

**FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL**

DIREITO DOS NEGÓCIOS - 2021

**ESTUDO DOS IMPACTOS DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LIA) EM OPERAÇÕES DE M&A E OS
RISCOS DE SUCESSÃO PATRIMONIAL**

Fabio de Paula Zacarias

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Orientadora: Prof. Dra. Mariana Pargendler

Versão de 02.11.2021.

SÃO PAULO

2021

1. TEMA, CONTEXTO E OBJETIVOS

Em operações de M&A um dos principais desafios lançados aos advogados e seus assessores é a mensuração dos riscos presentes nas atividades da empresa alvo e de seus acionistas, bem como das contingências das empresas do conglomerado ou grupo empresarial do qual participa.

Para tanto, usualmente estrutura-se a auditoria legal prévia (Due Diligence) em diversos pilares de exposição jurídica, tais como nas áreas e práticas tributária e fiscal, trabalhista, comercial, ambiental, dentre outras, a fim de se estabelecer os eventuais impactos negativos à operação e partes contratuais.

Ocorre que a análise de riscos, quando estendida ao conglomerado empresarial da qual a empresa alvo é parte, se mostra tarefa de extrema cautela pois, como sabemos, o ordenamento jurídico brasileiro se comporta de diferentes formas nas distintas áreas do direito, no que tange à responsabilização solidária e sucessão patrimonial, em especial quanto a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) - Lei 8429/92, impostas às empresas que se relacionam como o Poder Público.

Recentes e emblemáticos casos de empresas que são parte de grandes conglomerados empresariais, tais como Odebrecht, JBS dentre outros, que se tornaram foco de megaoperações policiais e foram incluídas em medidas judiciais que tinham como objetivo apurar a prática atos de corrupção e improbidade com fundamento na LIA - a qual prevê severas sanções administrativas, políticas e pecuniárias, além da previsão da decretação de indisponibilidade de bens, o que, sob ponto de vista de gerenciamento de riscos em uma operação de M&A, pode importar na inviabilização do negócio.

Em que pese a inexistência de obras doutrinárias e jurisprudência tão específicas abordando o tema ora proposto, a prática jurídica se mostra cotidianamente envolvida com questões desta natureza. Isso porque alguns setores empresariais de grande importância no cenário econômico nacional como a construção civil, alimentação, coleta e afastamento de lixo, pavimentação de estradas, serviços de saúde, administração portuária, transporte público, dentre outras, são explorados por empresas que se estruturam societariamente em conglomerados empresariais e frequentemente participam de operações de M&A em suas empresas coligadas, controladas, consorciadas, holdings etc.

De forma geral, o presente trabalho tem como objetivo identificar possíveis formas de se conhecer, qualificar e mitigar os riscos da sucessão da responsabilidade patrimonial decorrentes das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa às “empresas alvo” em operações de M&A, bem como impostas às sociedades controladas e/ou coligadas.

Especificamente o presente trabalho terá como objetivo propor recomendações práticas à profissionais que atuam na área do Direito Empresarial, que permitam a melhor avaliação e, se possível, mitigar de riscos inerentes às sanções por atos de improbidade administrativa, corrupção e demais práticas que importem em sanções relevantes que possam afetar a terceiros via sucessão de responsabilidades patrimoniais.

2. MODELO DE PESQUISA PREDOMINANTE

Neste sentido, o presente trabalho adota o modelo de pesquisa exploratória, propondo a discussão, sob a luz de fundamentos teóricos e a prática do direito, acerca dos limites da responsabilidade de terceiros em operações de M&A celebradas com empresas afetadas pelas sanções da LIA, ou que tenham como controladora (ou parte de seu grupo empresarial) sociedade empresarial envolvida em atos de improbidade administrativa e atingidas pela referida lei.

3. QUESITOS, FONTES DE PESQUISA E FORMAS DE ACESSO

O presente trabalho terá como fonte de pesquisa, além da legislação aplicável: (i) a doutrina hoje existente de Direito Administrativo acerca dos atos de Improbidade Administrativa, suas sanções e limitações constitucionais, (ii) a doutrina de Direito Societário e Empresarial quanto as práticas de aquisição e venda de participação societárias e procedimentos pré e pós-contratual, bem como (iii) a jurisprudência atualizada e predominante do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça, além de (iv) entrevistas com advogados e profissionais hoje atuantes em processos de M&A, com juízes e promotores de justiça que possam colaborar com a visão prática contenciosa que envolve o tema.

Visando a delimitação do escopo do trabalho à análise das cautelas da Due Diligence e o gerenciamento de riscos específicos ligados à exposição da empresa

alvo à prática de atos de improbidade administrativa, são propostos os seguintes quesitos:

- a. Em uma operação de M&A, considerando-se que a empresa alvo compõe grupo empresarial liderado por sociedade atingida por decretação judicial de indisponibilidade de bens por atos de improbidade administrativa, a alienação de suas cotas ou ações, ou ainda, a alienação de seus ativos poderia ocasionar a sucessão de responsabilidade patrimonial ao terceiro adquirente? Sob quais fundamentos?
- b. A presunção do *periculum in mora* em favor do erário já consagrada pelo STJ em ações baseadas na Lei de Improbidade Administrativa para decretação liminar da indisponibilidade de bens é indicativo de impedimento à celebração de negócios que envolvam alienação de participação ou ativos de empresas coligadas? Se sim, há alguma forma jurídica de mitigar ou afastar tal risco/impedimento?
- c. Eventual reconhecimento de sucessão de responsabilidade à terceiros demandaria instauração de procedimento judicial específico com objetivo de obter a anulação do negócio jurídico e/ou a consequente desconsideração da personalidade jurídica? Sob qual fundamento?
- d. Para empresas operadoras de contratos públicos (ou parte de conglomerados empresariais), há aspectos jurídicos específicos que devam ser levantados durante a Due Diligence para mitigar ou minimizar os riscos da operação que diferem das cautelas de praxe do mercado?
- e. Iniciativas de controle de conformidades (Compliance) contemplando as boas práticas de Governança Corporativa, Responsabilidade Social Empresarial e práticas/rotinas anticorrupção da empresa alvo e coligadas seriam fatores capazes de eliminar ou reduzir os riscos e incertezas quanto a sucessão da responsabilidade à terceiros?
- f. Uma vez assumido o risco da realização da operação, é possível estabelecer ferramentas de cautela através dos instrumentos contratuais de forma que eventuais sanções da LIA não atinjam a operação e terceiros no futuro? Se sim, quais?

4. REVISÃO LITERÁRIA

Acerca dos limites da decretação de indisponibilidade de bens, não são uníssonos os doutrinadores sobre a possibilidade de constrição dos bens adquiridos antes da prática do ato de improbidade.

O STJ, por sua vez, tem admitido a indisponibilidade dos bens adquiridos antes do suposto ato de improbidade. De acordo com a majoritária jurisprudência do STJ a indisponibilidade pode ser tanto acautelatória como assecuratória, prevista na lei de Improbidade Administrativa em seu artigo 7º, parágrafo único.

Sob o caráter assecuratório, a medida destina-se a assegurar o ressarcimento do dano causado ao erário, inviabilizando desde logo os bens da empresa, evitando uma possível dilapidação dos bens. Já a medida acautelatória possui a finalidade de garantir o ressarcimento do dano causado, como medida preparatória de responsabilidade patrimonial.

Quanto aos requisitos legais para a indisponibilidade de bens, destaca-se a desnecessidade de comprovação do periculum in mora (perigo de dano ou risco ao resultado do processo), ao contrário das medidas acautelatórias tradicionais.

A jurisprudência majoritária tem dispensado a necessidade de comprovação do periculum in mora para a indisponibilidade de bens do indiciado por improbidade, uma vez que a possibilidade de alienação e dilapidação dos bens, por si, já se mostra como um perigo de dano ou risco ao resultado do processo, bastando assim a demonstração do fumus boni iuris.

Quanto à aplicabilidade das sanções aos particulares, as disposições da Lei 8429/92, conforme redação do seu art. 3º, prevê que serão aplicadas “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Como exemplo do entendimento doutrinário, segundo Maria Sylvania Z. Di Pietro¹, “a indisponibilidade de bens, como diz o próprio vocábulo, impede a livre disposição de bens pelo indiciado, vedando qualquer tipo de ato jurídico que implique a transferência de seus bens”. (grifos acrescentados)

Ademais, extrai-se dos critérios empregados para a configuração do ato ilícito, a lição de Damásio de Jesus que esclarece sucintamente a teoria da imputação

¹ Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo (p. 1055). Forense. Edição do Kindle

objetiva, a qual “significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”².

Adota-se, por esta razão, a teoria da imputação objetiva para os atos de improbidade administrativa – que não tem por objetivo apenas restringir o nexo causal entre a conduta e o resultado naturalístico, mas sim, “buscar estabelecer os requisitos para unir o resultado jurídico, ou seja, a violação do interesse tutelado pela normal penal, à conduta. A imputação objetiva passa, assim, a significar o enquadramento da conduta ao tipo legal sob o aspecto objetivo”³.

Por tais motivos, as penalidades em questão, quando pesam sobre empresas envolvidas em operações e M&A, representam alto risco de inviabilização do negócio, merecendo especial atenção e tratamento diferenciado durante a Due Diligence.

5. RELEVÂNCIA PRÁTICA, CARÁTER INOVADOR E POTENCIAL DE IMPACTO

O tema do trabalho, como dito, é pouco explorado (ou inexplorado até o momento) e não dispõe de literatura capaz de apresentar, de forma concisa e prática, uma análise clara acerca dos efeitos da aplicação das sanções previstas na LIA em operações de M&A.

Seja por questões tributárias, econômicas, negociais ou de estratégia sucessória, as empresas atualmente têm segregado seus objetivos empresariais através da criação de diversas empresas, estruturando-se em grupos empresariais de fato e de direito, cujas unidades de negócio obrigatoriamente em algum aspecto se relacionam indiretamente com poder público e, outras delas muitas vezes se relacionam de forma direta com o erário, como fornecedoras de produtos ou serviços e, por estes motivos, o presente trabalho pode ser recepcionado por sua relevância e inovação.

Após a finalização do presente trabalho pretendo aprimorá-lo em uma obra específica sobre gerenciamento de riscos nas operações de M&A com tais características, propondo recomendações práticas à profissionais que atuam na área do Direito Empresarial, mas que, contudo, não atuam com proximidade em questões

² JESUS, Damásio de. Direito Penal, volume 1. 35ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Pag. 295.

³ CAPEZ, Fernando. Limites Constitucionais à Lei de Improbidade. São Paulo. Saraiva, 2010. Pag. 175.

inerentes à improbidade administrativa, corrupção e demais atos que importem em sanções relevantes advindas do relacionamento com poder público.

6. FAMILIARIDADE DO PESQUISADOR COM O OBJETO DA PESQUISA

Como advogado militante há mais de vinte anos na área de Direito Empresarial pude acompanhar diversas empresas que atuam e atuaram no mercado de fornecimento de produtos ou serviços para a administração pública direta e indireta.

Dentro deste período atuei por dez anos como diretor jurídico de um grupo empresarial multinacional cuja controladora é uma sociedade familiar, com atividade exclusivamente voltada para clientes públicos fornecendo serviços continuados essenciais há mais de trinta anos.

Entre casos encerrados e ativos, atuei em aproximadamente cinquenta processos judiciais no Brasil, dentre eles ações civis públicas e ações populares, cujo objetivo é apuração de danos ao erário pela prática de atos de improbidade administrativa e infrações à Lei Federal de Licitações e, dentro deste contexto, pude perceber a miopia existente na visão do Poder Judiciário quanto a dosimetria das penalidades requeridas e impostas às empresas, que poderiam levá-las à insolvência, eliminando assim seu papel e função social.

No âmbito dos negócios e operações de M&A atuei em alguns casos de repercussão de mercado onde pude defender meus clientes em inúmeros comitês de compliance acerca das ações desta natureza, vivenciando a dificuldade dos advogados e demais profissionais envolvidos em avaliar os riscos decorrentes de tais ações.

Entendo que minha experiência possa permitir estabelecer uma visão mais clara quanto às consequências de tais contingências, porém crítica quanto aos riscos assumidos diante da imponderabilidade de determinadas decisões judiciais.

7. BIBLIOGRAFIA

BOTREL, Sérgio Mendes. Fusões e aquisições. Ed. Saraiva.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Ed. Quarter Latin.

CAPEZ, Fernando. Limites constitucionais à Lei de Improbidade. Ed. Saraiva.

CARDOSO, Raphael de Matos. A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade administrativa e por atos lesivos à Administração Pública. Dissertação de Mestrado.

CARVALHO, André Castro e Outros. Manual de Compliance. Ed. Forense.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade Administrativa. Prescrição e outros prazos extintivos. Ed. Atlas.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo (p. 1055). Forense. Edição do Kindle.

FAZZIO JR., Waldo. Improbidade Administrativa. Ed. Atlas.

GHIDETI, Luis Gustavo Casillo. Improbidade Administrativa e a figura dos terceiros. Dissertação de Mestrado.

JESUS, Damásio de. Direito Penal, volume 1. 35ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014

MARTINS, Cristiano Zanin e Outros. Fusões, aquisições, reorganizações societárias e due diligence. Série GVLaw.

NEIVA, José Antonio Libôa. Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. Ed. Impetus.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Ed. Saraiva.

6. CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO

Atividade	2021			2022												2023			Horas
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	
Leitura e análise de dados	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■				[150h]
Entrevistas				■	■	■													[20h]
Redação Capítulo 1						■	■	■											[30h]
Redação Capítulo 2							■	■	■										[30h]
Redação Capítulo 3								■	■	■									[30h]
Redação Capítulo 4									■	■	■								[30h]
Redação Capítulo 5										■	■	■							[30h]
Redação Capítulo 6											■	■	■						[30h]
Conclusão da redação												■	■	■					[30h]
Revisão da Redação															■	■	■		[30h]
Entrega																		■	[30h]