/results].

9. A corrupção está em sexto lugar entre os fatores mais problemáticos para o ambiente de negócios do Brasil, atrás de outros fatores como ineficiências de infraestrutura, regulamentação fiscal, carga tributária, burocracia governamental e regulamentação trabalhista. O relatório está disponível em: [www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf].

responsabilidade limitada e da separação patrimonial, que são princípios básicos do investimento privado e do direito empresarial.

O FCPA NORTE-AMERICANO

Os dispositivos legais do FCPA podem ser divididos em dois grupos: (a) os dispositivos anticorrupção, que proíbem o pagamento de propinas a funcionários públicos estrangeiros com o fim de obter ou manter negócios, ou para obter uma vantagem comercial; e (b) os dispositivos de contabilidade (*books and records and accounting control*), que exigem que as empresas mantenham livros e registros contábeis precisos e corretos, e estabeleçam controles internos para prevenir atividades ilegais.

Como regra geral, sociedades controladoras e suas subsidiárias e coligadas são consideradas entidades separadas, com patrimônios e obrigações incomunicáveis, e não devem ser solidariamente responsáveis por atos ilícitos. Nesse contexto, segundo a doutrina do *piercing of corporate veil*, a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ocorrer em circunstâncias bastante específicas, e a mera relação de controle societário, considerada isoladamente, não basta para tanto. Ao desconsiderar a personalidade jurídica, os juízes deverão considerar um conjunto de circunstâncias, como a confusão patrimonial, subcapitalização, dominação dos negócios, administração comum, intenção de evadir obrigações legais ou contratuais e manifesta situação de injustiça ou abuso de direito.¹⁰

No entanto, o FCPA exige certo nível de envolvimento e monitoramento das sociedades controladoras em suas subsidiárias e coligadas, de maneira que, em certos casos, uma entidade controladora poderá ser responsabilizada pelo descumprimento dos dispositivos do FCPA por parte de suas subsidiárias.

No que diz respeito aos dispositivos de contabilidade, a responsabilização de uma entidade pela falha de sua subsidiária em manter controles internos e registros contábeis corretos exige uma relação de *controle*. O projeto de lei que instituiu o FCPA¹¹ entendia tal relação de controle como o poder de determinar a administração e política interna, de forma que haveria uma *presunção de controle* por qualquer pessoa que possuísse, direta ou indiretamente, mais de 50% das ações com direito a voto de outra pessoa, e de forma similar, haveria *presunção de ausência de controle*

10. *United Elec. Radio and Machine Workers of America v. 163 Pleasant Street Corp.*, 960 F2d 1080, página 1093 (1st Cir. 1992); *Jackam v. Hospital Corp. of Am. Mideast Ltd.*, 800 F2d 1577, página 1580 (11th Cir. 1986); *National Dairy Prods Corp. v United States*, 350 F2d 321, página 326 (8th Cir. 1965); *United States v. ACB Sales & Serv., Inc.*, 590 F Supp. 561 (D. Ariz. 1984).

11. H.R. Conf. Rep. No. 95-831, página 12 (1977).

por qualquer pessoa que detivesse menos 50% das ações com direito a voto. A *Securities and Exchange Commission* tomou uma postura mais rígida, estabelecendo que, nos casos de propriedade acionária votante entre 20% e 50%, haveria também uma *presunção de controle*, cabendo, no entanto, ao interessado provar que sua participação acionária não lhe conferia o poder de determinar a administração e política interna. Já no caso de propriedade acionária votante inferior a 20%, aí sim haveria a *presunção de ausência de controle*, transferindo-se o ônus de provar a relação de controle para as autoridades públicas.¹²

Posteriormente, em 1981, a *Securities and Exchange Commission* flexibilizou tal posicionamento, dispondo que se exige de uma pessoa com menos de 50% do poder de voto de uma subsidiária que proceda em boa-fé para usar sua influência, *no limite de tal influência*, para manter controles internos e registros contábeis corretos, e, como consequência, uma pessoa que cumpra com tal parâmetro não poderá ser responsabilizada por violações de sua subsidiária.¹³

Na conferência conjunta de 1988 da Câmara dos Deputados e do Senado,¹⁴ tal conceito foi validado, em reconhecimento de que seria “irrealista esperar que um acionista minoritário pudesse exercer tamanho grau de influência sobre as práticas contábeis de uma subsidiária”. Dessa forma, o regime atual do FCPA no que diz respeito à responsabilidade do acionista controlador é o seguinte: (a) uma pessoa que detenha menos de 50% do capital votante não será responsabilizada caso demonstre que empenhou esforços de boa-fé para usar sua influência, na medida do que for razoável à luz das circunstâncias, para fazer com que a subsidiária mantenha controles internos e registros contábeis corretos (responsabilidade com inversão do ônus da prova); e (b) uma pessoa que detenha mais de 50% do capital votante deverá assegurar que sua subsidiária mantenha controles internos e registros contábeis corretos (responsabilidade objetiva, independente de prova).

No que diz respeito aos dispositivos anticorrupção, a posição do *Department of Justice* norte-americano é de que “uma subsidiária estrangeira de uma empresa norte-americana não estará sujeita ao FCPA, mas seu controlador nos Estados Unidos poderá ser responsabilizado caso autorize, direcione ou participe das atividades ilícitas em questão”.¹⁵ Além disso, uma entidade organizada fora dos Estados Unidos também pode ser responsabilizada caso seja registrada perante a *U.S. Securities and*

12. SEC Release 4-17500, 29.01.1981.

13. Declaração do Presidente da SEC John S. R. Shad, Fed. Sec. L. Rep (CCH), 82,882, p. 84.

14. H.R. Conf. Rep. 100-576, p. 917.

15. Department of Justice, Foreign Corrupt Practices Act, p. 4. No seu original em inglês: “A foreign-incorporated subsidiary of a U.S. firm will not be subject to the FCPA, but its U.S. parent may be liable if it authorizes, directs, or participates in the activity in question.”

Exchange Commission e tenha valores mobiliários negociados em bolsas de valores norte-americanas.¹⁶

Os elementos essenciais para a responsabilização do controlador por atos de corrupção da subsidiária são: (a) a coparticipação no ato de corrupção, que pode ocorrer pela atuação direta do controlador ou autorização para que a subsidiária pratique atos de corrupção; ou (b) o “conhecimento” do pagamento com intenção de subornar. A definição de “conhecimento” incluía, na sua origem em 1977, o conhecimento efetivo (*actual knowledge*) e o conhecimento presumido (*reason to know*).¹⁷ Posteriormente, o Congresso norte-americano eliminou, na reforma de 1988,¹⁸ o critério de conhecimento presumido (*reason to know*), que era criticado por ser muito vago, e no seu lugar incluiu um critério mais restrito, de “desconhecimento intencional” (*willful blindness and conscious disregard*). Dessa forma, atualmente o FCPA define o conhecimento de uma pessoa, com relação a atos de corrupção de uma outra pessoa, como o “conhecimento efetivo” (*awareness*) ou “crença firme” (*firm belief*) da prática da conduta ou da probabilidade do resultado almejado.¹⁹

Assim, ficou claro com a reforma de 1988 que a mera negligência ou falta de diligência não serviria como base para responsabilização de uma pessoa (por exemplo, o controlador) com relação a atos de corrupção de outra pessoa (por exemplo, a subsidiária). É preciso envolvimento maior, como a coparticipação ou omissão intencional de descobrir a verdade.

Ocorre que, como vimos anteriormente, os dispositivos de contabilidade exigem que o controlador empregue esforços, na medida de sua influência, para manter controles internos e registros contábeis corretos em suas subsidiárias. Como consequência, se os registros contábeis refletem pagamentos de propinas para autoridades governamentais ou outras formas de pagamentos ilícitos, as cortes norte-americanas têm entendido que o controlador teria o conhecimento presumido

16. Como é o caso, por exemplo, de *American Depositary Receipts* (ADRs) de companhias brasileiras, tais como Embraer, Petrobras, Companhia Vale do Rio Doce, entre outras.

17. Foreign Corrupt Practices Act, Pub. L. 95-213, §30A(a)3, 91 Stat, 1495-96 (1977).

18. H.R. Conf. Rep. 100-576, p. 919 (1988).

19. 15 U.S.C. §§78dd-1(f)(2)(A), dd-2(h)(A)(I). Confira-se no original em inglês: “(2) (A) A person’s state of mind is ‘knowing’ with respect to conduct, a circumstance, or a result if: (i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or (ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur. (B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.”

(*constructive knowledge*) de tais práticas, o que já seria suficiente para imputar responsabilidade.

Assim, em síntese, pode-se dizer que uma entidade seria responsável por violações de sua subsidiária ao amparo do FCPA se:

- detendo o poder de controle ou influência significativa sobre a subsidiária, não exerça tal poder para fazer com que a subsidiária mantenha livros e registros contábeis corretos e estabeleça controles internos para prevenir atividades ilegais (dispositivos de contabilidade); ou
- tenha conhecimento efetivo ou presumido de pagamentos ilícitos e atos de corrupção (dispositivos anticorrupção), sendo que o registro de tais pagamentos nos registros contábeis da subsidiária configura o conhecimento presumido do controlador; ou
- a desconsideração da personalidade jurídica for decretada em casos extremos, em que o véu da pessoa jurídica seja levantado (*piercing of the corporate veil*) em situações de confusão patrimonial, subcapitalização, dominação dos negócios, administração comum, intenção de evadir obrigações legais ou contratuais e manifesta situação de injustiça ou abuso de direito, entre outros.²⁰

A Lei Anticorrupção Brasileira

A Lei Anticorrupção Brasileira estabelece a responsabilidade objetiva (independente de dolo ou culpa) das pessoas jurídicas, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Tais atos lesivos incluem: (a) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; (b) comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática de atos ilícitos; (c) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; (d) manipular, frustrar ou fraudar licitações e contratos públicos; e (e) dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos.

Não foram adotados, na Lei Anticorrupção Brasileira, dispositivos de contabilidade que exijam que as empresas mantenham livros e registros contábeis precisos e corretos, e estabeleçam controles internos para prevenir atividades ilegais. No entanto, tendo em vista a responsabilidade objetiva das empresas pelos atos de corrupção de seus agentes, espera-se que elas venham a desenvolver tais controles internos e regras de *compliance*, como forma de prevenir a ocorrência de tais atos de corrupção.

20. BROWN, H. Lowell, *Parent-Subsidiary Liability Under the Foreign Corrupt Practices Act*, 50 *Baylor L. Rev.* 1, 1998.

O art. 4.º, § 2.º, da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece que “as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão *solidariamente* responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado” (grifo nosso).

Percebe-se a intenção do legislador brasileiro de responsabilizar controladores e outros integrantes do grupo econômico por atos ilícitos causados por empresas pertencentes a tal grupo, porém, a nosso ver, tal dispositivo é demasiadamente abrangente e impreciso, e peca por não vincular as sanções aplicáveis à participação ou conduta de tais terceiros, na medida de sua reprovabilidade. A responsabilização objetiva e solidária de empresas do grupo econômico extrapola os limites da legalidade do direito penal e administrativo sancionador, e até mesmo da razoabilidade, na medida em que penaliza terceiros, civil e administrativamente, independente da existência de qualquer nexo de causalidade, como coparticipação, conhecimento ou negligência.

Em primeiro lugar, cabe precisar o que são sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas.

As definições de sociedades controladoras e controlada fundam-se na definição de “acionista controlador” da Lei 6.404/1976 (a “Lei das Sociedades por Ações”), que assim dispõe: “entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: I – é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e II – usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (art. 116). Assim, nota-se que a definição de controle não depende unicamente da posição acionária ou titularidade da maioria das ações, mas sim do poder efetivo de determinar os negócios sociais e eleger a maioria dos administradores. Assim, numa companhia de capital disperso, um acionista que detenha participação acionária relevante (ainda que não represente a maioria do capital social) pode ser responsabilizado solidariamente pelos atos de corrupção da sociedade investida.

A definição de “coligadas” consta em dois diplomas legais brasileiros, e não está claro qual deles a Lei Anticorrupção Brasileira pretendeu utilizar:

- *Lei das Sociedades por Ações*: art. 243, § 1.º, que dispõe que “são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa” e art. 243, § 5.º, que dispõe que “é presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la”; e

- *Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002)*: art. 1.099, que dispõe que a sociedade coligada ou filiada é aquela “cujo capital outra sociedade participa com 10% ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.”

Vale destacar a insegurança jurídica que quaisquer destas definições apresentam. Numa situação em que um investidor adquira, privadamente ou em bolsa, um lote acionário superior a 20%, poderá ele ser responsabilizado solidariamente por atos de corrupção da companhia investida e seus administradores e agentes, independente de qualquer envolvimento ou conhecimento de tais atos de corrupção. A situação se torna mais preocupante caso utilizemos a definição de coligada do Código Civil, equivalente a 10% ou mais do capital social. Isso não faz qualquer sentido.

No caso das consorciadas, a lei estabeleceu a responsabilidade “no âmbito do respectivo contrato”. As fragilidades são evidentes, pela relação que normalmente se dá entre sociedades consorciadas num determinado consórcio. Nos termos do art. 278 da Lei das Sociedades por Ações, um consórcio não tem personalidade jurídica e é formado, temporariamente, para executar um empreendimento. Cada uma das consorciadas não tem poder nem direito de fiscalizar qualquer ato de outra consorciada que não esteja especificamente disposto no contrato de consórcio. Por esse motivo, o art. 287, § 1.º, estabelece que “cada consorciada responde por suas obrigações do consorcio, *sem solidariedade*”. A Lei Anticorrupção Brasileira parece ter ignorado esse aspecto, estabelecendo a responsabilidade solidária entre o consórcio e as consorciadas.

Além disso, não foi estabelecido nenhum critério de preponderância ou áreas de responsabilidade dentro do consórcio. Assim, uma consorciada que participe do consórcio para realizar uma determinada tarefa de menor importância (por exemplo, uma consorciada que tenha o único propósito de fornecer consultoria, serviços ou equipamentos para uma obra de grande porte) poderá ser solidariamente responsabilizada com as demais consorciadas que gerem mais diretamente o projeto.

Ao distanciar-se de seu modelo de inspiração norte-americano, a Lei Anticorrupção Brasileira cria insegurança jurídica com a previsão de responsabilidade objetiva e solidária a empresas de um mesmo grupo econômico, sem que se prove algum grau de participação, envolvimento, conhecimento ou defesas aplicáveis.

OUTRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Parece-nos oportuno tecer algumas considerações sobre a importância da limitação da responsabilidade no ambiente de negócios, e o malefício do uso indiscriminado da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade solidária no Brasil.

A responsabilidade limitada é um princípio fundamental do direito empresarial,²¹ permitindo que investidores possam participar de determinados empreendimentos

21. EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited Liability and the Corporation, 52 *University of Chicago Law Review* 89 (1985).

sem expor todo seu patrimônio a risco. Sem tal limitação, muitos empreendimentos não seriam viáveis por não haver capital disponível de empreendedores. Além disso, a limitação da responsabilidade é essencial para que os investidores possam diversificar seus investimentos de forma eficiente. Ao deter um portfólio de ativos diversificado, investidores mitigam seus riscos na medida em que certos ativos não seriam atingidos por dívidas de outros ativos.

A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização solidária por atos e obrigações de terceiros deve ser uma medida de exceção, utilizada com muita cautela de acordo com as circunstâncias concretas do caso em questão. Conforme registrou a Corte Suprema dos Estados Unidos, “a limitação da responsabilidade é a regra, não a exceção; e com esta premissa grandes compromissos são firmados, vultosos empreendimentos são lançados e enormes somas de capital são atraídos”.²² Nos Estados Unidos da América, quase todos os casos em que as cortes permitiram a desconsideração da personalidade jurídica envolviam casos de fraude em sociedades de capital fechado,²³ onde a figura da sociedade, do acionista controlador e do administrador podem se confundir mais facilmente. Aplicar a responsabilidade objetiva e solidária a terceiros, em caso de grandes companhias listadas em bolsa com centenas ou milhares de acionistas, pode ter o efeito danoso de afugentar investimentos e impedir o desenvolvimento econômico.

Considerando o estágio atual de proliferação de atos de corrupção no Brasil, compreende-se o intuito do legislador ao estabelecer que as pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos contra a Administração Pública sejam responsabilizadas objetivamente, independente de dolo ou culpa. No entanto, merece críticas a responsabilidade solidária automática no que diz respeito às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas. Temos visto no Brasil diplomas legais e decisões judiciais que, com muita frequência e sem muito rigor metodológico, desrespeitam os princípios da responsabilidade limitada e separação patrimonial, com o propósito de desconsiderar a personalidade jurídica ou aplicar a responsabilização solidária ao grupo econômico, como é o caso do Direito do Trabalho,²⁴ do Direito do Consumidor²⁵ e do Direito Ambiental. O efeito cumulativo dessas medidas tem representado uma fonte de preocupação e um efetivo custo adicional de transação para estrangeiros investindo no Brasil, em especial em setores regulados e de infraestrutura, que dependem de envolvimento ou aprovação governamental.

22. *Anderson vs. Abbott*, 321 U.S. 233, 362 (1944), no seu original em inglês: “limited liability is the rule, not the exception; and on that assumption large undertakings are rested, vast enterprises are launched, and huge sums of capital attracted.”

23. EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Op. cit..

24. Conforme art. 2.º, § 2.º, da CLT.

25. Conforme art. 28 do CDC.

Com isso em mente, temos algumas sugestões de mudança para a Lei Anticorrupção Brasileira merece:

- A responsabilidade de controladores, controladas, coligadas ou consorciadas deveria ser subjetiva, na medida da culpabilidade de tais terceiros, levando-se em consideração o poder e influência na administração do negócio, o nível de diligência empregado, bem como a participação ou conhecimento (efetivo ou presumido) da prática de atos ilícitos. A responsabilidade objetiva de sociedades controladoras, controladas ou coligadas cria injustiças na medida em que pune de forma idêntica aqueles que tomaram condutas diligentes e adequadas, e aqueles que agiram com culpa ou dolo na prática de atos de corrupção;

- Dentro de um sistema de responsabilidade subjetiva baseada em culpa, poderia se cogitar a inversão do ônus da prova em favor das autoridades públicas, cabendo às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas provarem que (a) não tiveram envolvimento ou conhecimento da prática de atos ilícitos, (b) instituíram políticas internas e mecanismos de *compliance*; e (c) empregaram seus melhores esforços para prevenir tais atos. Argumenta-se, frequentemente, que a responsabilidade subjetiva clássica traz às autoridades públicas entraves na produção de provas no inquérito ou ação judicial que dificultam a caracterização da conduta culposa ou dolosa, impossibilitando assim sua responsabilização. Com a inversão do ônus da prova, tal entrave ficará a cargo das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas; e

- Não deveria haver responsabilidade solidária, mas sim subsidiária, para que se preserve a separação patrimonial das entidades com algum tipo de relação societária, atingindo o patrimônio de terceiros somente após exauridos o patrimônio da entidade em questão.

BIBLIOGRAFIA

- Anderson vs. Abbott*, 321 U.S. 233, 362 (1944),
- BROWN, H. Lowell. Parent-Subsidiary Liability Under the Foreign Corrupt Practices Act. 50 *Baylor L. Rev.* 1, 1998.
- Declaração do Presidente da SEC John S. R. Shad, Fed. Sec. L. Rep (CCH), 82,882, p. 84.
- Department of Justice, Foreign Corrupt Practices Act, p. 4.
- EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited Liability and the Corporation. 52. *University of Chicago Law Review* 89 (1985).
- Foreign Corrupt Practices Act, Pub. L. 95-213, §30A(a)3, 91 Stat., 1495-96 (1977).
- G20. The G20 Toronto Summit Declaration. 26 e 27 de junho de 2010. Disponível em: [www.g20.utoronto.ca/2010/to-communicate.html]. Acesso em: 21.10.2013.
- H.R. Conf. Rep. 95-831, p. 12 (1977).
- H.R. Conf. Rep. 100-576, p. 917.

NAÇÕES UNIDAS. Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC). Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean, 2011. Santiago, Chile: United Nations Publication, jun. 2012. Disponível em: [www.eclac.org]. Acesso em: 21.10.2013.

SEC Release 34-17500, 29.01.1981.

THE WORLD BANK. Doing Business Data. Disponível em: [www.doingbusiness.org/data/]. Acesso em: 15.05.2014.

_____. Doing Business Report 2014. Disponível em: [www.doingbusiness.org/rankings]. Acesso em: 15.05.2014.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perceptions Index 2013. Disponível em: [cpi.transparency.org/cpi2013/results/]. Acesso em: 15.05.2014.

WORLD ECONOMIC FORUM. The Global Competitiveness 2013-2014. Genebra, Suíça, 2013. Disponível em: [www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitiveness-Report_2013-14.pdf]. Acesso em: 15.05.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – RCP 10/211, Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa 4/915 (DTR\2009\35); e
- Questões atinentes à chamada lei anticorrupção, de Zanon de Paula Barros – ReDE 2/257 (DTR\2014\1434).