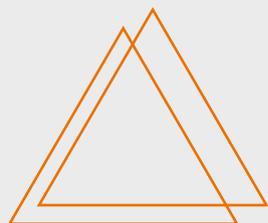




Fazendo negócios no Brasil:

Como funcionam as responsabilidades dos investidores e administradores em empresas brasileiras?



▶ INTRODUÇÃO	03
▶ VISÃO GERAL DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	04
▶ A RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA	05
▶ MEIOS DE PROTEÇÃO DO ADMINISTRADOR	09
▶ DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL	11
▶ O PAPEL E RESPONSABILIDADE DE INVESTIDORES ESTRANGEIROS	18
▶ REPRESENTANTE LEGAL DE SÓCIO/ACIONISTA ESTRANGEIRO	23
▶ REPRESENTANTE LEGAL DE DIRETOR ESTRANGEIRO	25
▶ REPRESENTANTE LEGAL DE CONSELHEIRO ESTRANGEIRO	26
▶ TIPOS DE SOCIETÁRIOS E SUAS RESPONSABILIDADE ESPECÍFICA	27
▶ CONSÓRCIO	31
▶ FILIAL DIRETA DE EMPRESA ESTRANGEIRA	32
▶ OS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS/FISCAIS DE EMPRESAS BRASILEIRAS	33
▶ A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E O COMPLIANCE	37
▶ RESPONSABILIDADE PENAL CORPORATIVA	39
▶ LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD	43
▶ NOTA DE AGRADECIMENTO	46

INTRODUÇÃO

O presente material foi elaborado com o objetivo de apoiar investidores e executivos estrangeiros no processo de sua internacionalização de investimento em empresas ou ativos brasileiros ou para aqueles que avaliam expandir seus negócios no Brasil em busca de implementação e desenvolvimento, fazendo com estes, expatriados ou não, superem e antecipem alguns desafios que enfrentarão ao chegar em um país onde a língua materna, as leis, a cultura e a administração local fogem ao seu padrão habitual.

O Brasil é um país que, historicamente, sempre atraiu uma massiva gama de investidores estrangeiros que buscam iniciar suas operações por aqui. As razões para isto são várias: políticas de mercado aberto, práticas comerciais sólidas, massiva quantidade de recursos naturais a serem explorados, cenário macroeconômico com relativa previsibilidade e estabilidade, dentre outras. Segundo o relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgado no primeiro semestre de 2024, dados revelam que o Brasil foi o segundo principal destino de Investimentos Estrangeiros Diretos (IED) global em 2023 que fizeram com que, independentemente da tendência global de queda com volume abaixo do momento pré-pandemia, ingressassem US\$ 64 bilhões no país no mesmo ano, volume só menor do que o recebido pelos Estados Unidos (US\$ 341 bilhões).

Dado este contexto, esse guia irá abordar os aspectos mais importantes e significativos sobre como nossa legislação pátria funciona na prática em relação à responsabilidade do papel dos investidores e administradores no âmbito das empresas brasileiras.

Esperamos que faça uma boa leitura!

04 VISÃO GERAL DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A tradição jurídica brasileira é relacionada ao marco do “Civil Law”, ou seja, nossa Constituição Federal é a lei considerada como suprema de nosso país, de modo que todas as outras leis e decisões judiciais devem estar em compatibilidade com ela.

O Brasil encontra-se organizado, política e administrativamente, como uma Federação, composta pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, todos possuindo competência para legislar sobre matérias específicas, conforme previstas na Constituição. O Governo Federal, a título exemplificativo, tem jurisdição exclusiva para legislar sobre corporações, regras de contratos, comércio, financiamentos, relações trabalhistas e procedimentos em propriedade intelectual, dentre outros.

As principais leis que permeiam a regulação das empresas estrangeiras para a legislação brasileira são basicamente:



a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, (também conhecida como “o Código Civil”);



a Lei das Sociedades por Ações



a Lei de Recuperação Judicial e Falências;

Normas específicas para cada estado e município podem surgir e serem regulados por órgãos públicos autônomos (ex: autarquias - entidades que prestam serviços sociais e que desempenhem atividades com prerrogativas públicas), desde que nunca contrários à Constituição Federal.



No Brasil, a responsabilidade atribuída a investidores, gestores, diretores e representantes legais das empresas brasileiras é um aspecto significativo no gerenciamento de riscos e, por consequência, na maneira de mitigá-los. Passemos, portanto, a análise de como o nosso ordenamento jurídico regulamenta o tema na prática no quesito de responsabilidade legal.

O Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02) tem como regra geral a responsabilidade subjetiva no âmbito de danos a terceiros. Mas o que isso significa?

‘Responsabilidade subjetiva’ é a responsabilidade que decorre de ilícitos praticados com ‘culpa’ ou ‘dolo’ (elementos de negligência, imprudência ou imperícia), sendo essa a regra geral. Dessa forma, somente mediante a apuração da ‘culpa’ ou ‘dolo’ do agente é que a responsabilidade será considerada subjetiva e, portanto, um pressuposto necessário do dano indenizável. A título comparativo, a responsabilidade objetiva ocorre quando alguém pode ser responsabilizado independente do ato culposo. O quadro comparativo abaixo relaciona essas diferenças sucintamente:

06 A RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA

	Responsabilidade Subjetiva	Responsabilidade Objetiva
Aplicação	Necessária a prova do dolo ou culpa	Independente de dolo ou culpa, apenas o nexo de causalidade entre o ato e o dano é suficiente.
Elementos	Negligência, imprudência ou imperícia	Causalidade entre dano e conduta.

De acordo com a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), há responsabilidade dos administradores de uma sociedade brasileira sempre que estes:



Agirem com culpa ou dolo no exercício de suas atribuições



Violarem a lei ou o estatuto da empresa. O ônus da prova, nesse caso, será a principal diferença entre eles pois, no primeiro cenário, será necessário comprovar dolo ou a culpa do administrador na prática do ato, enquanto no segundo cenário, o ato ilícito será sempre presumido. Caberá ao administrador, portanto, o ônus de provar as circunstâncias que retirem a sua responsabilidade no(s) ato(s) que gerou(aram) o(s) dano(s).

Em relação aos atos de sua gestão, entende-se que estes são aqueles os praticados e esperados pelos administradores:



Dentro do objeto social da empresa



Que obedeçam à lei e às regras do estatuto/contrato social da empresa



Que cumpram os deveres legais de diligência, confidencialidade, lealdade e informação.

Quando mencionamos o objeto social da empresa, é importante destacar que isso significa que os atos de gestão devem ter alguma relação com o que a empresa executa como atividade, ou seja, qualquer coisa que seja intrínseca ao propósito da organização de modo geral. Da mesma forma, os atos de gestão precisam estar em conformidade com o definido no Contrato Social da empresa, uma vez que não há sentido na tomada de decisões que contrariem o documento constitutivo da pessoa jurídica. Por fim, os atos de gestão precisam estar em conformidade com os princípios que regem não somente a empresa em questão, mas também com a legislação aplicável e ao contrato/estatuto social da empresa.

Podemos mencionar também, de forma breve, que o administrador possui outros deveres legais no âmbito de sua responsabilidade, quais sejam: os deveres de diligência, confidencialidade, lealdade e informação.

O primeiro, o dever de diligência, dispõe que o administrador da companhia deve empregar o cuidado e diligência com o mesmo empenho e probidade que aplica na administração de seus próprios negócios. Em suma, podemos definir como um dever que preza pelo cumprimento do dever de maneira cuidadosa e zelosa.

O dever de confidencialidade versa sobre o dever do administrador em guardar sigilo sobre informações da companhia que não tenham sido divulgadas para conhecimento do mercado, obtidas em razão do seu cargo e capazes de influenciar nos papéis/valores mobiliários da companhia.

Com relação ao dever de lealdade, este consiste no âmbito do administrador servir com lealdade à companhia, buscando sempre manter reserva sobre seus negócios, sendo vedado a ele usar oportunidades comerciais em benefício próprio, omitir-se da proteção de direitos da companhia em benefício próprio e adquirir bem necessário à companhia.

Por fim, o dever de informação traz a ideia de que o administrador tem o dever de prontamente divulgar todo e qualquer fato relevante relacionado com os negócios e o estado da companhia, deixando as informações relevantes à saúde da companhia às claras para todos que possam ter acesso a elas, principalmente nos casos de companhias registradas em bolsa de valores que se sujeitam às regras da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

08 A RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA

É interessante mencionar também que a legislação aborda também o dever do administrador de observar um possível conflito de interesses em suas ações. O conflito de interesses consiste em um administrador ser vedado de representar os interesses de uma companhia enquanto representa ou possui interesse em assunto que possa impactar na saúde dessa mesma companhia. Este não necessariamente está atrelado a extremos corporativos, mas pode também se manifestar em situações em que a companhia em que este administrador atua não pode ser correlacionada a outra por lei, ou por obrigação ou interesse social.

Registra-se que o administrador não pode garantir resultados necessariamente positivos advindos de sua gestão (também conhecido como “obrigação de resultado”), de modo que existe uma margem discricionária em que ele pode decidir e atuar em prol de seu papel e responsabilidade, mas devendo sempre representar os interesses sociais da empresa. Tal autonomia é bastante importante para que os administradores não sejam eventualmente responsabilizados quando decisões estratégicas resultem em eventuais prejuízos para a empresa e permitam a ele atuar discricionariamente visando atingir os objetivos propostos da organização.

Com relação a esse tema, a decisão sobre um ato de gestão do papel do administrador ser considerado lícito ou não acaba sendo um trabalho relativamente subjetivo. Buscando torná-lo mais objetivo, nossa doutrina adotou a teoria do Business Judgement Rule (“Regra de Julgamento de Negócios”) - que prevê alguns critérios para que um ato de gestão seja considerado efetivamente lícito, quais sejam:



Um ato realizado de boa-fé



Sem conflito de interesses



Devidamente relatado/
reportado aos acionistas da empresa

Ainda de acordo com essa doutrina, se preenchidos adequadamente os critérios acima, os administradores não deverão ser responsabilizados pelas dívidas da empresa, sendo este um ponto relevante quando se discute no âmbito do mérito de ações judiciais em que administradores estejam envolvidos.

09 MEIOS DE PROTEÇÃO DO ADMINISTRADOR

Nesse sentido, recomenda-se que o administrador de uma entidade brasileira procure em sua jornada assegurar-se que os poderes de sua gestão estejam sempre prévia e expressamente definidos no Contrato/Estatuto Social da sociedade, tendo pleno conhecimento e extensão de suas responsabilidades do que se espera de seu papel de fidúcia em suas respectivas decisões gerenciais do negócio em prol do interesse dos acionistas.



MEIOS DE PROTEÇÃO DO ADMINISTRADOR

Além de se socorrer aos meios legais de composição de conflitos em âmbito extra ou judicial ante os tribunais brasileiros (falaremos sobre este tema em um capítulo próprio abaixo), o administrador de uma empresa brasileira pode se resguardar de eventuais problemas ou litígios que possam vir a ocorrer no âmbito de sua atuação.

Dentre os meios de proteção habitualmente mais utilizados no Brasil, podemos destacar uma figura garantidora presente em contratos internacionais e que visa atestar a proteção do patrimônio físico do administrador, também conhecido como D&O (“Directors and Officers Insurance” ou, simplesmente, “Seguro de Diretores e Conselheiros”).

10 MEIOS DE PROTEÇÃO DO ADMINISTRADOR

Não é novidade que diretores e conselheiros de empresas podem ser responsabilizados pela prática de seus atos de gestão a nível mundial, em linha com a legislação societária e empresarial de cada país. Para tanto, o seguro D&O busca resguardar o patrimônio individual do administrador, garantindo a cobertura em eventual não é novidade que diretores e conselheiros de empresas podem ser responsabilizados pela prática de seus atos de gestão a nível mundial, em linha com a legislação societária e empresarial de cada país.

Para tanto, o seguro D&O busca resguardar o patrimônio individual do administrador, garantindo a cobertura em eventual disputa judicial ou de uma iminente desconsideração da personalidade jurídica que possa afetá-lo. No Brasil, os sinistros mais comuns para esse tipo de seguro decorrem de processos tributários e trabalhistas, já que estes muitas vezes se utilizam da desconsideração da personalidade jurídica para a ocorrência de penhoras em nome dos administradores de empresas.

O D&O pode ser visto como um método de gerenciamento de riscos, uma vez que evita a exposição de seus gestores e respalda financeiramente as possíveis perdas que possam ocorrer nesse processo. Além disso, torna-se um grande aliado reputacional da organização, vez que demonstra que a empresa se preocupa com a saúde financeira de sua administração e busca mitigar quaisquer riscos atrelados à sua função.

Outro instituto, de viés contratual, é a chamada Comfort Letter, acordo assinado entre as partes (empresa e administrador) para garantir que a matriz estrangeira agirá com responsabilidade e indenizará seu administrador/representante legal (falaremos deste importante papel neste material) em caso de qualquer interferência na sua reputação, em nome ou em seu patrimônio, seja auxiliando em demandas judiciais ou até mesmo se responsabilizando por eventuais pagamentos de multas ou dívidas, evitando assim a exposição do patrimônio pessoal do administrador, desde que este não tenha agido com dolo ou culpa na prática de seus atos de gestão.

A exposição do patrimônio pessoal do administrador está prevista nos artigos 50 do Código Civil e no §5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, tornando possível a desconsideração da personalidade jurídica para atingir seus bens particulares ou mesmo do sócio cotista que exerça cargo de direção na empresa.

11 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

Desta forma, qualquer mecanismo que vise proteger o patrimônio do administrador é extremamente comum e bem-visto em negociações, principalmente aquelas que envolvam a temática de representações legais para empresas estrangeiras no Brasil.



DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

Considerando a eventual exposição do patrimônio da pessoa física do administrador, é recomendada a adoção de algumas medidas preventivas para reduzir o risco de sua responsabilidade por seus respectivos atos de gestão ordinários em detrimento da empresa.

Como regra geral, do ponto de vista de responsabilidade de natureza cível por atos ilícitos que resultem em eventuais dívidas contra terceiros, estes devem sempre recair primeiramente na empresa e, caso ela permaneça na condição de devedora, os credores terão legitimidade para solicitar a penhora do patrimônio da empresa com um montante suficiente para quitar os seus débitos. Logo, em um primeiro momento, sócios e administradores (enquanto pessoas físicas) não respondem/devem responder pelas dívidas da pessoa jurídica.

12 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

Segundo nossa Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), instituída no final de 2019, reconheceu-se formalmente a autonomia do patrimônio da empresa, servindo esta como um instrumento jurídico cujo objetivo é fomentar os empreendimentos e suas consequências positivas (geração de empregos, aquecimento da economia, geração de receita tributária etc.).

Contudo, a sensação de autonomia corporativa passou a ser utilizada (e às vezes confundida) por investidores e empresários para fraudar credores e enriquecer-se de forma ilícita, deixando as empresas sem patrimônio suficiente para honrar suas dívidas, surgindo assim a necessidade de proteção legal aos credores por meio de um instituto conhecido no direito brasileiro como 'desconsideração da personalidade jurídica'.

A desconsideração da personalidade jurídica é o nome dado ao fenômeno judicial que "retira" essa característica, permitindo que os credores da empresa alcancem diretamente as pessoas físicas envolvidas e seus respectivos bens, neste caso os sócios/acionistas e administradores nos casos expressamente previstos em lei.

De modo geral, a desconsideração da personalidade jurídica busca alcançar apenas os bens dos acionistas, sócios e administradores que participaram do ato ilícito ou da fraude/ato fraudulento em questão. Caso a conduta não possa ser individualizada por qualquer um destes, poderão então recair sobre o patrimônio de todos os administradores, independentemente do seu envolvimento efetivo na causa.

A lei autoriza a desconsideração da personalidade jurídica em casos estritamente excepcionais. Esse instituto foi instituído legalmente em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), sendo introduzida em 2002, com o Novo Código Civil, a regra geral para a sua aplicação. A primeira foi chamada de 'Teoria Menor' da Desconsideração da Personalidade Jurídica e a segunda de 'Teoria Maior'. Vejamos as principais diferenças entre elas:

Teoria Maior: A comprovação do uso disfuncional da personalidade jurídica é necessária. Para essa teoria, necessário ficar comprovado que os acionistas/sócios ou administradores cometeram abuso de direito, realizaram desvio de finalidade ou causaram confusão patrimonial (misturando-se os bens/direitos da pessoa física com a pessoa jurídica) objetivando desviar o patrimônio da empresa para fraudar os credores.

13 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

ABUSO DE DIREITO	DESVIO DE FINALIDADE	CONFUSÃO PATRIMONIAL
Uso da sociedade para praticar atos ilegais, fraudulentos ou abusivos e/ou violar o Contrato Social. Em outras palavras, ultrapassar os limites da boa-fé empresarial.	Utilização irregular da pessoa jurídica para fins distintos dos quais a empresa foi criada, buscando fraudar credores e praticar ilícitos.	O patrimônio líquido e outras obrigações dos acionistas e da empresa são conectados de tal maneira que se torna difícil ou até mesmo impossível distinguir ambos.

Importante registrar que também caberá ao credor a necessidade de comprovar que a empresa foi utilizada como um meio e de forma fraudulenta através de evidências concretas e reconhecidas.

Teoria Menor: A insuficiência de patrimônio seria um simples motivo suficiente para desconsiderar a personalidade jurídica para esta teoria, sendo esta uma medida mais severa e, portanto, aplicável em circunstâncias mais excepcionais.

A ideia desta teoria vai no sentido de que o risco empresarial não pode ser assumido por terceiros, mas sim tão somente por acionistas/sócios e administradores da pessoa jurídica, ainda que não existam indícios de conduta negligente ou de má-fé de suas respectivas partes.

Entendemos ser importante que o investidor estrangeiro entenda que a Teoria Menor é habitualmente aplicada nos casos em que a autonomia da empresa impede a indenização dos danos causados pela pessoa jurídica. Nesse sentido, vemos que a 'Teoria Menor' é abordada na legislação brasileira habitualmente nos seguintes casos:

Legislação Consumerista: o artigo 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor prevê que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Falaremos mais sobre a relação consumerista a seguir.

Legislação Ambiental: O artigo 4º da Lei 9.605/98 dispõe que “podará ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Legislação Trabalhista: A jurisprudência trabalhista entende que, como regra geral, o empregado é economicamente desfavorecido face a empresa (“hipossuficiente”), não podendo assumir os riscos de seu empregador. Quando a empresa não possui patrimônio suficiente para adimplir as dívidas trabalhistas, respondem os acionistas, sócios e até em alguns casos os administradores perante a dívida. Falaremos mais sobre esse fenômeno mais à frente sobre responsabilidade trabalhista.

Responsabilidade na Relação Consumerista

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) traz a premissa máxima de que o consumidor é sempre o elo mais fraco da relação de consumo, merecendo este maior amparo legal. Um exemplo disso é a flexibilização da desconsideração da personalidade jurídica em demandas que envolvam relações de consumo. A lei, já descrita acima, é enfática ao dizer que a desconsideração pode ser aplicada se é este o fator que está prejudicando a indenização do consumidor.

Quando de um investimento de sócios/acionistas estrangeiros, é natural que esse dispositivo acabe expondo o patrimônio dos representantes legais, por exemplo, já que são eles que lidam diretamente com os consumidores por conta de sua operação no Brasil. Um bom trabalho preventivo de governança e de customer service que investigue e mitigue quaisquer problemas relacionados aos consumidores podem ser fatores que podem minimizar ou até mesmo extinguir o risco de responsabilidade nas relações consumeristas.

Responsabilidade Ambiental

O Brasil é mundialmente conhecido por possuir atributos geográficos e naturais em escala continental, sendo seu território coberto por ecossistemas e biomas de grandeza incalculável. Diante disto, preocupar-se com o meio ambiente e adotar posturas de responsabilidade ambiental merecem atenção tranto dos investidores estrangeiros como do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal prevê sanções penais e/ou administrativas para toda pessoa física ou jurídica que realizar qualquer tipo de dano ambiental ao país, devendo esta pessoa ser responsável pela reparação dos danos.

15 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

No Brasil, todos os entes federativos possuem competência para legislar sobre direito ambiental. Desta forma, os investidores que buscam iniciar suas atividades no Brasil precisam levar em consideração o fato de que as normas ambientais podem variar conforme a localidade em que a atividade será realizada, e que também devem estar atentos a todas as nuances legislativas sobre o tema.

A responsabilidade civil sobre danos ambientais no Brasil é considerada objetiva, solidária e integral, não importando o tipo societário atribuído à empresa. Sempre que o meio ambiente for degradado de qualquer forma, a reparação deve ser preferencialmente in natura em vez de reparação financeira/multa – o que não isenta a empresa de eventualmente ser condenada com sanções pecuniárias. Para essa disposição foi dada o nome de “princípio do poluidor pagador”, uma vez que quem “polui” é responsável por “pagar” o preço.

A responsabilidade ambiental decorre principalmente do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, sendo solidários:

- 1 Os que efetivamente causaram o dano;
- 2 Aqueles inertes ao dano, ou seja, que não atuaram para evitá-lo;
- 3 Os que não se importarem em outros causarem o dano;
- 4 aqueles que realizaram pagamentos para ocasionar o dano;
- 5 Os que se beneficiarem do dano causado por outros, a qualquer título.

Verifica-se então que o leque de responsabilidade ambiental é bem extenso quando observamos o rol de atribuições, ou seja, quando tratamos de proteção ambiental, todos podem ser responsabilizados, ainda que não tenham atuado diretamente no dano em questão.

Por fim, cabe ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica é plenamente aplicável caso a pessoa jurídica não possua patrimônio para reparar o dano ambiental, independentemente o de culpa ou dolo do agente.

16 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

Verifica-se então que o leque de responsabilidade ambiental é bem extenso quando observamos o rol de atribuições, ou seja, quando tratamos de proteção ambiental, todos podem ser responsabilizados, ainda que não tenham atuado diretamente no dano em questão.

Por fim, cabe ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica é plenamente aplicável caso a pessoa jurídica não possua patrimônio para reparar o dano ambiental, independentemente o de culpa ou dolo do agente.

Além da responsabilidade civil (decorrente das Teorias acima abordadas), existem também as sanções administrativas, que podem incluir:

- 1 Advertência formal;
- 2 Multa única ou simples;
- 3 Multa intercorrente (diária);
- 4 Apreensão de equipamentos utilizados como meio para a infração legal, além de instrumentos, insumos, entre outros produtos;
- 5 Suspensão das operações de fabricação e das vendas dos produtos/serviços;
- 6 Interrupção total ou parcial da atividade;
- 7 Destruição (em caso de organizações que operem com produtos).

A legislação brasileira prevê também a responsabilidade criminal no Direito Ambiental para a pessoa jurídica, sendo nosso país um dos pioneiros no tema. Trataremos melhor sobre esse tema em capítulo oportuno.

Responsabilidade Trabalhista

Por Fernando A. Prado (BFAP Advogados)



Fernando A. Prado (BFAP Advogados)

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) é a legislação reguladora dos direitos trabalhistas no Brasil.

Segundo as contribuições do advogado Fernando Almeida Prado, sócio fundador do Barros Filho e Almeida Prado Advogados, “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto no artigo 855-A da CLT, ou seja, a responsabilidade trabalhista também pode atingir o administrador/diretor em situações específicas definidas no referido artigo e no Código de Processo Civil. A jurisprudência, contudo, tem demonstrado que os juízes estão, na prática, desconsiderando a personalidade jurídica independentemente do cumprimento dos requisitos legais para tal.

O entendimento majoritário da justiça do trabalho é no sentido de que os acionistas, sócios e representantes legais respondem por dívidas da empresa se esta não possuir ativos suficientes, ainda que não haja evidências específicas de fraude, abuso de direitos ou negligência. A visão do Poder Judiciário é que o não pagamento de dívidas trabalhistas é uma fraude ou abuso de direito por si só, independente de dolo.

Assim sendo, a Justiça entende majoritariamente que o empregado não pode arcar com os riscos do empreendimento e, por consequência, responsabilizam de forma solidária os acionistas/sócios e até mesmo os administradores e representantes legais pelas dívidas trabalhistas deixadas pela empresa.

É recomendado, então, que a empresa opere em conformidade com a legislação trabalhista e que se resguarde com mecanismos protetionistas (contratação de um D&O, por exemplo) para eventuais questões dessa natureza que possam surgir, mitigando assim os riscos para o corpo societário da empresa.”

Responsabilidade Fiscal

O Sistema Tributário Brasileiro é conhecido por sua complexidade, uma vez que a legislação tributária é diversificada e possui várias normas especiais. O Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172/1966, é a lei que rege esse sistema, em conjunto com a Constituição Federal e as legislações tributárias estaduais e municipais. Levando essa complexidade em consideração e, considerando que a legislação se recorta em todos os níveis de governo – Federal, Estadual e Municipal, é importante que as empresas realizem um bom planejamento tributário para criar o melhor ambiente para que ela possa operar no Brasil com uma segurança fiscal compatível.

Um bom *tax planning* auxiliará a empresa no sentido de minimizar a cobrança de tributos – seja através da utilização de eventuais benefícios e/ou isenções fiscais ou de um bom cumprimento de obrigações acessórias, além de também evitar que ocorram cobranças indevidas ou incorretas.

A responsabilidade tributária está prevista no artigo 134 do CTN e elenca as pessoas que são responsabilizadas na forma solidária pelo pagamento de tributos.

Nesse sentido, a Teoria Maior é aplicada, sendo um entendimento pacífico da jurisprudência, uma vez que a gestão ou administração da empresa não torna essas pessoas responsáveis pelos débitos fiscais desta empresa salvo em casos em que esses indivíduos extrapolam ou violam seus poderes estabelecidos pelo Contrato/Estatuto Social da empresa.



Tão importante quanto entender as responsabilidades legais envolvidas de um investidor e administrador no âmbito da investida brasileira é entender a figura do representante legal e sua devida importância enquanto obrigatoriedade para sua operação no Brasil.

A legislação societária brasileira conceitua o papel do representante legal como o indivíduo que possui poderes para atuar e agir conforme os interesses de um sócio/acionista ou até mesmo de seus diretores e/ou conselheiros estrangeiros, com poderes determinados em lei ou em instrumentos particulares (contrato/ estatuto social, procuração ou acordos).

Podem ser considerados representantes legais, para fins de nossa legislação, as pessoas físicas, brasileiras ou estrangeiras, desde que residentes de forma permanentes no Brasil e que de fato recebam os poderes legais (ou contratuais) para a prática de atos dos negócios em nome de acionistas/investidores e/ou diretores e conselheiros estrangeiros.

20 O PAPEL E RESPONSABILIDADE DE INVESTIDORES ESTRANGEIROS

Independentemente do tipo societário escolhido pelo investidor, uma empresa ou sócio estrangeiro que deseje operar suas atividades no Brasil irá necessitar, obrigatoriamente de, no mínimo, um representante legal residente no Brasil com poderes expressos para receber citações e intimações judiciais em razão de exigências expressas da Lei das Sociedades por Ações (art. 119) e Código Civil brasileiro (art. 1138), além de praticar atos em seu nome (i.e. comparecer, votar e aprovar matérias em assembleias).

Investidores estrangeiros que decidam nomear um representante legal no Brasil precisam entender a amplitude dos riscos e todas as responsabilidades envolvidas, uma vez que a posição de representante legal pode ser sensível para ambas as partes, tanto para a empresa em solo brasileiro (que será representada por um agente que poderá tomar e aprovar as principais decisões da companhia) como para a figura da pessoa física do representante que a representará ante todos os órgãos públicos aplicáveis brasileiros e que poderá ser envolvido no âmbito de processos de natureza administrativa ou judicial.

Os representantes legais, em razão de suas funções enquanto procuradores, possuem uma responsabilidade legal relevante em seu nome, sendo então altamente recomendável que investidores estrangeiros:



Nomeiem alguém de sua extrema confiança para atuar em seu nome (“country manager” local)

ou



Contratem uma organização profissional com estrutura compatível, reputação e gestão de compliance ilibada para se realizar um acompanhamento preciso dessa interação no dia a dia dos negócios da companhia. Do contrário esse representante pode se tornar um empecilho nas operações brasileiras.

21 O PAPEL E RESPONSABILIDADE DE INVESTIDORES ESTRANGEIROS

Identifica-se que, na prática, os representantes legais, em alguns casos, são infelizmente envolvidos em circunstâncias que confundem o papel de sua pessoa física ante o papel da pessoa jurídica e acabam podendo responder, às vezes equivocadamente, em situações das quais não são responsáveis/não deram causa e que não tiveram qualquer participação ou interferência, inclusive com seu patrimônio próprio.

Especificamente com relação ao ponto (ii) do parágrafo acima, existem no Brasil organizações que oferecem serviços de representação legal (tanto para sócios/investidores, como diretores e conselheiros estrangeiros), trazendo maior confiança e profissionalismo para a função, mitigando a eventual complicação de escolha personalíssima (e talvez mais custosa) de indicação de um executivo e/ou um country manager local. Esse mercado é composto em grande maioria por empresas de outsourcing, apoio paralegal, contábil e até mesmo de escritórios de advocacia (usualmente de menor porte).

O leque de atuação dessas empresas envolve, dentre outras atribuições, a de representar a companhia ante as autoridades públicas locais, assinatura de documentos em nome da empresa e, em muitos casos, atuação para que seja garantido que os atos ordinários e formais da empresa ocorram da maneira esperada e de acordo com a legislação societária brasileira. Logo, usualmente, não cabe a esse perfil de profissionais a prática de atos de gestão propriamente dita (condução dos negócios da companhia envolvendo tomadas de decisão).

Um bom caminho para o investidor estrangeiro poderá ser no sentido de trabalhar com empresas que prestam assessoria de natureza paralegal, vez que estão comumente habituadas com a desburocratização de processos empresariais e societários ante órgãos públicos brasileiros, o que traz um respaldo extra ao investidor para viabilizar a contratação de um serviço mais especializado e de excelência para a sua operacionalização no Brasil. Recomenda-se que este adote cautela ao decidir por sua contratação e busque preferencialmente empresas e profissionais que adotem em seus processos gestão de governança e compliance e as melhores práticas advindas da Lei Anticorrupção Brasileira (falaremos melhor dela sucintamente ao final deste material).

Uma das razões para a implementação de medidas protetivas em favor do representante legal se dá pelo fato de, entre outras razões, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica poder afetar também a pessoa física dos respectivos representantes, atingindo, conseqüentemente, seus patrimônios pessoais. Não raras vezes, a jurisprudência brasileira tem decidido em favor dos credores, faltando, não raras vezes, um olhar atento ao papel que o representante legal do investidor estrangeiro deveria ter a nível de sua responsabilidade – e não estendendo que estes devem, automaticamente, responder pelos débitos da sociedade estrangeira, como acabam na prática fazendo. Na maioria dos casos, trata-se de dívidas de natureza trabalhistas, débitos tributários, demandas consumeristas que em nada se relacionam com o papel do representante legal em si, mas que por mera relação de um simples instrumento de procuração, como abaixo mais bem explicado, e/ou até mesmo contratual, acabam os atingindo e responsabilizando.

Em nosso entendimento, deve-se levar em consideração que o representante legal, principalmente quando nomeado através da contratação de um serviço profissional, possui uma responsabilidade relativa, ou seja, caso não tenha agido com dolo, culpa ou má-fé, não possui responsabilidade além do que foi efetivamente contratado (no âmbito do contrato de sua prestação de serviços) e, tampouco, além dos limites que a procuração e/ou os instrumentos constitutivos da empresa brasileira lhe permitem. Infelizmente, a jurisprudência brasileira ainda é leviana ao considerar que, mesmo o representante sendo mero ‘instrumento’ para a operacionalização da companhia no país, este deveria arcar com eventuais danos e contingências que essa companhia possa vir a enfrentar, o que coloca em xeque a segurança jurídica deste segmento de mercado profissional.

Um case recente sobre o assunto acima envolveu a decretação de prisão de uma representante legal por um ministro de nosso Supremo Tribunal Federal no âmbito de uma grande e conhecida rede social. A nosso ver, a representante legal nomeada sequer participava das decisões gerenciais da companhia e só cumpria requisitos formais exigidos pela legislação societária, de modo que não fazia nenhum sentido sua responsabilização.

23 O PAPEL E RESPONSABILIDADE DE INVESTIDORES ESTRANGEIROS

Ainda sobre esse tema, é comum vermos uma atribuição errônea da figura do representante legal por nossos agentes públicos como sendo um “laranja” - terminologia popular para designar alguém que realiza intermediações fraudulentas utilizando seu nome, informações bancárias e afins, para proteger alguém ou alguma empresa. Vejamos: o racional legal decorre da própria legislação societária e o Código Civil que trazem a necessidade da figura do representante legal, de modo que não se deve confundir estes conceitos.

Entendemos aqui que a figura de legitimidade do representante legal existe justamente para garantir o contrário - que nenhuma operação da companhia em solo brasileiro seja realizada de forma fraudulenta, uma vez que o representante existe para garantir a conformidade com a lei em todos os processos – inclusive diante de órgãos públicos. Ao contrário do “laranja”, o papel do representante legal recebe poderes oficiais e de fidúcia da empresa estrangeira para operar em seu nome, sendo seus poderes totalmente limitados pelo escopo do contratado e pela procuração com poderes expressos a ele outorgada.

Por todo acima exposto, recomenda-se que se avalie com bastante zelo o critério de escolha de nomeação de um representante legal, tornando assim o caminho e jornada do(s) investidor(es) estrangeiro(s) mais leve e profissional.

Por fim e, conforme determina nosso Código Civil, o mandato do representante legal é exercido quando este recebe poderes para praticar atos e administrar os interesses de outrem, sendo o instrumento de procuração o documento que formaliza essa relação para que os sócios e investidores mantenham o controle e gestão sobre suas as decisões, também conhecido como “PoA” (“Power of Attorney”), sem prejuízo dos poderes e limites a serem adequadamente previstos no âmbito dos documentos societários da empresas tais como o contrato/estatuto social, regulamentos internos, acordos de sócios ou outros documentos corporativos aplicáveis. Por se tratar de um documento estrangeiro, nossa legislação obriga que este documento, para que produza seus regulares efeitos no Brasil, seja previamente apostilado no país de origem e traduzido de forma juramentada no Brasil.

24 REPRESENTANTE LEGAL DE SÓCIO/ACIONISTA ESTRANGEIRO

A seguir falaremos mais a respeito do papel do representante legal de três classes de governança, todos igualmente previstos em nossa legislação:

- 1 De um sócio/acionista estrangeiro
- 2 De um diretor estrangeiro;
- 3 De um conselheiro estrangeiro.



REPRESENTANTE LEGAL DE SÓCIO/ ACIONISTA ESTRANGEIRO

A figura do representante legal como acima visto é vinculada à pessoa física cujo papel principal é a de atuar em nome da empresa estrangeira, na forma de seus acionistas/sócios da sociedade brasileira, para que este possa praticar atos societários (ex: comparecer, votar e aprovar deliberações em seu nome) e representar a empresa junto a órgãos e autoridades públicas.

A lei das Sociedades por Ações determina ainda que as sociedades estrangeiras (ou seja, a acionista da empresa no Brasil) devem indicar um representante legal para que este as represente em território nacional, lhe conferindo poderes para receber citações em seu nome.

25 REPRESENTANTE LEGAL DE DIRETOR ESTRANGEIRO

Na prática, é bastante comum que a procuração normalmente inclua outros poderes além do poder para recebimento de citações, tais como: comparecer a assembleias, reuniões ou demais atos societários, subscrever, alienar, adquirir ou transferir ações ou quotas e exercer demais direitos inerentes à condição de acionista ou sócio da empresa brasileira.

Sem prejuízo às atribuições acima mencionadas, muitos procuradores também podem receber outros poderes conforme a necessidade da empresa estrangeira, uma vez que determinados trâmites burocráticos ou do dia a dia da operação de suas atividades no Brasil demandem a presença de um representante legal para tal, poderes esses não expressos em lei, mas relevantes para o exercício das atividades empresariais. São exemplos: abertura de contas em bancos, representação e assinatura em contratos de compra e venda, assinatura de contratos em nome da empresa, dentre outros.



A legislação brasileira determina que quando uma empresa se constitui, o Contrato/Estatuto Social deve indicar expressamente um administrador ou diretor, obrigatoriamente pessoa física, seja nacional ou estrangeiro, para representar a empresa, para todos os fins de direito.

26 REPRESENTANTE LEGAL DE CONSELHEIRO ESTRANGEIRO

Até 2021, a legislação societária determinava que o diretor da empresa deveria obrigatoriamente residir no Brasil. Com a chegada da Lei de Liberdade Econômica que entrou em vigor com o objetivo de facilitar a abertura de empresas no Brasil, passou-se a permitir que residentes no exterior pudessem ser nomeados diretores de empresas brasileiras, desde que possuíssem um procurador residente no Brasil, devendo este ter poderes de representação ativos de ao menos 3 (três) anos e, com relação a procuração outorgada, que esta incluía os mesmos poderes de recebimento de citações em nome do respectivo diretor estrangeiro.

Na prática, sua função não se confunde com a de um acionista estrangeiro (que, em palavras simples, do aspecto de governança, é de fato o “dono” da empresa), mas que acaba se confundindo quando o acionista estrangeiro, ora representado por um representante legal, coincide com a mesma pessoa de seu diretor (que, do aspecto de governança, possui a função de simplesmente administrar e executar as decisões oriundas do acionista).



REPRESENTANTE LEGAL DE CONSELHEIRO ESTRANGEIRO

O §2º do artigo 146 da Lei das S.A. dispõe que um conselheiro estrangeiro também seja representado por um representante residente no país.

27 TIPOS SOCIETÁRIOS E SUAS RESPONSABILIDADES ESPECÍFICAS

Segundo nossa jurisprudência majoritária, os conselheiros estrangeiros de sociedades estrangeiras têm responsabilidades semelhantes às dos administradores de empresas brasileiras. Em caso de abuso da personalidade, os conselheiros estrangeiros respondem pelos prejuízos decorrentes da sua atuação.

De igual forma, entendemos que o representante legal não tem poderes absolutos, mas tão somente aqueles definidos pela legislação, instrumento de procuração e/ou do contrato/estatuto social. Assumindo-se que o representante legal também não age em nome próprio, mas sempre no interesse da entidade representada, sua responsabilidade é bastante relativa e deve ser equilibrada na linha de raciocínio acima abordada.



Dentre os formatos societários permitidos pela legislação brasileira, existem dois que são os mais comumente escolhidos pelos investidores estrangeiros para iniciarem suas atividades no país: as chamadas Sociedades Limitadas ou “LTDA’s” e as Sociedades Anônimas (também chamadas de sociedades por ações ou, simplesmente, “S.A.s”).

Existem, naturalmente, outros tipos societários que podem ser viabilizados de acordo com a atividade e porte pretendido pelo investidor, tais como os consórcios de empresas – muito utilizados atualmente em estruturas de geração distribuída de energia, além da possibilidade de abertura de filial direta de empresa estrangeira, construção relativamente pouco frequente em nossa prática.

Como regra geral, os acionistas/sócios de uma empresa podem ter responsabilidades ilimitadas ou limitadas, além de conferir direitos mais rígidos ou flexíveis à sua estrutura de governança a depender do formato societário escolhido para operar no país. Dessa maneira, é importante compreender os limites e responsabilidades das empresas brasileiras e de seu corpo de gestão, respectivamente, que foram sucintamente abordados abaixo.

Empresas de Responsabilidade Limitada

A forma societária mais comum e utilizada no Brasil é a Sociedade Limitada (“Ltda.”). Esse tipo societário é regido pelo Código Civil e, de forma subsidiária, pela lei das Sociedades Anônimas.

Normalmente, a preferência pela escolha de uma sociedade limitada se dá por alguns aspectos que trazem mais praticidade e segurança, sendo eles:

- 1 Maior rigidez na cessão e transferência de quotas sociais (sempre formalizada por todos os sócios mediante celebração de um contrato específico);
- 2 A não obrigação de publicação das demonstrações financeiras no encerramento de cada exercício social;

- 3 A não obrigação legal de distribuição de lucros;
- 4 Limitações mais flexíveis nas responsabilidades do sócio e confidencialidade para os negócios das empresas.

Em 2019, um avanço importante em nossa legislação local decorrente da Lei de Liberdade Econômica envolveu a permissão de que todas as sociedades deste tipo societário fossem constituídas por apenas um único sócio em seu quadro, contrariando a antiga regra que exigia a existência de ao menos dois deles.

Registra-se que tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem ser sócios de uma sociedade limitada, podendo residir ou não no Brasil. Porém, é importante ressaltar que sócios não residentes no Brasil precisam ser representados por um representante legal ou procurador brasileiro residente no país, com poderes específicos para receber citações em nome do(a) sócio(a) e/ou sociedade estrangeiro(a). Falaremos melhor deste importante papel em um capítulo próprio abaixo.

No âmbito de uma sociedade limitada, os sócios são solidariamente responsáveis pela integralização do capital social, sendo a responsabilidade de cada um deles restrita ao valor de sua participação (*equity*) que detém nela.

As sociedades limitadas podem optar, grosso modo, por três tipos de regimes fiscais: Simples Nacional, Lucro Presumido ou Lucro Real. Explicaremos a diferença entre os três regimes em breve.

Sociedades Anônimas (ou Sociedades Por Ações)

As sociedades por ações (“S.A.s”) são regidas pela Lei nº 6.404/1976 (Lei de S.A.s) e podem ser definidas objetivamente como corporações com objetivo de obter lucros a serem distribuídos para os acionistas no formato de dividendos ou juros sobre capital próprio - um outro mecanismo alternativo utilizado pelas empresas para remunerar seus acionistas com vantagens tributárias tanto para as organizações quanto para seus investidores.

30 TIPOS SOCIETÁRIOS E SUAS RESPONSABILIDADES ESPECÍFICAS

No Brasil existem basicamente dois tipos de sociedades anônimas: (a) as de capital aberto, que realizam ofertas públicas e subscrições de suas respectivas ações em bolsa de valores ou mercado de balcão para levantar capital (sendo reguladas e fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários – a CVM) e; (b) as de capital fechado, cujo capital levantado é realizado por seus acionistas privados ou investidores, não negociando suas ações em ambiente público.

Nas sociedades anônimas, os títulos denominados ações formam e determinam o patrimônio desta corporação. Resumidamente, existem três tipos de ações: as preferenciais, ordinárias (também chamadas de ‘comuns’) ou de fruição. As ações preferenciais conferem direitos especiais ao titular das ações, inclusive os de suprimir ou restringir direito de voto, enquanto as ordinárias conferem apenas direito de voto aos titulares. As ações de fruição, por outro lado, resultam da amortização das ações ordinárias ou preferenciais e consistem em ações que conferem ao titular participação nos dividendos e no acervo, voto e/ou preferência de aquisição de novas ações. Não traduz uma parcela do capital social da companhia pois é resultado do processo de amortização, ou seja, são ações em que o acionista já recebeu o valor que receberia em caso de liquidação da companhia, continuando a usufruir das vantagens e direitos da ação (dividendos e direito de voto, por exemplo). Esse formato caiu em desuso, não sendo muito utilizado pelas sociedades por ações atualmente.

Ainda sobre a legislação das S.A.s, é necessário ressaltar alguns pontos importantes, além de outros direitos previstos. São eles:

- 1** Uma vez integralizado o capital, a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de suas ações subscritas ou adquiridas (art 1º da Lei 6.404 – Lei das S.A.s);
- 2** Proteção dos acionistas minoritários em relação a decisões dos acionistas majoritários (ex: possibilidade de eleição de conselheiros por meio do direito de voto múltiplo);
- 3** Maior acesso a financiamentos externos através do mercado de capitais, mediante a emissão de títulos de dívida (i.e debêntures);

31 CONSÓRCIO

Do ponto de vista fiscal, sociedades por ações podem optar pelos regimes do Lucro Real e Lucro presumido, salvo em casos específicos em que a sociedade precisa necessariamente adotar o regime do Lucro Real (ex: instituições financeiras). Explicaremos esses regimes e suas particularidades em breve.

Abaixo uma breve tabela que demonstra as principais diferenças entre a sociedade limitada e as sociedades por ações:

Característica	Ltda	S.A
Nome do Investidor	Sócio	Acionista
Nº mínimo de investidor	1 ou mais	2 ou mais
Nº mínimo de sócios	Dividido em quotas	Dividido em ações
Capital Social	Limitada ao valor de suas quotas.	Limitada ao preço de emissão das ações
Responsabilidade dos sócios	Limitada ao valor de suas quotas.	Limitada ao preço de emissão das ações
Gestão	Geralmente mais simples, formada por uma administração que pode cumular a função de sócio ou não. Pode ter estrutura de conselho de administração, mas é muito pouco usual.	Geralmente possui uma governança mais arrojada (diretoria independente, conselho de administração estruturado).
Investimento	Não há exigência de capital social mínimo	Não há exigência de capital mínimo, mas, quando formado em espécie, deve-se se integralizar ao menos 10% no ato de sua composição.
Publicidade	Mais flexível, vez que não há exigência de divulgação de demonstrações financeiras anuais	Mais complexa, vez que há exigência de divulgação de demonstrações financeiras anuais no ambiente de jornais eletrônicos, salvo se a receita bruta da cia naquele exercício fiscal for inferior a R\$78M.



Um consórcio de empresas é, resumidamente, uma união de duas ou mais empresas em associação para fins específicos, em que estas conservam sua personalidade jurídica e patrimonial. O consórcio está previsto na Lei de Sociedade por Ações e deve ser constituído por, no mínimo, duas pessoas jurídicas que realizam e executam um contrato de constituição de um consórcio. Os consórcios não possuem responsabilidade solidária, sendo cada uma delas responsável por suas próprias obrigações, salvo em disposição contrária expressa pelo próprio consórcio.

No Brasil, instituições como o 'consórcio de energia solar' são exemplos interessantes de como a estrutura do consórcio funciona na prática, promovendo a democratização do mercado de energia por meio da geração distribuída - que vem ganhando cada vez mais força em nosso ordenamento: a Lei 14.300/2022, instituiu a figura do consórcio de consumidores de energia elétrica.

Resumidamente, no caso acima, há a presença de uma consorciada líder (terceirizada ou proprietária de uma usina geradora de energia solar) que realiza a gestão da usina e fica responsável pelo rateio dos créditos de energia. As empresas que tiverem interesse em fazer parte do consórcio (as "consorciadas") assinam um contrato de adesão com a finalidade de fazer parte do Sistema de Compensação de Energia Elétrica, podendo os consórcios dessa modalidade apresentarem suas próprias regras para a participação dos consorciados, incluindo as formas de remuneração, fidelidade, prazo para pagamento e rescisão, a serem definidas contratualmente e de comum acordo entre todas as partes.



Um outro tipo de estrutura possível em nosso ordenamento relaciona-se ao conceito de filial estrangeira, sendo este a extensão da empresa principal (matriz estrangeira) no Brasil. Algumas empresas estrangeiras possuem filiais no Brasil, mas que não devem ser confundidas com empresas brasileiras com sócios estrangeiros por conta da personalidade jurídica distinta.

O Código Civil Brasileiro prevê para essa modalidade a necessidade de uma homologação de um Decreto Presidencial para sua instalação de filiais de empresas estrangeiras no Brasil, sendo um número bem baixo de empresas multinacionais operando no Brasil neste formato, uma vez que as exigências burocráticas são relativamente complicadas para se colocar essa estrutura de pé.



PRINCIPAIS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS/FISCAIS DAS EMPRESAS BRASILEIRAS

Para além da mera escolha no formato societário, outro ponto relevante para estabelecer uma empresa no Brasil permeia em torno do aspecto tributário/fiscal dessa organização.

Conforme acima mencionado, cada sociedade possui regimes de tributação aplicáveis a ela, e a escolha do regime deve ser feita com cautela e respeitando o potencial do empreendimento.

Sem prejuízo do acima, o Brasil promulgou pelo seu Congresso Nacional no final de 2023 a Reforma Tributária que, no ano de 2024, passou pela sua respectiva regulamentação que, resumidamente, propôs a unificação dos impostos cobrados hoje no Brasil, trazendo mais transparência para o regramento fiscal, visando reduzir a complexidade do sistema sobre o consumo de bens e serviços, impulsionando-se a economia brasileira.

A reforma ainda passará por anos de implementação e o presente material não se atém a comentá-la, de modo que se recomenda que o investidor esteja sempre orientado por um advogado especializado a esse respeito.

Em relação aos regimes de tributação atualmente existentes no Brasil temos: o Simples Nacional, Lucro Real e Lucro presumido. A escolha entre eles não é meramente preferencial, uma vez que o regime depende de alguns fatores importantes, tais como o faturamento anual da empresa, o porte empresarial, além do tipo de atividade exercida, que também interfere diretamente nessa decisão.

O investidor estrangeiro precisa também compreender que a empresa pode incorrer em problemas com o Fisco brasileiro caso escolha um regime tributário inadequado, podendo resultar em multas e autuações. Registramos a recomendação de contar com uma equipe de advogados tributaristas especializados e uma consultoria contábil capaz de auxiliarem o investidor estrangeiro e traçarem a melhor estratégia para o melhor planejamento tributário possível e ajustado à realidade precisa do investimento. Abaixo um breve resumo sobre cada um dos regimes tributários e em quais formatos empresariais eles podem ser aplicados:

Simples Nacional

O Simples foi um regime tributário criado originalmente para atender microempresas (“ME”), empresas de pequeno porte (“EPP”) e microempreendedores individuais (“MEI”), sendo seu principal objetivo o de facilitar o processo fiscal desses pequenos empresários. Por conta disto, os tributos desse regime tributários são recolhidos uma única vez numa base mensal por meio da “DAS”, abreviação de Documento de Arrecadação do Simples Nacional - guia que recolhe até oito impostos diferentes (a depender da atividade da empresa), sendo os principais: IRPJ, CSLL, PIS, Cofins, IPI, ICMS, ISS e CPP.

O Simples possui uma tabela de alíquotas reduzidas desses impostos e com diferentes faixas aplicáveis conforme o faturamento dessa empresa e sua atividade.

Para aderir ao Simples Nacional, a empresa precisa atender alguns requisitos essenciais, quais sejam: limite de faturamento anual de até R\$ 4,8 milhões; ser uma ME, EPP ou MEI; ter somente pessoas físicas em seu quadro societário; não possuir sócios no exterior, não possuir débitos em aberto ou em negociação com o governo, dentre outros. Registra-se que apenas sociedades do tipo limitadas podem aderir a esse regime tributário, sendo vedadas às sociedades por ações o enquadramento nesse formato.

Para investidores estrangeiros esse regime não é aplicável, uma vez que a empresa não pode ter sócios residentes no exterior, independentemente de possuírem um representante legal brasileiro residente.

Lucro Presumido

O regime do lucro presumido utiliza como base uma tabela fixa de lucratividade para fins cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (‘IRPJ’) da contribuição social sobre o lucro líquido (‘CSLL’).

A principal particularidade desse regime tributário é a de que, neste caso, a Receita Federal apenas compreende o lucro como uma “fatia” do faturamento, ou seja, um percentual chamado de “percentual de presunção”. A sistemática é utilizada para presumir o lucro da pessoa jurídica a partir de sua receita bruta e outras receitas sujeitas à tributação, ora previstas em uma tabela disponibilizada pela Receita Federal do Brasil conforme as respectivas atividades. Exemplo: para empresas prestadores de serviço, a alíquota de presunção é de 32% sobre o faturamento da empresa (e sobre o resultado desta porcentagem aplica-se 15% de IRPJ e 9% de CSLL).

O Lucro Presumido pode ser escolhido por qualquer empresa que não esteja no rol obrigatório dos aderentes ao Lucro Real e, tanto sociedades limitadas como sociedades por ações, podem optar por este regime.

Lucro Real

Regime tributário em que o cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (chamado de IRPJ) e o da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) da empresa é realizado baseando-se no lucro efetivo que esta empresa obteve dentro do período de apuração observado. O lucro efetivo é calculado após o acréscimo ou retirada de despesas dedutíveis.

Desta forma, no regime do Lucro Real, os valores de impostos estão diretamente atrelados ao montante do lucro da empresa. Quanto maior a lucratividade, maior o imposto a ser pago. Outros impostos que devem ser recolhidos nesse regime são o PIS, COFINS, ISSQN (Imposto sobre Serviços), ICMS (para empresas comerciais/que realizam circulação de mercadorias) e o IPI (para indústrias).

37 PRINCIPAIS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS/FISCAIS DAS EMPRESAS BRASILEIRAS

Regime tributário em que o cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (chamado de IRPJ) e o da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) da empresa é realizado baseando-se no lucro efetivo que esta empresa obteve dentro do período de apuração observado. O lucro efetivo é calculado após o acréscimo ou retirada de despesas dedutíveis.

O Lucro Real é um regime tributário que pode ser escolhido por qualquer formato societário, mas é obrigatório para empresas cujo faturamento foi maior R\$ 78 milhões no ano-calendário anterior.

Empresas com lucro originário de outros países (o caso de muitas empresas estrangeiras) são também obrigadas a adotar o regime do Lucro Real. Esse regime também é obrigatório para empresas do setor financeiro (fintechs, bancos, financeiras, meios de pagamento, entre outras), com benefícios fiscais de qualquer natureza e empresas de *factoring*.

De igual maneira, tanto sociedades limitadas como sociedades por ações/anônimas podem adotar o regime do Lucro Real.



**A LEI
ANTICORRUPÇÃO
BRASILEIRA É O
COMPLIANCE**

O Brasil nos últimos anos tem avançado significativamente na estrutura legal dos negócios corporativos, felizmente acompanhados por uma evolução da Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846/2013) que estabeleceu normas e instrumentos modernos de enfrentamento à corrupção e que completou dez anos em outubro de 2023, causando uma verdadeira revolução no setor privado por meio da disseminação de conceitos e de mecanismos, além da cultura de compliance, que antes eram em grande medida inexistentes na realidade nacional, alinhando o país com as melhores práticas anticorrupção do mundo.

A lei trouxe importantes diretrizes para as organizações no sentido de criar uma necessidade de reestruturar seus negócios, criando espaço para que a governança corporativa, o compliance, os controles internos, a gestão de riscos e o gerenciamento de crises passassem a navegar por esse meio também no Brasil como uma questão de extrema relevância na tomada de decisão pelos stakeholders.

Mais do que isso: a Lei Anticorrupção brasileira se tornou um instrumento de controle de boas práticas, tornando-se viável a investigação e a punição de todos os agentes envolvidos em casos de corrupção.

Empresas que sempre lidaram, direta ou indiretamente, com o setor público passaram a revisitar seus processos e procedimentos, adotando medidas para mitigar atos de corrupção de seus funcionários e colaboradores para com os respectivos agentes públicos.

Nossa Lei Anticorrupção é aplicável a todas as organizações (independentemente de seu tipo societário e/ou tamanho) que estejam estabelecidas no Brasil e não se restringe a empresas que lidam tão somente com órgãos públicos. O seu alvo direto, normalmente, é a pessoa jurídica, mas existem disposições na lei que regem a responsabilidade de administradores e investidores em determinadas ações.

Nesse sentido, o desenvolvimento e a criação de programas de compliance eficazes não somente previne irregularidades, mas torna o ambiente corporativo um lugar em que as boas práticas passam a ser colocadas em primeiro plano.

39 A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E O COMPLIANCE

Vale lembrar que a existência de um programa de compliance na organização é considerado atenuante pela lei Anticorrupção em caso de aplicação de sanções administrativas.

O compliance das empresas deve ser criado e estruturado na medida em que as características daquela pessoa jurídica se apresentam. Uma empresa de produtos médicos, a título exemplificativo, deve ter determinadas práticas e procedimentos de compliance distintos de uma empresa prestadora de serviços ou de uma siderúrgica.

A cultura de denúncia de irregularidades é também um bom indicativo de que o programa de compliance daquela organização está robusto e bem definido, uma vez que se demonstra que aquela organização possui cuidado e garante o sigilo e a proteção de quem está denunciando aquelas irregularidades.

Não menos importantes, a realização constante de auditorias periódicas, gestão e análise de riscos e inserção de boas práticas são elementos que podem manter o programa de compliance da organização sempre organizado, atualizado e eficiente.



RESPONSABILIDADE PENAL CORPORATIVA

Por Rafael Canterji e Gustavo Maeda (Silveiro Advogados)

Segundo as contribuições dos advogados Rafael Canterji e Gustavo Maeda, “registra-se que a potencial responsabilização criminal de administradores e investidores de empresas é tema de alta complexidade e que demanda análise individualizada, razão pela qual apresentam-se as considerações a seguir em caráter preliminar e informativo. Salienta-se, ainda, que a abordagem realizada neste momento não é de verificação possíveis argumentos defensivos sobre eventual imputação realizada em desfavor daquele que possui poder de gestão, limitando-se à apresentação de riscos existentes a partir dos cargos ocupados.



Rafael Canterji (Silveiro Advogados)

A responsabilização criminal de administradores de empresas deve ser analisada tanto do ponto de vista dos cargos ocupados quanto das suas ações e omissões. Os administradores são todos aqueles que, independentemente do vínculo com a empresa, exercem função de gestão ou, mesmo não ocupando os referidos espaços, praticam atos em nome daquela. Estamos nos referindo aos sócios, diretores, membros de conselhos e funcionários, além de, eventualmente, terceiros contratados ou investidores.

A responsabilização criminal de administradores de empresas deve ser analisada tanto do ponto de vista dos cargos ocupados quanto das suas ações e omissões. Os administradores são todos aqueles que, independentemente do vínculo com a empresa, exercem função de gestão ou, mesmo não ocupando os referidos espaços, praticam atos em nome daquela. Estamos nos referindo aos sócios, diretores, membros de conselhos e funcionários, além de, eventualmente, terceiros contratados ou investidores.



Gustavo Maeda (Silveiro Advogados)

A partir do escopo do presente trabalho, importante que façamos a análise tanto da sua dogmática quanto do ponto de vista da práxis criminal. No primeiro sentido, a responsabilidade criminal tem limites bastante rígidos. Diferentemente do que ocorre em outros ramos do direito, a responsabilidade é subjetiva exigindo a demonstração da prática de conduta, comissiva ou omissiva.

Como regra, para adequação das condutas aos tipos penais, exige-se dolo, compreendido este como conhecimento das circunstâncias e vontade de praticar a ação (dolo direto). Em alguns casos, há menor rigor, bastando a consciência do risco e a indiferença em relação ao resultado (dolo eventual). Por fim, ainda referindo aos elementos subjetivos dos tipos penais, em alguns casos, desde que haja expressa previsão legal, há crimes culposos, segundo os quais para que o agente possa ser imputado, o resultado deve ser ao menos previsível e ele ter atuado com imperícia, negligência ou imprudência.

Do ponto de vista da práxis criminal, vivencia-se maior repressão penal dos órgãos de controle a partir das funções ocupadas e não, necessariamente, por ações concretas.

Em outras palavras, busca-se a responsabilidade de gestores pelo cargo ocupado, pelo que deveriam ter feito, e não necessariamente pelo que fizeram. As ações são, muitas vezes, presumidas e não há exigência de detalhamento das condutas no oferecimento das denúncias (peça inicial nas ações penais de iniciativa pública), tal qual ocorre nos demais crimes. Nos chamados crimes de autoria coletiva no âmbito empresarial tem-se flexibilizado a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores.

Para além do entendimento jurisprudencial, destaca-se que uma das formas de responsabilização penal a que os gestores de uma empresa estão sujeitos é a omissão imprópria. Essa forma de responsabilização se dá nas hipóteses em que o gestor, podendo e devendo agir para evitar o resultado da prática de um crime, não o faz, criando-se o risco de responder penalmente por crime praticado por um terceiro. Em linhas gerais, o dever de agir para evitar a prática de um resultado delitivo se aplica àqueles que:

- 1** *Tenham por lei/norma infralegal a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*
- 2** *Assumiram a responsabilidade de evitar o resultado, como por exemplo, em empresas hierarquizadas em que se delega o dever de garantia por meio de regimentos internos ou normativas da empresa;*
- 3** *Com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado, hipótese que ocorre nos casos em que o agente cria um risco não permitido, isto é, pelo descumprimento de normas institucionais ou pela ausência do dever de diligência. Além da hipótese omissiva, o administrador também está suscetível à responsabilização penal por suas próprias condutas, conforme já tratado.*

Neste sentido, como dito, o momento político criminal é de crescente responsabilização. Tem-se aceitado, principalmente na fase investigatória e para oferecimento de denúncia e início de ação penal, a responsabilização penal em virtude do cargo ocupado, prescindindo a demonstração inequívoca da prática de uma conduta tida como criminosa.

Desta feita, com o fito de minorar riscos de responsabilização por supostas omissões, ganha relevo a existência de programa sólido e devidamente implementado de compliance, bem como a reação em situação de suspeita de desvio de conduta, inclusive por investigações internas devidamente normatizadas. A delimitação das responsabilidades por cargo e as reações diante da suspeita de práticas indevidas mitigam o risco de imputação e condenação com base em genéricos argumentos decorrentes de cargos ocupados.

No âmbito da legislação penal brasileira, as infrações que comumente são imputadas a gestores de empresas não se limitam às previstas no Código Penal. De forma não exaustiva, refere-se que há previsões legais de crimes em diversas outras legislações especiais que tipificam determinadas condutas, como, por exemplo:



Lei de Recuperação de Empresas e Falências
(Lei No. 11,101/05)



Lei que define Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Consumo (Lei No. 8,137/90)



Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei No. 7.492/86)



Lei que define crimes contra a Propriedade Industrial (Lei No. 9.279/96)



Código de Defesa do Consumidor
(Lei No. 8.078/90)



Lei dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei No. 9.613/98) etc. Mais especificamente, no que se refere às companhias abertas, a Lei nº. 10.303/01 alterou a Lei nº. 6.385/76 e tipificou como crime o uso de informações privilegiadas para obtenção de vantagens comerciais (insider trading). Ainda, relaciona-se destacadamente a

43 RESPONSABILIDADE PENAL CORPORATIVA



Lei dos Crimes Ambientais (Lei No. 9.605/98) por se tratar da única legislação brasileira que prevê a responsabilização penal da pessoa jurídica, a qual pode ser atribuída de forma isolada ou cumulada com pessoas físicas.

Conforme adiantado, a presente análise é genérica, podendo e devendo ser aprofundada e individualizada diante de situações concretas de riscos de responsabilidade criminal.”



LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD

Em setembro de 2020, entrou em vigor no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados, conhecida popularmente como LGPD (Lei 13.709/2018), lei essa de extrema importância para os investidores estrangeiros, uma vez que trouxe regulação para todos os tratamentos de dados realizados no Brasil, gerando mais segurança jurídica. A lei brasileira se assemelha em muito à CCPA- California Consumer Privacy Act, lei do estado da Califórnia (EUA), e foi também inspirada na GDPR (General Protection Regulation) europeia.

A LGPD Brasileira regula o tratamento de dados pessoais de forma a garantir a presença de direitos fundamentais e proteção de informações sensíveis. A norma se preocupou em trazer diretrizes que equilibrem os direitos individuais e a operação do livre mercado, incluindo, entre outras, a livre iniciativa e a livre concorrência, mas também o respeito à privacidade e a inviolabilidade da intimidade e da honra.

O artigo 3º da LGPD dispõe que esta é aplicável a todas as operações de tratamento de dados realizadas por pessoas físicas ou jurídicas (públicas ou privadas), independentemente do meio – sendo meio o local em que os dados se encontram, seja on-line ou off-line-, do país de sede ou do país onde os dados estejam localizados, desde que o tratamento seja realizado em território nacional, que esse tratamento tenha a finalidade de fornecimento de bens e serviços localizados no território nacional e que esses dados pessoais objetos do tratamento sejam coletados em território nacional.

Ainda sobre o tratamento de dados, o artigo 7º da Lei traz as hipóteses em que este pode ser objetivamente realizado, sendo algumas delas: mediante consentimento do titular de dados, para cumprimento de obrigação legal, pela administração pública, para a proteção da vida do titular ou terceiro, para a tutela da saúde, entre outros.

A LGPD prevê também que seja concedido ao titular, de forma gratuita, o acesso às informações relativas ao tratamento dos seus dados, devendo ser corrigidas de forma imediata se estiverem incorretas ou desatualizadas de qualquer maneira.

O titular também tem direito ao anonimato, eliminação e ao bloqueio de quaisquer dados que julgar desnecessários ou excessivos, até mesmo ilícitos, bem como também possui o direito de revogar o consentimento ao acesso aos dados.

Em alguns casos, como por exemplo envio de arquivos para nuvem, a remessa de dados pessoais para empresas no exterior é realizada e é importante e necessária.

A LGPD, neste caso, apresentou alguns requisitos para permitir que a transferência internacional desses dados seja realizada, quais sejam: garantir que o outro país possua o mesmo grau de proteção de dados pessoais; se o controlador dos dados garante estar em conformidade com os princípios da LGPD e ciente dos direitos do titular dos dados; se a transferência for, em qualquer aspecto, relevante ou necessária para cooperação internacional, principalmente entre órgãos públicos de inteligência, persecução e investigação ou mediante consentimento específico do titular, desde que mencionado que a operação irá acarretar em transferência internacional de seus dados pessoais.

45 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD

Os agentes de tratamento de dados devem tomar precauções capazes de proteger os dados pessoais de acessos indevidos e contra acidentes ou situações ilegais de destruição, modificação, perda, ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilegal.

O descumprimento de atribuições está sujeito a penalidades, que podem variar de uma pequena advertência até mesmo ao pagamento de multa de 2% do faturamento bruto da empresa (limitado a cinquenta milhões de reais) por infração.

NOTA DE AGRADECIMENTO

O conteúdo abordado neste material é de extrema relevância para todos os empresários e investidores que buscam entender melhor o ambiente de negócios brasileiro, em especial no que concerne a representação legal de investidores estrangeiros. Todas as nuances aqui apresentadas contribuem de forma significativa para esclarecer as particularidades e desafios impostos pelo mercado, oferecendo assim uma visão detalhada e abrangente sobre o tema.

O presente material contou com duas parcerias de peso e renome no mercado, que nos auxiliaram a entender essas particularidades do ponto de vista de suas respectivas expertises.



BFAP



 silveiro
advogados

Agradecemos igualmente de forma especial ao Barros Filho & Almeida Prado Advogados e ao Fernando de Almeida Prado Sampaio por trazer sua expertise e perspectiva no que tange a responsabilidade trabalhista dos representantes legais e administradores.

Os escritórios Silveiro Advogados, este representado pelos advogados Rafael Canterji e Gustavo Maeda e ao Barros Filho & Almeida Prado Advogados, este representado pelo advogado Fernando de Almeida Prado Sampaio, trouxeram uma visão rica e diferenciada, que certamente irá engrandecer o conhecimento de todos que obtiverem acesso a este material.

Agradecimento especial ao Silveiro Advogados, ao Rafael Canterji e ao Gustavo Maeda por trazerem sua perspectiva no âmbito da responsabilidade criminal dos administradores por ato ilícito, além da ótica criminal quando da responsabilidade ambiental.

Esse material certamente será de grande valia para nossos esforços contínuos em fomentar um ambiente de negócios seguro e eficaz para investidores estrangeiros no Brasil.



A experiência perfeita
para levar o seu negócio
ao próximo nível.



A2 Soluções Inteligentes



Instagram



LinkedIn