



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

RAPHAEL ROMÃO DA SILVA SARMENTO MOTA
11/0155980

**EMPRESAS *OFFSHORE* E FALÊNCIAS: O FENÔMENO DA
TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS**

Brasília
Fevereiro, 2016

RAPHAEL ROMÃO DA SILVA SARMENTO MOTA

11/0155980

**EMPRESAS *OFFSHORE* E FALÊNCIAS: O FENÔMENO DA
TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Fabiano Hartmann Peixoto

Brasília
Fevereiro, 2016

RAPHAEL ROMÃO DA SILVA SARMENTO MOTA

**EMPRESAS *OFFSHORE* E FALÊNCIAS: O FENÔMENO DA
TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília à banca examinadora composta por:

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto
Orientador

Prof^ª. Dr^ª. Inez Lopes
Membro

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
Membro

Prof^ª. Dr^ª. Cláudia Rosane Roesler
Suplente

Brasília, 05 de Fevereiro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Não temas, porque eu sou contigo; não te assombres, porque eu sou o teu Deus;
eu te esforço, e te ajudo, e te sustento com a destra da minha justiça.

Isaías 41:10

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus. Senhor, muito obrigado, pelo que me deste, pelo que me dás! Pelo ar, pelo pão, pela paz! Muito obrigado porque eu nasci! E pelo teu amor, teu sacrifício, tua paixão por nós, muito obrigado Senhor! Obrigado pelos ouvidos amigos de todo dia e pela força que sempre me deu nos momentos de maior dificuldade, propiciando-me sempre bom ânimo e revigorando ainda mais a minha fé.

Mãe, seu carinho e todo seu esforço foram fundamentais para chegar até aqui. Com você aprendi o que é o amor, em sua forma mais pura e incondicional. Você é para mim um exemplo de dedicação e abnegação. Nenhuma palavra será capaz de descrever todo o bem que você me fez e faz, muito obrigado! Você é um presente de Deus.

Tio Sérgio e Tia Mara, a presença de vocês significou muito mais do que um lar. Vocês foram durante toda minha graduação verdadeiros pais. Exemplos de amor, perseverança, humildade e generosidade. Muito obrigado!

Vó Maria e Vô Roberto (*in memoriam*), devo essa conquista a todo o esforço empenhado por vocês desde o meu nascimento, me ensinando as primeiras letras e sempre estimulando meu estudo. Vocês me transformaram no homem que eu sou hoje, desempenhando um papel fundamental na construção do meu caráter e personalidade. Muito obrigado por tudo!

Laura, muito obrigado por todo amor, companheirismo, compreensão, colaboração e zelo. Agradeço pelos seus puxões de orelha para que eu me dedicasse mais aos estudos e por toda sua paciência nesses anos de muita saudade e distância. Obrigado por ter estado ao meu lado nessa fase importante da minha vida, me auxiliando diariamente nas revisões da monografia. Que essa seja a primeira de muitas conquistas juntos!

Aos inestimáveis amigos André Luiz Marinho, Carlos Elias, Hugo Valladares, Isabela Gouvêa, José Victor Pessoa, Leandro Franco, Victor Aguiar, Yuri Assen, pelas valiosas sugestões, revisões e mensagens de incentivo.

Agradeço pela amizade sincera e por todo conhecimento compartilhado ao longo do curso. Levarei a amizade de vocês para toda a vida. Reconheço também as valiosas sugestões e revisões à versão final da monografia feita pelos amigos do Largo São Francisco, Luiz Henrique Buso Ribeiro Santos e Salomão Santos Campos. De toda essa experiência, levo a certeza que se morrer antes de vocês, não estranharei o céu; dado que sua amizade já é um pedaço dele.

Ao Prof. Fabiano Hartmann, por compartilhar seu vasto conhecimento e por sua presteza rara. Encontrei em você mais que um orientador, um verdadeiro amigo disposto a auxiliar sempre. Um exemplo de Advogado e Docente. Muito obrigado!

Por fim, agradeço a Universidade de Brasília por todo o conhecimento a mim ofertado. Foi um privilégio conviver com docentes de tamanha excelência acadêmica e que tanto me ensinaram durante esses anos.

RESUMO

A monografia realiza um breve pesquisa avaliativa acerca dos paraísos fiscais e suas funções, trabalhando os atuais desdobramentos da extensão dos efeitos da falência de uma empresa nacional a outras sediadas em paraísos fiscais. Vale-se, para tanto, de uma análise dedutiva de um precedente do STJ acerca dos efeitos da falência a possíveis empresas coligadas em um grupo econômico internacional. Analisa-se, em específico, o Recurso Especial N° 1.258.751/SP, que aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica a uma série de empresas offshore, sediadas nas Ilhas Virgens Britânicas e nas Ilhas Cayman. Sob esse âmbito, são trabalhados temas mais amplos como insolvência internacional, estruturas societárias típicas dos paraísos fiscais e planejamento tributário internacional, de modo a apresentar brevemente as funções de empresas offshore e analisar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em pessoas jurídicas sediadas no exterior nos casos em que não há vínculo societário formal entre elas.

Palavras-chave: Direito Falimentar Internacional; Insolvência transnacional; Empresas Offshore; Paraísos Fiscais; Estruturas Societárias; Planejamento Fiscal Internacional; Grupos Econômicos; Desconsideração da Personalidade Jurídica.

ABSTRACT

The paper makes a brief descriptive about tax havens and their functions, working the current effects of the extent of the consequences of the bankruptcy of a national company to another based abroad. Therefore, it is done a case study of the Superior Court of Justice precedent regarding the extent of the possible effects of bankruptcy related companies in an economic group. It discusses in particular the Special Appeal n. 1,258,751 - SP, which applies the theory of piercing the corporate veil to a number of offshore companies headquartered in the British Virgin Islands and the Cayman Islands. In this context, it is discussed broader issues such as international insolvency, typical corporate structures of tax havens and international tax planning, in order to present the functions of offshore companies and reviewing the implementation of the Institute of piercing the corporate veil in legal entities, when there is no formal corporate bond between them.

Keywords: International Bankruptcy Law; Transnational insolvency; Offshore companies; Tax heavens; Corporate structures; International Tax Planning; Economic Groups; Piercing of the Corporate Veil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. INSOLVÊNCIAS TRANSNACIONAIS	11
1.1 O CASO PETROFORTE	17
1.1.1 A FALÊNCIA INTERNACIONAL NAS LEIS BRASILEIRAS	18
1.1.2 TEORIAS DA FALÊNCIA INTERNACIONAL	20
1.1.3 A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA A EMPRESAS OFFSHORE	21
2. ALGUNS CONTORNOS DA UTILIZAÇÃO DAS EMPRESAS OFFSHORE NO MUNDO	24
2.1 OFFSHORE COMPANIES	24
2.2 PRINCIPAIS ESTRUTURAS SOCIETÁRIAS PARA OFFSHORES: OS TRUSTS E AS HOLDINGS	27
2.3 REGIMES TRIBUTÁRIOS PREFERENCIAIS PREJUDICIAIS E PARAÍSO FISCAL	32
2.4 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL	33
2.4.1 A DUPLA TRIBUTAÇÃO	33
2.4.2 PLANO DE AÇÃO – BEPS	38
3. OS DIFERENTES CONCEITOS DE PROPRIEDADE PRIVADA NO INSTITUTO DOS TRUSTS	45
3.1 BREVE HISTÓRICO DA PROPRIEDADE PRIVADA	46
3.1.1 A CONCEPÇÃO ROMANA	47
3.1.2 A CONCEPÇÃO DO SISTEMA DE COMMON LAW	52
3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	53
3.3 ORIGEM DA DISREGARD DOCTRINE	55
4. ABUSOS DE EMPRESAS OFFSHORE EM FALÊNCIAS INTERNACIONAIS	61
4.1 O PRECEDENTE DO CASO PETROFORTE	61
4.1.1 QUESTÕES PROCESSUAIS	63
4.1.2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	65
4.1.3 UTILIZAÇÃO DE CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES LEGAIS	70
CONCLUSÃO	73
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

LISTA DE SIGLAS

BAPCPA - Ato de Prevenção do Abuso de Falência e de Proteção ao Consumidor

BEPS – Erosão da Base Tributária e Transferência de Resultados (*Base Erosion and Profit Shifting*)

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

EURODAC – Datiloscopia Europeia

EUROPOL – Serviço Europeu de Polícia

FACTA – Lei de Conformidade Tributária de Contas Estrangeiras (EUA)

FATF/GAFI – Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo

G20 – Grupo dos 20

G7 – Grupo dos 7

IRS – Receita Federal Estadunidense (*Internal Revenue Service*)

NCPC – Novo Código de Processo Civil

NSA – Agência de Segurança Nacional (EUA)

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PIC – Companhia Privada de Investimentos

RFB – Receita Federal Brasileira

SIRENE – Pedido de Informação Suplementar nas Fronteiras Nacionais (Europa)

SIS – Sistema de Informação Schengen (Europa)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ-SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional

INTRODUÇÃO

O objetivo da monografia é realizar uma investigação jurisprudencial avaliativa acerca da possibilidade de extensão dos efeitos da falência de uma empresa nacional a outras sediadas em paraísos fiscais, quando não há vínculo societário direto entre as empresas, tendo como base o caso Petroforte.

No caso em tela, Recurso Especial N° 1.258.751/SP, foram estendidos os efeitos da falência da empresa Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda. a um grupo de onze pessoas jurídicas, além de nove pessoas naturais. O motivo da extensão da quebra seria o de que todas as empresas e pessoas supracitadas teriam realizado diversas operações mercantis com o intuito de desviar bens da massa falida.

A controvérsia reside na irresignação da empresa Kiaparack – Participações e Serviços Ltda. em ter os efeitos da falência aplicados também a sua pessoa jurídica. Sua acusação é de ter participação em uma sequência de negócios jurídicos de arrendamento, contratos compra e venda, e contratos de *lease back* simulados, celebrados com o intuito de desviar, mediante fraude, uma valiosa usina (localizada na cidade Espírito Santo do Turvo) dos bens da sociedade falida.

Dessa forma, serão realizadas, nos capítulos posteriores, análises concernentes aos temas que circunscrevem o Recurso Especial estudado, a saber: a extensão dos efeitos da falência as empresas supracitadas; a consequente desconsideração de suas personalidades jurídicas; a ausência de citação de todas as empresas do grupo econômico acusadas no processo, acarretando, portanto, numa supressão do contraditório; e o envolvimento de quatro empresas *offshore* na suposta fraude, suportando também os mesmos efeitos das empresas nacionais.

No tocante à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, analisar-se-á o histórico da propriedade privada e a função social da empresa, explicitando os motivos que justificam o levantamento do véu da personalidade jurídica. Além disso, serão destacadas as peculiaridades da aplicação da *disregard doctrine* para os *trusts* e *holdings*, tendo-se em conta sua origem no sistema de *common law*.

Também serão expostos alguns conceitos gerais sobre as empresas *offshore* e sua utilização no planejamento tributário internacional, de modo a viabilizar uma melhor compreensão do *modus operandi* das sociedades empresariais em paraísos fiscais. Na sequência, será realizada uma breve análise sobre o BEPS e da possível influência dessas medidas anti-paraísos fiscais no judiciário brasileiro.

Por fim, será estudada a adequação da Jurisprudência do STJ aos novos dispositivos legais do CPC, bem como analisadas suas possíveis inconformidades com as Recomendações Legais (*Model Law*) da Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) e as Convenções de Haia sobre Processo Civil, Obtenção de Provas no Exterior e de Comunicação de Atos processuais.

1. INSOLVÊNCIAS TRANSNACIONAIS

A globalização surge como realidade inexorável e tem como consequência a reconstrução dos conceitos de soberania e fronteiras transnacionais. Nessa dinâmica de construção de novas áreas do conhecimento, surge no direito o fenômeno da transnacionalização das pessoas jurídicas que agora assumem organizações societárias complexas com contornos territoriais e financeiros diversos, contando com sucursais ao redor de todos os continentes do globo.

Essa dilatação das fronteiras societárias gera no mercado global competitivo uma concorrência tributária internacional, que faz com que os Estados-Nação ampliem suas bases tributárias, e reduzam suas alíquotas de impostos, com o objetivo de atraírem investimentos internacionais (BORGES, 2004, p.1). Não obstante, alguns deles reagem de maneira protecionista, se isolando diante dos problemas da tributação global. Outros intensificam seus acordos bilaterais, de forma a fortalecer a cooperação internacional e fomentar o estabelecimento de sistemas tributários isonômicos. Por fim, a última reação tende a ser um esforço global para promoção de medidas internacionais de tributação, como se vê com o Plano de Ação BEPS da OCDE/G20¹.

Tendo em vista que os acordos bilaterais ou até mesmo as iniciativas autônomas de países de poder econômico, revelando a fragilidade das fronteiras internacionais em relação aos potenciais benefícios tributários, os Estados Periféricos se veem, como bem pontua Teubner (2003, p.16), acuados

¹ O Plano de Ação BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) visa o combate à erosão da base tributária e ao desvio de lucros para jurisdições de baixa tributação. Apesar de inicialmente ter sido aceito com relativa euforia pelos operadores do direito no âmbito tributário, o Plano de Ação tem sido duramente criticado – como foi o caso no 69º Congresso da *International Fiscal Association* (IFA), em Basel, na Suíça. Nessa perspectiva, também encontramos importantes vozes na doutrina nacional apontando para a necessidade de resguardar os direitos dos contribuintes, frente a atribuição de poderes cada vez maiores ao Fisco: “O caráter revolucionário das medidas não esconde, porém, seu maior propósito: saciar a grande sede de arrecadação dos Fiscos dos países-membros da OCDE, secundados pelos dos países em desenvolvimento, após a última grande crise econômica mundial. Trata-se de medidas que, em última análise, visam limitar direitos previstos ou em leis ou em tratados internacionais com o objetivo de combater planejamentos tributários de empresas multinacionais que importem em redução da carga tributária e que, precisamente por esse conteúdo limitativo ou restritivo de direitos, devem ser analisadas com extrema cautela na sua transposição para os direitos internos”. Cf. ESTRADA, Roberto Duque. Princípio da legalidade da tributação como limite constitucional das ações do Beps. **Consultor Jurídico**. Brasília, 28 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-28/consultor-tributario-principio-legalidade-tributacao-limite-aco-es-beps>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

nesses novos arranjos de poder, incapazes de inserir as novas práticas dos conglomerados empresariais dentro de suas definições de “direito e não direito”:

O que observamos aqui é um discurso jurídico auto-reprodutor de dimensões globais que cerra as suas fronteiras mediante recurso ao código binário “direito/não-direito” (Recht/Unrecht) e reproduz a si mesmo mediante o processamento de um símbolo de vigência global (não: nacional). O primeiro critério – codificação binária – distingue o direito global de processos econômicos e outros processos sociais. O segundo – vigência global – delimita o direito global de fenômenos jurídicos nacionais e internacionais. Ambos os critérios são instrumentos da observação de segundo grau, conforme mencionado anteriormente. Assim, o direito observa as suas próprias observações em seus ambientes dos ordenamentos jurídicos nacionais e do sistema social global. (TEUBNER, 2003, p.17).

A imposição de normas internacionais a respeito da evasão de divisas pressiona países com menor poder econômico a atender normas e regulamentos criados pelos países centrais. Essa assimetria de forças, consequência da atuação dos mercados e das relações internacionais, confere aos países desenvolvidos o poder de transpor fronteiras ao influenciar diretamente nas decisões internas de países com menor poder econômico.

Tal comportamento das periferias é uma consequência das recentes ações do G7, denominada pelo Prof. Thomas Mathiesen (2008, p.119) de *lex vigilatoria*, ou seja, criação de sistemas globais de controle e vigilância supra-estatais, em que a opinião pública encontra-se cada vez mais sem participação e que o parlamento tem cada vez menos controle – como é o caso do Espaço Schengen, da rede SIRENE, da Eurodac, da Europol, da SIS, do FATF/GAFI e até mesmo do FACTA e da NSA. Em alguns desses grupos e agências o controle de objetos e pessoas físicas/jurídicas surge no âmbito estatal, porém evolui “horizontalmente” dando às agências integração total e controle sobre as agendas dos Estados. Já no caso do FACTA e da NSA trata-se de uma agenda interna dos EUA que objetivam um controle global de pessoas, capitais e objetos².

² Esse controle aprofundou-se ainda mais após os ataques terroristas de 11 de Setembro de 2001, quando verificou-se uma modificação da posição da OCDE quanto aos regimes tidos como paraísos fiscais, muito devido à pressão exercida pelos EUA. Assim, a qualificação de

Como resultado desse esforço mundial de vigilância, promovido pelas grandes potências, os países periféricos acabam por desenvolver discursos e medidas inseridas dentro de uma lógica denominada de *lex mercatoria penal* (TEUBNER, 2002, p.199), criminalizando condutas tributárias e societárias não mais por interesses do Parlamento Nacional³, mas sim por pressões internacionais. No Brasil, esse comportamento vem sendo fomentado pelo Executivo, via Medidas Provisórias, de modo a criminalizar o planejamento tributário e engessar a liberdade empresarial, baseando-se para tanto em um *soft law*⁴ desenvolvido pelo BEPS em um contexto Europeu, diverso do ambiente hoje encontrado em nosso país⁵. Destarte, o Ministério da Fazenda

uma jurisdição como paraíso fiscal, de acordo com as exigências da OCDE, passou a estar, fundamentalmente, ligada aos critérios da inexistência de uma efetiva troca de informações e da falta de transparência – Segundo um relatório da KPMG encomendado pela Associação Comercial e Industrial do Funchal (Portugal). Cf. CARDOSO, Francisco José. O que distingue o 'paraíso fiscal' do regime preferencial: OCDE definiu há muito tempo quem é e que critérios se definem regimes fora-da-lei. **DNoticiasPT**. Funchal, 22 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.dnoticias.pt/dossier/todos-pelo-centro/331191-o-que-distingue-o-paraíso-fiscal-do-regime-preferencial>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

³ O parlamento brasileiro conta hoje somente com duas proposições legislativas a respeito da temática das offshores: o PL 6979/2006, de autoria do Deputado Dr. Rosinha (PT/PR) e o PL 765/2007, de autoria do Deputado Antônio Carlos Mendes Thame (PSDB/SP) – que hoje tramita apensado ao primeiro. O objetivo dos Projetos de Lei é a responsabilização solidária do mandatário cujo mandato seja outorgado por empresa domiciliada em território ou país com tributação favorecida. Dessa forma, caso não seja possível a identificação dos reais proprietários das empresas offshore, será possível a responsabilização dos procuradores dessas firmas pelas ações realizadas no País. Apesar de o Projeto de Lei não mencionar nada quanto a Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, sua ideia está em conformidade com o Art. 6º dessa Convenção: “Quando uma pessoa jurídica privada atuar por intermédio de representante em Estado Parte que não seja o de sua constituição entender-se-á que esse representante, ou quem o substituir, poderá responder, de pleno direito, às reclamações e demandas que contra a referida pessoa se intentem por motivo dos atos de que se trate”. Cf. CONVENÇÃO INTERAMERICANA. **Convenção Interamericana Sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado**. La Paz, 1984.

⁴ O soft law é uma expressão da língua inglesa para designar os mais diversos instrumentos regulatórios de força normativa limitada, ou seja, que não vinculam as partes consignadas. Contudo, esses instrumentos podem produzir efeitos concretos aos seus destinatários, seja por meio de influências diretas – como nos códigos de conduta e recomendações – ou influências indiretas – como nos protocolos de intenções. Cf. GERSEN, Jacob E.; POSNER, Eric A.. **Soft Law. Public Law And Legal Theory Working Paper**. Chicago, p. 2-25. mar. 2008.

⁵ “[...] há que ter cuidado com as distorções e excessos na forma de implementação das recomendações. Um exemplo de atropelo de direitos e garantias individuais foi a Medida Provisória 685/2015, que institui a obrigação de informação à Receita Federal operações e atos ou negócios jurídicos que acarretem suspensão ou redução de tributos e que tinha, nos dizeres da sua exposição de motivos, suporte no Plano de Ação Beps, quando, na verdade, não passa de um inconstitucional instrumento para permitir atuações fiscais por analogia, agravadas com acusações de simulação e fraude”. Cf. ESTRADA, Roberto Duque. Princípio da legalidade da tributação como limite constitucional das ações do Beps. 2015. **Consultor Jurídico**. Brasília, 28 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-28/consultor-tributario-principio-legalidade-tributacao-limite-acoes-beps>>. Acesso em: 29 nov. 2015. e SILVEIRA,

Brasileiro se utiliza de justificativas como a instrução da “administração tributária com informação tempestiva a respeito de planejamento tributário” (BRASIL, 2015) para justificar a expansão de seu sistema de informações, promovida com base em normas em branco que preveem a entrega anual da Declaração de Planejamento Tributário, cujo objetivo seria trazer suposta “segurança jurídica” (BRASIL, 2015a) ao mercado.

Esse fenômeno de criação de um Direito Penal do *compliance*⁶ também repercutiu recentemente na esfera da Justiça Federal, de modo a gerar grande insegurança jurídica por parte do setor empresarial, detentor de estruturas societárias complexas. A 4ª Vara Federal Cível de São Paulo, em uma decisão rara (BRASIL, 2015b), concedeu liminar em mandado de segurança impetrado pela Maquimasa do Brasil Indústria e Comércio e suspendeu a obrigação de a empresa entregar a declaração de planejamento fiscal exigida pela supracitada MP 685/2015 até 30 de setembro. Como fundamentação a magistrada afirmou que não se pode presumir o dolo do contribuinte quando este atrasa ou não entrega a declaração de planejamento tributário, especialmente pelo fato de a MP 685/2015 usar termos vagos para definir as estratégias que devem ser informadas. Isso porque: “o planejamento tributário, desde que concebido nos

Renato de Mello Jorge; SCAFF, Fernando Facury. MP 685/2015 se baseia em fórmulas pensadas para o comércio internacional. **Consultor Jurídico**. Brasília. 11 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-11/mp-6852015-traz-problema-penal>>. Acesso em 24 nov. 2015. Interessante notar que apesar de já sofrer os efeitos da dominância fiscal, o Governo da Presidenta Dilma Rousseff parece insistir numa política monetária de alta de juros, causando um hiato ainda maior do produto, aumentando a sensibilidade de risco soberano e agravando as incertezas do setor empresarial e industrial. Esse comportamento, aliado a medidas tributárias impopulares, pode levar a um agravamento da crise econômica do país, diminuído ainda mais o PIB nos próximos anos. Não por acaso o ano de 2015 bateu recorde nos pedidos de falência e recuperação judicial. De acordo com Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações, em 2015, foram requeridos 1.287 pedidos de recuperações judiciais, 55,4% a mais do que o registrado em 2014. Já em relação aos pedidos de falência, em 2015, foram realizados em todo o país, 1.783 requerimentos, um aumento de 7,3% em relação aos 1.661 efetuados em 2014. Cf. NÚMERO de recuperações judiciais bate recorde histórico em 2015, revela Serasa Experian. **Serasa Experian**, São Paulo, 11 jan. 2015. Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/numero-de-recuperacoes-judiciais-bate-recorde-historico-em-2015-revela-serasa-experian>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

⁶ Outro exemplo do comportamento questionável do Executivo no tocante ao Direito Penal Econômico, especificamente sob o tema de repatriação de ativos, diz respeito ao Veto da Presidenta Dilma Rousseff à Lei 13.254/2016. A presidenta vetou, por sugestão do Ministério da Fazenda, o Inciso I do § 5º do art. 1º, que exigia o “trânsito em julgado” para impedir que pessoas condenadas em ações penais transitadas em julgado fossem beneficiadas pela lei. Destarte, indivíduos condenados em primeira instância por crimes que não estão listados na norma, e ainda pendente de recursos, poderão ser impedidos de utilizarem o benefício dado pela lei para repatriar bens lícitos (não declarados ou declarados incorretamente) que estejam em outros países. Cf. BRASIL. **Mensagem nº 21**, Brasília, DF, 13 de janeiro de 2015.

limites da ordem jurídica, é procedimento legítimo, dado que é capaz de gerar legalmente uma redução da carga tributária incidente sobre a atividade empresarial” (BRASIL, 2015b).

Sem embargo, o raciocínio econômico-jurídico da magistrada não vem sendo observado no Superior Tribunal de Justiça ao julgar ações baseadas na extensão dos efeitos da falência para empresas offshores. A jurisprudência brasileira tem se mostrado firme no sentido de pressupor fraude quando da constituição de conglomerados internacionais em paraísos fiscais, vindo nos holdings internacionais, trusts e demais estruturas societárias uma presumível fraude contra credores.

A posição atual do STJ (REsp 1.258.751, REsp 1.259.018, REsp 1.211.823, REsp 1.259.020 e REsp 1.266.666) é de que a falência pode ser estendida a empresas coligadas, devendo para tanto existir a influência entre os grupos empresariais. Não estabeleceram-se, no entanto, critérios para definição do poder de controle que as sociedades brasileiras exerceram sobre as empresas offshore. Tampouco atentou-se ao Art. 2º da Convenção de Haia sobre a Lei aplicável ao Trust e a seu reconhecimento (VAN LOON, 2005), que diferencia o patrimônio dos beneficiários das empresas offshore de seus sócios de fato. Ademais, preferiu-se realizar todas essas investigações no Juízo de São Paulo, ao revés de solicitar um processo universal, englobando as jurisdições de todas as empresas sediadas no estrangeiro.

O Direito Contemporâneo, como visto, parece não saber lidar com dinamismo da transnacionalidade e de sua autonomia em relação aos Estados Nacionais. Insiste ainda na inserção destes novos fenômenos na lógica binária de internacional/nacional e jurídico/não jurídico, tentando, desta forma, submeter as Agendas dos Estados-Nação a interesses globais de controle de pessoas físicas e jurídicas, capitais e objetos por meio de Agências e Organizações Internacionais.

Valiosos instrumentos internacionais, como as Recomendações Legais (Model Law) da Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) e as Convenções de Haia – firmadas sob a Égide da Conferência de Haia de 1985, organização intergovernamental que tem por finalidade promover a unificação progressiva das regras de direito internacional privado – também tem sua adesão postergada e não exercem grande influência

sobre a Agenda Brasileira⁷. Como bem colocado por Hans Von Loon, Ex-Secretário-Geral da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado:

O modelo básico de organização do direito privado (civil e comercial) nesse universo mostra-se baseado no sistema jurídico interno, estruturado hierarquicamente em forma piramidal no que concerne à estrutura do Estado (legislativo, judicial e executivo), cujo foco é, essencialmente, nacional. O direito internacional privado é habitualmente definido como aquela parte do direito interno que trata de situações que apresentam um elemento estrangeiro (*élément d'extranéité*). Esta definição, no entanto, tem se tornado cada vez mais incompleta em uma época de crescente interdependência. Primeiramente, há uma crescente necessidade de harmonizar distintos sistemas de direito internacional privado de diferentes nações. Com a maior ocorrência, atualmente, de transações e relações internacionais, não é mais aceitável que as partes de um contrato comercial, que tenham acordado a respeito da competência de determinado foro para a resolução de litígios relacionados ao seu contrato, tenham sua vontade afastada por decisão do foro de eleição ou mesmo de outros foros. Da mesma forma, não é aceitável que crianças e seus pais vivam na incerteza relativamente a qual o foro nacional que possui jurisdição para decidir a respeito de questões vitais relativas ao poder familiar, ou à lei aplicável às relações familiares, ou, ainda, que haja incerteza quanto à possibilidade de uma decisão tomada pelas cortes do Rio de Janeiro vir a ser reconhecida e cumprida pelas autoridades do Canadá, da França ou do Japão – e vice versa. A unificação, em nível internacional, das regras de jurisdição das cortes, da lei aplicável (escolha de leis), e o reconhecimento e cumprimento de decisões estrangeiras é, dessa forma, mais necessária do que nunca anteriormente.⁸ (RODAS, 2007, p.15).

A adequação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aos preceitos internacionais de cooperação jurídica internacional é premente, de modo com que se produzam precedentes que viabilizem um amplo acesso à justiça, não ficando restritos às fronteiras nacionais. No caso estudado, fica

⁷ O Brasil tornou-se membro oficial da Conferência da Haia de Direito Privado em 27 de janeiro de 1972 porém aderiu a somente quatro convenções desde então (Convenção da Haia sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993; a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980; a Convenção da Haia sobre a eliminação da exigência de legalização de documentos públicos estrangeiros, de 5 de outubro de 1961; Convenção de Acesso Internacional à Justiça, de 25 de outubro de 1980).

⁸ Por isso, espera-se que as convenções sobre Obtenção de Provas no Exterior, de Comunicação de Atos processuais e a de obtenção de Alimentos no exterior – que estão atualmente em fase de debates no país – não demorem a ser ratificadas ou promulgadas.

evidente que se uma postura cooperativista tivesse sido adotada com os demais Estados, a massa falida da Petroforte teria recebido a integralidade de seus direitos, não ficando limitada somente aos bens apreendidos na esfera nacional.

1.1 O CASO PETROFORTE

O tema da extensão dos efeitos da falência à empresas offshore é o ponto-chave do REsp 1.258.751/SP – levando-se em conta que todos as demais teses gravitam em torno da possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica de empresas do mesmo grupo econômico sem sua citação, mesmo que algumas dessas sociedades encontrem-se situadas também em países estrangeiros ou tenham seu capital social neles constituído. Quando da análise dessa questão, a 3ª Turma do STJ acabou por, no anseio de proteger o direito difuso da sociedade, rejeitar preceitos básicos do ordenamento jurídico brasileiro, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, além de dispositivos das leis de falência e de introdução às normas do direito brasileiro.

Conforme destacado na introdução, esse comportamento parece ser oriundo da dificuldade do direito brasileiro em modernizar-se de maneira estruturada, instaurando precedentes sólidos, cobertos de cooperação com outros juízos, de modo a viabilizar a segurança jurídica dos negócios entre sociedades nacionais com outras empresas estrangeiras. Tal característica acaba por elevar o nível de insegurança do empresariado nacional e estrangeiro, dificultando, assim, a captação de investimentos internacionais e o desenvolvimento pleno da economia brasileira.

O caso em estudo é uma das maiores falências já instauradas no Brasil, tendo como objeto a insolvência da empresa Petroforte, decretada em 2003. Em 2007, o Juiz Luiz Beethoven Giffoni Ferreira, da 18ª Vara Cível de São Paulo, estendeu a falência às diversas empresas – a saber: *River South S.A.*, *Vultee Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros*, *Securinvest Holdings S.A.*, *Turvo Participações S.A.*, *Agroindustrial Espírito Santo do Turvo Ltda.*, *Kiaparack Participações e Serviços Ltda.*, *MT&T Prestação de Serviços em Envasamento Ltda.*, *All Sugar International Inc (offshore)*, *Red Cloud Ltda.*

(*offshore*), *Blue Snow Holdings Inc (offshore)* e *Real Sugar Corporation (offshore)* – que, segundo o Síndico da Falência, envolveram-se em uma operação simulada de crédito para desviar bens da Petroforte e, assim, blindá-los do bloqueio judicial. Dentre essas empresas, encontra-se a Kiaparack - Participações e Serviços Ltda. que irredimida com a extensão dos efeitos da insolvência recorreu ao TJ-SP, e posteriormente ao STJ, para ver revertidos os efeitos da extensão da quebra em relação a sua pessoa jurídica.

A decisão do Egrégio Superior Tribunal, foi no sentido de que o fenômeno da falência deve retroagir da data de sua decretação, transpondo as barreiras nacionais de modo a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresarial internacional, atingindo o patrimônio de seu beneficiário – e não dos seus verdadeiros sócios. Além disso, sustentou que a extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo e em decisão inaudita altera parte, bastando para tanto a existência de elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, sem a estipulação de parâmetros que definem os critérios do poder de influência de certas empresas no grupo econômico. Podendo também dispensar-se a citação das empresas *offshore* que tem sua personalidade jurídica desconstituída⁹.

1.1.1 A FALÊNCIA INTERNACIONAL NAS LEIS BRASILEIRAS

Malgrado as leis falimentares¹⁰ no Brasil serem completamente silentes quanto os procedimentos a serem adotados nas falências transnacionais, entende-se que cabe aos tribunais brasileiros, na ausência de legislação contemporânea específica sobre a temática¹¹, desenvolver diretrizes para

⁹ Posicionamento idêntico vem se mantendo na corte, conforme observado no julgamento do Recurso Especial Nº 1.182.620 – SP. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp 1.182.620 /SP, j. 28.06.2012, Rel. Ministro Raul Araújo. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 2012.

¹⁰ O Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 – utilizado no julgamento do REsp 1.258.751/SP devido a data decretação da falência da Petroforte – e a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, nada falam sobre os procedimentos a serem adotados em casos de insolvência internacional.

¹¹ Existem algumas iniciativas legislativas, conforme apontado ao longo da monografia, que buscam adaptar o Código Civil e algumas leis tributárias, no sentido de atualizá-las com as

atuação nos casos concretos. Sob esse prima, deve-se inclusive pontuar qual teoria falimentar será adotada pelo Brasil nos casos de insolvência transnacional, o que ainda não foi claramente debatido no caso Petroforte¹².

A única legislação pátria, em vigor, a tratar especificamente da temática das falências transnacionais é o Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929¹³. É o denominado Código de Bustamante, adotado na 6ª Conferência Internacional Americana, reunida em Havana, Cuba. O código trata especificamente das Falências ou Concordatas Internacionais em seu Título IX, prevendo, em seu Art. 415 que haverão “tantos juízos de processos preventivos e falência quantos estabelecimentos mercantis” (BRASIL, 1929).

O acordo foi ratificado pelos Presidentes das Repúblicas do Peru, Uruguai, Panamá, Equador, México, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Colômbia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguai, Haiti, República Dominicana, Estados Unidos Da América e Cuba, permanecendo ainda hoje sem revogação expressa em nosso ordenamento.

operações de empresas estrangeiras, em especial as sociedades offshore. No entanto, não há nenhum projeto que trate especificamente da temática das falências internacionais. O único documento encontrado nesse sentido foi a Emenda de Comissão 194/2013, da Câmara dos Deputados, que adiciona ao anteprojeto de Código Comercial, o Título IV - Da Falência e da Recuperação Judicial Transnacionais, abrangendo seus arts.1.059 a 1.080. O tema, contudo, está pendente de debates mais aprofundados desde 2013.

¹² Poucos são os procedimentos falimentares com efeitos internacionais julgados pelo Brasil. Dois casos que merecem destaque são a falência da Varig e a recuperação judicial da OGX, que demonstraram procedimentos interessantes adotados pelos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro. No primeiro caso, foi enviada uma Comissão de Juízes Brasileiros à Corte de Falências de Nova York, com a intenção de explicar ao juiz americano a legislação falimentar brasileira e solicitar a suspensão da medida cautelar que deferiu o arresto de certas aeronaves. Já no caso da OGX, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu ser possível englobar dentro de um mesmo processo de recuperação judicial duas sociedades estrangeiras do Grupo OGX – OGX International GmbH (OGX Internacional) e OGX Áustria GmbH (OGX Áustria). O processo encontra-se atualmente em sede de Recurso Especial no STJ (REsp nº 757183/RJ) visando à discussão da possibilidade de deferimento do pedido de recuperação judicial de uma sociedade estrangeira, parte de um grupo empresarial brasileiro, perante um juízo nacional. Espera-se que o voto Ministro Raul Araújo, da Quarta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, esclareça o entendimento do tribunal acerca de qual teoria falimentar deve ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

¹³ Alguns autores sustentam que os arts. 786 e seguintes do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil de 1939) ainda continuariam em vigor, tendo em vista que a temática não foi abordada pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973). Uma vez que o CPC de 73 revogou, em seu Art. 1.218 somente as “disposições em contrário” do CPC de 39, os arts. 786 e seguintes continuariam válidos em nosso ordenamento. Cf. FELSBURG, Thomas Benes. **Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil**. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/intlaw/calendar/spring2006/papers/THURS11151230FELSBURG_119.DOC>. Acesso em: 15 jan. 2016.

A despeito deste decreto ser a única legislação pátria a tratar na temática das insolvências, entende-se que cabe ao Brasil seguir as Convenções de Haia, as Recomendações Legais da Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) ou demais textos internacionais sobre a temática das falências internacionais, como é o caso do Regulamento nº 1346/2000 da União Europeia e do Capítulo 15 do Ato de Prevenção do Abuso de Falência e de Proteção ao Consumidor (BAPCPA), dos EUA. Sua utilização pode-se dar em razão dos artigos 7º e 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que preveem a aplicação das leis externas as pessoas jurídicas constituídas no exterior. Desta forma, produzir-se-ão sentenças com um grau de aplicação cada vez maior na esfera internacional, vez que serão também alinhadas às legislações dos demais países.

1.1.2 TEORIAS DA FALÊNCIA INTERNACIONAL

Encontra-se na doutrina duas correntes principais (CAMPANA FILHO, 2009, p. 103) que tratam dos juízos competentes para julgar a insolvência internacional: a primeira, denominada de territorialista, defende que devam ser instaurados dois processos concursais distintos, um em cada Estado em que existam bens ou credores do falido; a segunda, chamada de corrente universalista, sustenta a abertura de um procedimento único, abrangendo todo e qualquer bem e credor do insolvente, independentemente de sua nacionalidade.

A primeira corrente defende que as leis que regem os processos de falência possuem validade tão somente dentro dos respectivos territórios nacionais. Destarte, propugna-se pela instauração de processos em todas as jurisdições falimentares em que existir patrimônio do devedor (TRAUTMAN; WESTBROOK; GAILLARD, 1993, p.577).

Já na segunda teoria, apenas um juízo terá a competência para processar e julgar a insolvência ou a recuperação judicial, abrangendo todo o patrimônio do devedor, incluindo-se os bens e valores situados em outros Estados. Aplica-se, nesse caso, o princípio da *lex fori concursus* (princípio da universalidade), uma vez que a legislação a ser aplicada é a do país onde se processa a falência, dando-lhe efeito também nos outros países (MACHADO, 2014, p.14).

Destaca-se que ambas as abordagens são possíveis, bastando, para tanto, a cooperação jurídica internacional. Esse intercâmbio de informações entre os Estados evita, por exemplo, a tomada de decisões contraditórias quando de uma abordagem territorialista. Também possibilita a redução dos custos da falência pelos credores, quando adotado o regime universalista, pois em um único processo terão a penhora do patrimônio do devedor nos mais diversos cantos do mundo. A primeira doutrina necessita que os Estados tomem posturas colaborativas; a segunda coloca essa posição de cooperação como fundamental para o êxito do processo transnacional.

1.1.3 A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA A EMPRESAS OFFSHORE

No presente caso o STJ adotou uma espécie de abordagem territorialista, dando-lhe, contudo, efeitos universalistas. Interpreta-se deste modo paradoxal em razão da sua posição de não-cooperação com as jurisdições das empresas *offshore* envolvidas na insolvência, privilegiando a soberania nacional brasileira. Ainda sim, em sua decisão, nada pronunciou acerca do Decreto nº 18.871, estendendo os efeitos da falência à empresas sediadas no estrangeiro, de modo a afetar os bens de nacionais brasileiros que teoricamente constavam como beneficiários finais das *holdings*.

Essa postura que privilegia a soberania estatal talvez se dê em razão de uma influência midiática e social na corte, tendo em vista que o processo envolve centenas de empresas, e tem como operadores o Banco Rural e o Rural *Leasing*¹⁴. A Presidente Executiva do Banco Rural, Kátia Rabello, foi uma das atingidas pela extensão da quebra, promovida pelo Juiz de Primeiro Grau. Ela foi considerada uma das beneficiárias finais da empresa Securinvest – uma holding supostamente pertencente a investidores costa-riquenhos –, tendo seus bens atingidos pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

¹⁴ Esse primeiro teve grande envolvimento no Esquema do Mensalão, deflagrado nos anos de 2005 e 2006.

A despeito de restar comprovado nos autos que Kátia Rabello era a real beneficiária da Securinvest – através da juntada de uma troca de correspondências entre ela e os representantes da Securinvest, na qual ela dá orientações para modificação da estrutura societária das empresas *offshore* – a interpretação progressiva do Art. 50 do Código Civil, promovida no julgamento supracitado, mostra-se complexa, tendo em vista que não envolveu as jurisdições das sociedades *offshore*.

A abordagem universalista é fundamental nesses casos, pois conforme será visto adiante, a constituição de beneficiários ocultos em empresas offshore é procedimento lícito e usual nas jurisdições de paraísos fiscais, visando à proteção da privacidade dos *beneficiaries* das *holdings* ou *trusts*. Deve-se, portanto, desenvolver o processo de insolvência em parceria com as cortes dos países sede das empresas estrangeiras, de modo a assegurar-se a penhora dos bens não só dos nacionais responsáveis pela fraude, mas também das próprias sociedades empresariais alienígenas.

A esse respeito, cumpre ressaltar que a informação de que Katia Rabello seria a real beneficiária da Securinvest *Holdings* S.A. foi obtida através de uma ação na *Grand Court of the Cayman Islands* pelo Sr. Afonso Henrique Alves Braga (Administrador Judicial da Massa Falida), juntamente com mais dois Trusts das Ilhas Cayman, em desfavor da Sra. Kátia Rabello, Banco Rural S.A., Securinvest *Holdings* S.A. e outras duas holdings, também das Ilhas Cayman. O objetivo do síndico era revelar quais eram os *Ultimate Beneficial Owners* da Securinvest e demais empresas. Chama-se atenção ao fato de que caso o juízo brasileiro tivesse adotado a corrente universalista, tal questão seria rapidamente revelada, tendo em vista a cooperação que ocorreria entre o Estado Brasileiro e as Ilhas Cayman¹⁵.

¹⁵ A Grand Court of the Cayman Islands mostrou-se extremamente colaborativa com as decisões tomadas pelo STJ quando da fundamentação de seu acórdão. Essa posição demonstra que os paraísos fiscais não são jurisdições a margem da lei, tampouco assim compreendem seus juízes. Urgente, por isso, a mudança de postura do Superior Tribunal de Justiça, de modo a entregar aos cidadãos brasileiros um processo falimentar mais eficiente e justo. Cf. CAYMAN ISLANDS. Grand Court Of The Cayman Islands. **Cause n. FSD. 025 of 2011**. Disponível em: <[https://staging.judicial.ky/wp-content/uploads/FSD-judgments/11-05-20-Afonso-Henrique-Alves-Braga-v-Equity-Trust-Company-\(Cayman\)-Ltd-and-others.pdf](https://staging.judicial.ky/wp-content/uploads/FSD-judgments/11-05-20-Afonso-Henrique-Alves-Braga-v-Equity-Trust-Company-(Cayman)-Ltd-and-others.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2015.

Da maneira com a qual se estruturou a Ementa do Acórdão¹⁶, a própria licitude das operações de transferência de capitais, elencadas anteriormente, são vistas como fraudes presumidas contra credores. Destarte, a existência de grupos empresariais no exterior que detenham relação com empresas brasileiras fica prejudicada, tendo-se em vista a insegurança jurídica criada pelo precedente. Não só se desconsidera a personalidade jurídica da Agroindustrial Espírito Santo do Turvo Ltda. – sociedade empresária cujos sócios são duas offshores sediadas nas Ilhas Virgens Britânicas (*All Sugar International* e *Real Sugar Corporation*) – sem conceder-se o devido contraditório a essas sociedades, como também se salvaguarda enquanto vício sanável a ausência de citação da Kiaparack, conforme será explicado no último capítulo.

¹⁶ “PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O recurso especial não deve ser conhecido nas hipóteses em que não foi ventilada, pela decisão recorrida, a questão federal impugnada, não obstante a interposição de embargos de declaração. Enunciado 211 da Súmula/STJ. 2. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos. 3. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 4. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social. 5. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.” Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.258.751/SP, j. 28.06.2012, Rel. Ministra Nancy Andrighi. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 2012.

2. ALGUNS CONTORNOS DA UTILIZAÇÃO DAS EMPRESAS OFFSHORE NO MUNDO

Para realização de uma análise mais detalhada do caso Petroforte faz-se fundamental a compreensão dos mecanismos por de trás do funcionamento das empresas *offshore*, desvelando suas funções principais e distinguindo suas atuação lícita, por meio do planejamento tributário internacional, das ilícitas, fraudes mercantis e de lavagem de dinheiro praticadas por seus sócios, acionistas e beneficiários.

Assim sendo, serão brevemente estudados nesse capítulo os principais modos de constituição das estruturas societárias nos paraísos fiscais, bem como os planejamentos fiscais que justificam suas aplicações lícitas no âmbito internacional, proporcionando-lhes vantagens comparativas frente aos métodos ordinários de organização societária.

Ainda sim, não serão objeto de reflexão os mecanismos de lavagem de dinheiro ou de fraude mercantil que perpassam o REsp nº 1.258.751/SP¹⁷. A análise desenvolvida nesse capítulo cuidará tão somente dos mecanismos ordinários de funcionamento das *offshores*, inquirindo-se seus abusos quando da análise detida do Recurso Especial – a ser realizada no próximo capítulo.

2.1 OFFSHORE COMPANIES

A correta compreensão das empresas offshore, também denominadas *Private Investment Companies* (PIC), faz-se de suma importância para que o fenômeno da globalização seja compreendido em toda sua dimensão inclusiva,

¹⁷ O Ministério Público de São Paulo promoveu Ação Penal contra os sócios da Petroforte, e diversas outras pessoas físicas, tendo em vista os crimes contra a fé pública contidos nos artigos 187, 188, incisos III e VIII, todos do Decreto-Lei 7.661/45, e, ainda, artigos 168, caput, (por 438 vezes), 172 (por 20 vezes), 180, caput, (por 4 vezes), 298, caput, 299, caput, 304, caput, todos do Código Penal, e, ainda, art. 288, caput, do Código Penal, c.c. a Lei 9.034/95, arts. 1º, inciso I, 2º, inciso III e 5º, inciso III, todos da Lei 8.137/90, art. 1º, incisos V e VII, § 1º, incisos II e III e § 2º, incisos I e II, todos da Lei 9.613/98 e art. 1º da Lei 2.252/54, todos eles combinados com os artigos 29, caput, e 69, caput, ambos do Código Penal Brasileiro. O processo (nº 0000057-68.2007.8.26.0100) encontra-se ainda em tramitação na 28ª Vara Criminal de São Paulo - Foro Central Criminal Barra Funda.

de forma a assimilar seu aspecto distribuidor de renda, recursos naturais, energéticos e até mesmo serviços e pessoas.

Seu histórico remonta ao século II a.C., período no qual a Ilha de Delos, na Grécia, tornou-se uma região de isenção tributária para os mercadores que lá estocavam seus produtos, de modo a evitar o pagamento de impostos de importação e exportação cobrados nas demais localidades (HUCK, 1997, p. 254). Devido a sua posição geográfica privilegiada, a ilha tornou-se um importante centro de comércio e de trocas onde transitaram especiarias, marfim, tecidos, vinho e trigo.

O fenômeno foi retomado na Idade Média em diferentes cidade-estado da Europa, tendo nos portos e feiras seus pontos de maior renúncia tributária. No século VII, por exemplo, surgiu uma feira denominada *Lendit*, na cidade *Saint-Denis*, a qual era isenta de impostos. Também nas cidades Francesas, entre os séculos XII e XIV, prosperaram as feiras de *Lyon*, *Beaucaire* e *Champagne*, graças aos benefícios fiscais concedidos aos seus comerciantes (RAPOSO; MOURÃO, 2013, p.313).

A partir do século XVI, desenvolvem-se atividades bancárias nos entrepostos coloniais de modo a viabilizar as operações comerciais. Já no século XX, com a lei seca estadunidense, surge a expressão branqueamento ou lavagem de dinheiro, como forma de reinserção de divisas ilegais oriundas do tráfico de bebidas.

Já no século XX, surgiu um novo tipo de paraísos fiscais, países que após a Segunda Guerra Mundial tornaram-se zonas livres de impostos como forma de captação de ativos para seu desenvolvimento, são os chamados “esquecidos do Plano Marshall” (RAPOSO; MOURÃO, 2013, p.314). Países como as Ilhas Cayman, Suíça e Luxemburgo começaram a construir legislações que viabilizavam a criação de empresas por estrangeiros que desejassem depositar seus capitais como forma de elisão tributária.

Atualmente, as regras de fundação e funcionamento das sociedades empresariais nesses países variam conforme as leis locais, bem como as modalidades de organização societária (trusts, holdings, etc.). As opções de jurisdição para fundação das empresas offshore são as mais diversas: Hong Kong, Cingapura, Dubai, Delaware (EUA), Nevis, Andorra, BVI, Panamá, Belize, entre outras. Cada qual com as particularidades da legislação local. O Panamá,

por exemplo, permite o registro da empresa com sede física em outro país e conta bancária em um terceiro Estado.

A doutrina assim define o as empresas situadas nessas jurisdições de tax haven: “[...] constitui-se uma pessoa jurídica no exterior com a finalidade de deter e aplicar as disponibilidades financeiras do(s) seu(s) sócio(s)”. (LONGO, 2011, p. 319). Ou seja, trata-se de uma sociedade empresarial autônoma, constituída no exterior, sujeitando-se a regime jurídico diverso ao do país de origem e de domicílio de seu(s) sócio(s). Possui também, por vezes, regime societário e de tributação diferenciados.

As finalidades da constituição dessas empresas offshore são variadas, perpassando desde uma melhor governança patrimonial e sucessória, privacidade financeira, administração do passivo, responsabilidade civil limitada até mesmo abrindo possibilidade para elisão fiscal e proteção de ativos. Sua utilização para práticas de ilícitos, como lavagem de dinheiro e evasão de divisas também é muito comum, tendo em vista a facilidade de aplicação do capital nos bancos dos respectivos paraísos fiscais.

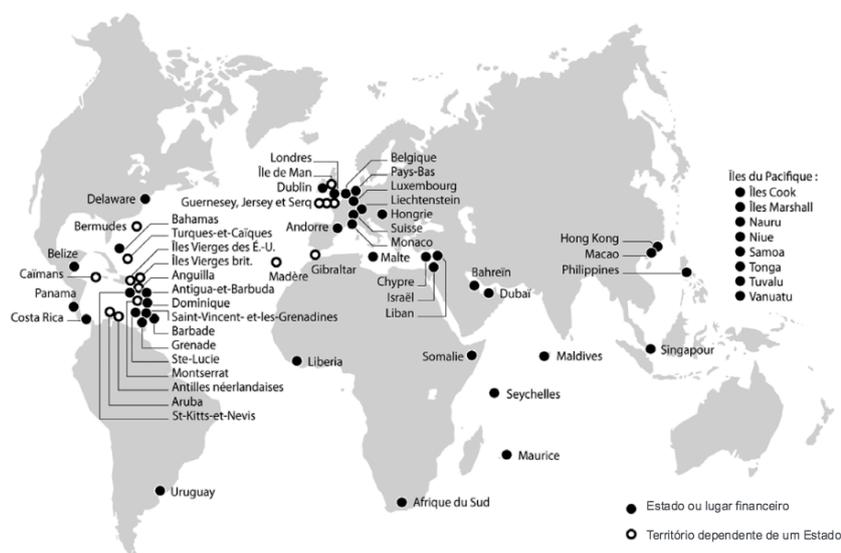
Atualmente a lista da Receita Federal Brasileira que classifica os países em paraísos fiscais conta com mais de 64 países (BRASIL, 2010), tais como Emirados Árabes, Líbano, Hong Kong, Cingapura, entre outros. Na legislação brasileira o conceito legal de paraíso fiscal encontra-se no Parágrafo-Único do artigo 24-A da Lei no 9.430/9630, que é constantemente editado de forma a alterarem-se as alíquotas mínimas de tributação de renda¹⁸.

A respeito das listas de países com tributação privilegiada, denominada pela OCDE de *grey lists*, contabiliza-se que hoje existam cerca de 50 países ou jurisdições classificadas como paraísos fiscais:

¹⁸ O enquadramento dos países em paraísos fiscais vem suscitando acalorados debates no Parlamento Brasileiro. Tendo em vista a presença de alguns países do Oriente Médio, como os Emirados Árabes Unidos, a lista da Receita Federal tem sido vista com ressalvas por alguns parlamentares. Visando combater a indexação arbitrária, o Senador Ricardo Ferraço propôs o Projeto de Lei do Senado nº 275, de 2014, prevendo o acréscimo art. 24-C à Lei nº 9.430 prevendo que deixará de ser considerado "paraíso fiscal" o país que não for assim identificado, ainda que com uma denominação distinta, por órgão, entidade ou organização independente e internacionalmente reconhecida. Por sua vez, caberá ao Executivo indicar um ou mais órgãos para essa certificação.

Figura 1 – Os paraísos fiscais

Os paraísos fiscais



Fonte: (CHAVAGNEUX, Christian; PALAN, Ronen, 2006 apud MOTA, Júlio; LOPES, Luís Peres; ANTUNES, Margarida, 2009, p. 48).

Esses paraísos fiscais representados foram obtidos a partir de três listas negras¹⁹:

1. da OCDE (47 países identificados em 1999 e 35 classificados em 2000);
2. do Fórum de Estabilidade Financeira (42 classificados em 3 grupos segundo a hierarquia dos riscos)
3. do GAFI (29 identificados e finalmente 15 publicados).

2.2 PRINCIPAIS ESTRUTURAS SOCIETÁRIAS PARA OFFSHORES: OS TRUSTS E AS HOLDINGS

Os *trusts* são relações jurídicas nas quais uma pessoa, por ato entre vivos ou *causa mortis*, denota uma dotação patrimonial, que irá compor um fundo autônomo, nos quais os bens estarão sob o controle de um *trustee*, que

¹⁹ As três são datadas do ano 2000, sofrendo atualizações em 2005-2006.

realizará a administração destes no interesse de um favorecido ou de um fim determinado²⁰.

Por se tratar de uma criação tipicamente do common law, a tradição brasileira não parece ter assimilado plenamente o fenômeno dos trusts, como fizeram os países de tradição híbrida (romano-germânica e anglo-saxã) tal como a Escócia, a África do Sul²¹ e alguns países de tradição romano-germânica como Panamá, Liechtenstein e México²². Essa ausência de recepção talvez se deva ao fato do instituto adotar noções de propriedade distintas das de tradição romano-germânica, que serão explicitadas no terceiro capítulo, tendo então suas raízes na atividade jurisdicional promovida pelo *Chancellor* na *Court of Equity* (TERPINS, 2013, p. 19).

A esse respeito, é importante pontuarmos que o instituto dos trusts remonta a conquista normanda na Inglaterra, ocorrida no século XI. Nessa ocasião, as terras da nobreza inglesa foram apoderadas pelo Rei Guilherme I, que as concentrou em sua propriedade e estabeleceu sob elas um sistema feudal. A outorga dessas terras reais foi realizada pelo Rei Guilherme por meio da instituição de *tenures*, instituto que desdobra o domínio das terras reais entre domínio direto, pertencente ao rei, e domínio útil, usufruído pelos vassallos, nomeados *tenants* (HOLDSWORTH, 1922).

De início, o Rei constituía o único *tenure*, sendo seus vassallos os “usufrutuários” da propriedade. No entanto, com o passar dos anos, esses vassallos tornaram-se *tenure* de outros vassallos, convertendo-se o Rei ao status

²⁰ Foi utilizada a definição legal de trusts, promovida pela Convenção de Haia sobre a Lei aplicável ao Trust e a seu reconhecimento (Concluída em 1 de julho de 1985), em seu Art. 2º. Cf. VAN LOON, J. H. A. **The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their recognition. Trust & Fiducie – la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise**. Paris: Montchrestien, 2005, p. 19-20. Muito embora a Convenção não tenha sido ratificada pelo Brasil, entende-se que sua observância é aconselhável. Conforme já mencionado, a LINDB assim o prevê em seus arts. 7º e 11. Cf. BRASIL. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

²¹ “Cabe destacar que, na Escócia, o *trust* não foi recepcionado diretamente do direito anglo-saxão; o instituto surgiu no século XVII e foi desenvolvido, provavelmente, a partir das figuras de *depositum*, *mandatum*, e *fideicomissum*. Já na África do Sul, o trust foi introduzido pelos colonos ingleses durante o século XIX, mas foi posteriormente desenvolvido e adaptado para adequar-se aos conceitos de direito civil, mediante o uso dos conceitos de *fideicomissum* (para o trust testamentário) e *stipulatio alteri* (para o trust celebrado mediante negócio inter vivos)” Cf. OLCESE, Tomás. **Formação histórica da real property law inglesa: tenures, estates, equity & trusts**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 104.

²² Esses países, por sua vez, fizeram a recepção dos trusts por meio de propostas legislativas. *Ibid*, 2012, p.104.

de senhor de todos os senhores. Esses direitos de “usufruto” da terra, conferidos pelo Rei aos seus vassallos, e assim sucessivamente, eram chamados de *interests*, ou *estates*²³. Os *tenant*, no entanto, estavam restritos a certas limitações quanto ao uso e cessão da terra, sendo a maior parte delas vinculadas à sucessão.

Posteriormente essas restrições foram ampliadas pelo Rei Henrique VIII, tendo como alvo principal a mão morta da Igreja – que acumulava um imenso patrimônio graças às heranças e doações realizadas pelos fiéis – o que acabou por gerar uma enorme tensão na sociedade medieval inglesa. Os *tenants* se sentiam excessivamente limitados, uma vez que não queriam ter proibições quanto à sucessão de terras, podendo atribuí-las aos herdeiros que desejassem; já os religiosos estavam insatisfeitos, pois desejavam adquirir bens para o amparo de suas igrejas, congregações e escolas (DAVID, 2000, p. 97).

Como resposta a essas medidas reais, surgiram os *uses*, precursores da concepção moderna de *trusts*. Consistiam em transferências de terra realizadas em favor de um terceiro, em fidúcia, para uso (*to the use*) de outrem. Por conseguinte, o fiduciário (*feoffee to use*) ostentava a posição de posseiro da terra, ficando incumbido de administrá-la em favor do beneficiário (*cestui que use*).

Inicialmente, o *use* não detinha nenhum tipo de proteção jurídica em caso de descumprimento da fidúcia, tornando-se o fiduciário proprietário legal do bem, podendo dar-lhe a destinação que bem entendesse. À vista disso, era um instituto em que a confiança era fundamental, sendo o descumprimento da fidúcia uma sanção meramente moral – não produzindo efeitos jurídicos.

Sem embargo, alguns beneficiários insistiram em acionar o *Chancellor* na *Court of Equity*, que foi paulatinamente emitindo decisões no sentido de tutelar a equidade, validando os *uses* com base nos princípios da *Equity*, enfraquecendo assim as regras de *Common Law*:

²³ Esta termo advém da ideia de que a Coroa (*Crown*) era a única proprietária plena sobre a terra. Destarte, todos os desdobramentos desses direitos sobre a propriedade eram denominados de interesses, e não de propriedade. Cumpre destacar, portanto, que os conceitos de propriedade e de direito real do *Common Law* devem ser compreendidos com suas peculiaridades em relação ao sistema romanista.

A posição do fiduciário (*trustee*), encarava-se diferentemente nas duas jurisdições. Para os tribunais comuns, era ele o único e verdadeiro proprietário dos bens, enquanto para a Corte de Chancelaria não passava de simples intermediário, ou, quando muito, proprietário provisório. Tinha este um direito legal (*legal right*), e, o beneficiário, um direito de equidade (*equitable right*), e, como prevalecia a equidade no conflito com a lei, o direito do beneficiário assegurava-se pelo recurso à Corte da Chancelaria. Por força dessa duplicidade, admitiu-se o desdobramento do direito, ficando o título de propriedade (*legal title*) com o fiduciário (*trustee*) e o domínio útil (*beneficial use*), com o beneficiário. (GOMES, 1965 apud TERPINS, 2013, p. 21).

Esse fortalecimento dos uses promovido pelos *Chancellors* acarretou em um decréscimo patrimonial para os suseranos, em especial para a Coroa. Visando a extinção do instituto o Rei Henrique VIII, em 1535, criou *Statute of Uses* - que proibiu o instituto dos uses, com base em sua grande utilização em fraudes.

Apesar das investidas Reais, a *Court of Equity*, insistiu na tese da não aplicação do *Statute of Uses*, adotando paulatinamente uma jurisprudência que permitia a constituição de dois uses, sendo apenas o primeiro atingido pelo *Statute of Uses*. Tornou-se prática frequente então que se criasse dois uses, um seguido sob o outro, de modo a validar o segundo use - chamado então de trust. O instituto consolidou-se em 1893, quando da produção dos *Trustees Act*, uma compilação da jurisprudência da *Court of Equity* quanto a figura dos *trusts* (OLCESE, 2012, p.136).

Como visto, trata-se de uma figura jurídica deveras interessante, que permeia direitos de natureza obrigacional e real, de modo semelhante à figura romana do fideicomisso (OLCESE, 2012, p.136). Não obstante, mister resguardar as diferenças entre os sistemas jurídicos, conforme já destacado. Para uma correta compreensão do instituto deve-se atentar para o fato de que conceito de propriedade utilizado nos *trusts* é próprio do direito anglo-saxão, era baseado nos já citados *estates*. Enquanto neste instituto, elaborado quando do regime feudal inglês, somente o Rei exercia o pleno direito de propriedade, países de tradição romano-germânica, a propriedade plena é típica de qualquer

sorte de proprietário – conforme destacado no próprio Art. 1.231 do Código Civil de 2002²⁴.

Importante notar que os *trusts* não são uma pessoa jurídica, mas sim uma modalidade de contrato (*Declaration of Trust, Trust Transfers, Powers of Appointment, Contracts Trusts* ou *Statute*) entre pessoas físicas e/ou jurídicas. Tal característica dota os trusts de neutralidade fiscal, posto que na maioria das jurisdições em que eles são regulamentados não são cobrados impostos sobre a renda. O *trustee*, destarte, é somente um titular dos ativos submetido à requisitos contratuais constitutivos dos *trusts*. O instrumento jurídico dos trusts é, à vista disso, somente uma relação contratual de tutela de ativos ou bens para o *cestui que trust/use/vie* (beneficiário).

Sua utilização hodierna tem os mais diversos objetivos, sendo frequentemente adotada em países de tradição de *common law*. Ademais, são modalidades de contrato muito procuradas por empresas e pessoas físicas que iniciarão suas operações em paraísos fiscais, tendo em vista a privacidade proporcionada e a neutralidade fiscal supracitada.

Ainda que tenham possíveis resultados comuns, os trusts não devem ser confundidos com as holdings, que tem uma constituição diversa:

as holdings são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias. (CARVALHOSA, 2009, p.14).

As holdings, por consequência, nada mais são do que uma pessoa jurídica – dotada de todos os atributos da empresa – que tem como objeto social controlar/participar outras sociedades²⁵. Destarte, podem ser constituídas pelos

²⁴ Artigo 1.231 do Código Civil: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. Cf. BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 53. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

²⁵ Cf. Art. 2º, §3º da Lei 6.404/76: “Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. [...]§ 3º A companhia

mais diversos tipos societários (sociedades limitadas, sociedades anônimas, sociedade em comandita por ações, entre outras), objetivando fins também múltiplos, tais como: estruturação e concentração da atividade empresarial, planejamento sucessório e profissionalização da administração societária.

Quando constituídas no âmbito internacional as holdings e os trusts ganham também o condão de “blindagem patrimonial”, termo utilizado impropriamente para descrever a situação jurídica de obstaculização da identificação dos reais proprietários de seus bens e direitos. Seu modus operandi será agora pormenorizado de forma a viabilizar uma melhor compreensão acerca da operacionalização dos negócios em paraísos fiscais.

2.3 REGIMES TRIBUTÁRIOS PREFERENCIAIS PREJUDICIAIS E PARAÍÇOS FISCAIS

Os paraísos fiscais, conforme elucidado no início do capítulo, são caracterizados como países cuja tributação incidente nos fatos geradores típicos do exercício de atividade econômica é extremamente reduzida, ou até existente. Geralmente são jurisdições de pequeno porte com forte estrutura financeira e avançada estrutura de serviços de suporte às empresas. Além disso, caracterizam-se como países em que há um grande zelo com o sigilo bancário. Implica-se, por conseguinte, que os paraísos fiscais são atraentes a empresas em decorrência das características citadas, mas principalmente pela baixíssima carga tributária e confidencialidade financeira e fiscal.

A OCDE (OCDE, 1998), a pedidos dos países, membros ou não-membros, publicou um relatório, *Competição Tributária Danosa: Um Problema Global Emergente (Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue)*. Em tal relatório, gravitam vários fatores para a identificação de um paraíso fiscal. Um bom indicador diz respeito ao “critério da reputação” (OCDE, 1987, p. 22), ou seja, países que são internacionalmente conhecidos como paraísos fiscais, ou que assim se denominam. Entende-se que além desse critério, o Estado deve-

pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.” BRASIL. Lei nº 6.404, de 12 de dezembro de 1976.

se enquadrar ainda em uma dessas práticas: não incidência de tributação, ou com alíquota extremamente reduzida; falta de trocas efetivas de informações; falta de transparência na operacionalidade e no funcionamento legislativo, prática legal ou provisões administrativas; e falta da necessidade de atividades substanciais da empresa, o que leva à atração de investimentos e transações puramente orientadas pela não-tributação.

A segunda forma atípica de tributação nos rendimentos da empresa é a dos regimes tributários preferenciais prejudiciais. Segundo Alberto Xavier (2009 apud MOTA, 2012, p. 55), esses territórios tem como característica comum a não incidência de imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas, cujo capital seja de não residentes que exerçam sua atividade exclusivamente fora do território em questão, também não incidindo, em geral, imposto sobre o rendimento na fonte de dividendos distribuídos aos sócios.

Os regimes tributários preferenciais prejudiciais podem ser resultado tanto de uma redução na alíquota tributária quanto na base de incidência tributária, ou em ambas. De forma análoga aos paraísos fiscais, e em decorrência dos efeitos semelhantes de ambas formas atípicas, a OCDE identificou quatro fatores chave para identificação de regimes tributários preferencias prejudiciais: tributação efetiva baixa ou inexistente; delimitação ou insulamento dos regimes tributários preferenciais perante os outros players atuantes naquele país; falta de transparência; e falta de trocas efetivas de informação (BORGES, 2004, p.8).

2.4 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

2.4.1 A DUPLA TRIBUTAÇÃO

O conceito de dupla tributação surgiu em razão da evolução do comércio entre países, devido à vontade dos Estados em tributar as empresas no exercício de suas atividades econômicas. Formalmente, a dupla tributação

jurídica ocorre quando um contribuinte²⁶ é tributado a taxas comparáveis, por dois ou mais Estados, incidentes sobre a mesma pessoa, sobre a mesma atividade econômica, em um mesmo período (TAVOLARO, 2004, p. 1).

Caso inexistam tratados ou acordos entre os países, por conseguinte, a mesma atividade econômica será tributada duas vezes. Em razão disso, surgiu a necessidade de melhor disciplinar a diferença entre lucro e atividade econômica para fins tributários, além de elaborar teorias e princípios sobre a dupla tributação e como evitá-la, desenvolvendo assim diretrizes para que os países pudessem seguir buscando sanar tais disfunções.

Avolumam-se então os tratados bilaterais entre os países, em especial após a Primeira Guerra Mundial, como forma de evitar a dupla tributação e fomentar o comércio entre os países. Mister salientar que não houve um grande tratado ou convenção que reunisse os países a fim de disciplinar normas tributárias internacionais, minimizando possíveis falhas que poderiam ser geradas com os acordos bilaterais. Houve, ao revés, persistência pelos tratados internacionais de cooperação mútua. Como consequência, estima-se que existam mais de dois mil tratados bilaterais internacionais, firmados entre 130 países²⁷ – uma verdadeira miríade tributária, densa e intrincada (TAVOLARO, 2004, p. 9).

A grande discussão provém da opção generalizada feita, ainda que não consciente, por tratados bilaterais. Por serem diferentes as condições tributárias entre países, diferentes tratados, engendram-se possibilidades de alocação de recursos de forma a agressivamente reduzir tal carga, consubstanciada na existência dos já mencionados paraísos fiscais, países com nenhuma ou com pouca carga tributária.

Sob esse prisma, o planejamento tributário empregado pelas corporações multinacionais, explorando os mecanismos que evitam a incidência da dupla tributação, acabam por alcançar a dupla não-tributação, o pagamento de valor irrisório em face da contribuição real devida.

²⁶ Entende-se aqui a figura do contribuinte conforme disposto no CTN: “Art. 22. Contribuinte do imposto é: I - o importador ou quem a lei a ele equiparar”.

²⁷ Este quadro de expansão legislativa agrava-se a cada ano também no Brasil, Segundo um “levantamento feito pela Casa Civil da Presidência da República apontou há alguns anos para a existência de 181 mil leis no Brasil”. Cf. ASSIS, Luiz Roberto de. **Mitos do regime cambial brasileiro**. Valor Econômico. São Paulo, p. 2. nov. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4312376/mitos-do-regime-cambial-brasileiro>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

Reagindo a isso, a OCDE e o G20 vêm tentando combater o planejamento tributário internacional por meio de um já mencionado esforço global de vigilância, uma espécie de cooperação entre as duas estruturas internacionais. A origem dessa assistência remonta ao ano de 2012, quando os países integrantes do G20 se reuniram na Cúpula de *Los Cabos*, no México, com vistas a solicitar à OCDE meios de combater o referido planejamento agressivo, objetivando principalmente o aumento da arrecadação e uma maior adesão às leis tributárias.

Como resultado, em 19 de julho de 2013, a OCDE publicou um plano identificando 15 pontos de ação para atacar o que convencionou-se como Erosão da Base Tributária e Transferência de Resultados – BEPS. Desde então, a Organização vem trabalhando, tanto com países-membros quanto não-membros, de forma a pressionar pela ratificação imediata dos referidos pontos de ação em uma convenção-modelo tributária internacional, a ser adotada não apenas entre os países, mas também na legislação tributária doméstica de cada um dos signatários²⁸.

Naturalmente, deve-se considerar, ao longo de toda a leitura, que as ações aqui expostas são limitadas por algumas medidas, porém que, quase sempre, há êxito na consecução da erosão da base tributária, além de uma diminuição significativa da alíquota dessa tributação. Conquanto as medidas mitiguem a referida elisão, não são suficientes para conter a criatividade estratégica das multinacionais.

2.4.1.1 PRINCÍPIOS DA DUPLA TRIBUTAÇÃO

Em 1921, a antiga Liga das Nações convocou especialistas na área de tributação para elaborar um relatório sobre dupla tributação. Tal pesquisa culminou na famosa publicação de 1923, que foi discutida extensivamente em

²⁸ As principais críticas dirigidas atualmente a implantação do BEPS no Brasil dizem respeito a sua “interferência excessiva em assuntos internos” – por meio de Medidas Provisórias e outros instrumentos do Executivo –, além da baixa penetração na Agenda do Legislativo. Cf. GUIMARÃES, Thiago. **G20 fecha cerco contra ‘brechas’ usadas por multinacionais para pagar menos impostos.** Bbc Brasil. Antália. nov. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151114_g20_>. Acesso em: 14 nov. 2015.

diversas ocasiões – consagrando-se como base para Modelo de Tratado de 1928, Modelo de Tratado do México em 1943 e o Modelo de Tratado de Londres em 1946. O trabalho feito pelos especialistas em 1921 resultou, por fim, na Convenção-Modelo sobre o Rendimento e Patrimônio da OCDE em 1963. Tal Convenção-Modelo serviria como documento-base de referência para todos os tratados bilaterais supervenientes à sua publicação, sejam eles entre países-membros da OCDE ou não (CALIENDO, 2008, p. 352). Esse documento foi posteriormente atualizado, nos anos de 1977 e 1992.

Desses documentos retiram-se três pilares da tributação internacional que iluminam os tratados internacionais bilaterais, alcançando, inclusive, muitas das legislações domésticas dos países. São eles: o princípio da *source-based taxation* ou princípio da tributação na fonte, ou princípio da territorialidade (TAVOLARO, 2004, p. 9), o princípio do *arm's length* ou princípio do preço de plena concorrência; e *treaty shopping* ou escolha motivada de tratados (BURKIN, 2011, p. 57).

O princípio da tributação na fonte determina que os impostos sejam recolhidos a renda originária de respectiva jurisdição, independentemente de serem ou não residentes. Portanto, os tributos da receita das corporações multinacionais devem ser recolhidos pelo governo do país fonte de suas atividades financeiras²⁹. Esse princípio foi formulado pela Liga das Nações, no início do séc. XX, baseando-se então nas leis tributárias vigentes no séc. XIX. As fontes de renda da época – salários, dividendos, aluguéis – eram organizadas através do sistema de imposto cedular. Por conseguinte, os rendimentos das empresas eram pensados apenas como uma das fontes de renda para tributação, de forma que o receptor final do imposto não detinha grande relevância.

Sob essa ótica, tal sistema não parece apresentar viabilidade nos dias contemporâneos. A título de reflexão: qual seria o procedimento na hipótese em

²⁹ Este princípio determina que poder de tributar a renda é do Estado em cujo território os rendimentos foram produzidos (critério da fonte produtora), ou em cujo território foi obtida a sua disponibilidade econômica ou jurídica (critério da fonte pagador). Tal critério é justificado pelo fato de que o Estado, cuja economia produzia a renda recebida, deve tributá-la, tendo em vista que a obtenção dessa renda somente se tornou possível graças às condições políticas, econômicas, sociais e jurídicas ali existentes. Cf. TAVOLARO, Agostinho Toffoli. **Tratados para evitar a Dupla Tributação Internacional**. 2004. Disponível em: <<http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs537.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015, pg. 8.

que ao revés de ser apenas uma empresa brasileira com proprietários estrangeiros, existisse uma subsidiária atuante no Brasil, controlada por empresa estrangeira, de cujas atividades econômicas se extraísse fração para comercialização e importação dos produtos da empresa no exterior? De quem seria o direito de tributação sobre os lucros da empresa? A situação se agrava quando considerados os produtos baseados, principalmente, em propriedade intelectual e oriundos da revolução tecnológica e de informática do final do séc. XX, como softwares e outros bens incorpóreos.

A solução deste problema é retratada pelo princípio do preço de plena concorrência, ou *arm's length principle*. Prescreve-se que as duas entidades devem computar suas operações como se não pertencessem ao mesmo grupo econômico. Em outras palavras, as operações entre as corporações do exemplo acima, ainda que sejam operações intragrupo econômico, devem, por isso, ser feitas como se houvesse a “distância de um braço”, isto é, pelo mesmo preço e sob condições análogas a operações com terceiros, com empresas não-relacionadas. As transações devem, por conseguinte, serem realizadas sob preço de mercado, em ampla concorrência (SHOUERI, 2006, p.11).

Esse é um dos princípios mais usados em uma elisão fiscal bem-sucedida. Mister, todavia, ressaltar que os referidos preços das operações de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico é definido como “preço de transferência”, porquanto a própria Convenção-Modelo da OCDE trate da erosão da base tributária e da transferência de rendimentos. Esta é alcançada por meio da alocação orgânica de empresas de forma a transferir, por meio das operações em pauta, o lucro para países com baixas alíquotas, ou baixa base tributária, e os custos para países com alta carga tributária (GREGORIO, 2010, p. 12).

Finalmente, tem-se o *treaty shopping*, que em tradução literal significaria “compras de tratados”, uma espécie de centro comercial onde se escolheria o tratado que melhor satisfizesse as necessidades de cada empresa. É, por conseguinte, o fenômeno que permite às empresas analisar os tratados entre países, identificando lacunas ou omissões legais (*loopholes*), de forma a reduzir significativamente a carga tributária.

Importante destacar que por mais que se considere a exploração tributária de um tratado como uma eventual prática antiética, ou que fira o princípio da

tributação justa³⁰, a empresa que se utilizar dos *loopholes* do tratado não estará incorrendo em evasão, mas sim elisão fiscal.

Por fim, cumpre salientar que a elisão tributária, decorrente de planejamento tributário agressivo, explora cada um desses princípios em conjunto. Paradoxalmente, os princípios criados com o condão de proteger as empresas da dupla tributação são justamente os responsáveis por viabilizar a dupla não-tributação. Em razão disso, os líderes do G20 solicitaram à OCDE que fizesse um relatório para combater o abuso dos pilares por meio de técnicas subsidiárias ao planejamento tributário com vistas a impedir a não-tributação.

2.4.2 PLANO DE AÇÃO – BEPS

Como visto, o planejamento internacional tributário adquiriu uma conotação de crescente agressividade resultando em atividades muitas vezes denominadas como antiéticas, em que a elisão tributária vale-se de mecanismos que possibilitam a incidência de uma carga tributária baixa que vai contra os princípios da moralidade e da capacidade contributiva, noção de que uma multinacional deve contribuir com uma contraprestação dentro da sua possibilidade econômica ao exercer suas atividades naquele mercado.

Por outro lado, colocam-se os princípios da segurança jurídica e livre exercício das atividades econômicas, tendo em vista que as operações de redução dos custos fiscais das multinacionais sempre foram obtida através de planejamentos tributários realizados em plena conformidade legal. A legislação deficitária dos países membros da OCDE foi o fator que permitiu às empresas globais recolherem impostos em parcela inferior às empresas atuantes somente no mercado doméstico.

Diante desse debate, a OCDE, a partir do pedido dos líderes do G20, formulou um plano de ação para tentar conter ou contra-atacar a erosão da base tributável e preços de transferência, ou BEPS – *Base Erosion and Profit*

³⁰ Princípio da Tributação Justa, refere-se à ideia de que a empresa que desenvolve atividades econômicas num determinado país deve retribuir à sociedade daquele país eis que usufruiu da estrutura de mercado, estrutura social, etc. Diz respeito, em geral, ao espírito da lei e dos tratados tributários, não à sua letra.

Shifting, que segundo os relatórios da organização, resultam em renúncia fiscal global na ordem de US\$ 100 a 240 bilhões anuais (OCDE, 2015). Para tanto, apresentou-se um plano de ação, com 15 medidas³¹ a serem tomadas pelos países signatários a fim de conterem a erosão da base tributária e a transferência de lucros para países com baixa ou nula tributação, e sem atividade econômica substancial:

1 – Address the tax challenges of the digital economy

Dever-se-á identificar as principais dificuldades que a economia digital, com o advento da globalização, impõe à aplicação das regras tributárias existentes considerando-se o aspecto holístico do sistema, tanto tributação direta quanto indireta. Um exemplo é o desafio concernente à habilidade de algumas empresas de terem presença digital significativa sem que tenha contraprestação tributária devido à falta denexo tributário, como observados nas regras atuais.

2 – Neutralise the effects of hybrid Mismatch Agreements

Desenvolver um modelo de tratado cujas provisões legais e recomendações acerca do desenho das regras domésticas com vistas a mitigar ou neutralizar o efeito de mecanismos e entidades híbridas, isto é, neutralizar o duplo desconto, a dupla não-tributação, etc. Espera-se que haja mudança na Convenção-Modelo de Tratado da OCDE de forma a impedir abusos como, por exemplo, que arranjos e estruturas híbridas não sejam utilizadas abusivamente com fins de elisão tributária.

3 – Strengthen CFC Rules

Desenvolver recomendações acerca do desenho legal e estrutural de empresas controladas por grupos estrangeiros.

4 – Limit base erosion via interest deductions and other financial payments

Desenvolver recomendações acerca dos melhores tipos de disposições legais para prevenir a erosão da base tributável através de uso de taxa de juros, de transmissão de perdas e dívidas, de pagamentos financeiros equivalentes a pagamentos de juros e royalties. Deve ser analisado em conjunto com preços de transferência, inclusive com mudanças no Guia de Preços de Transferência

³¹ Que deveriam ter sido realizadas em três etapas: setembro de 2014, setembro de 2015 e dezembro de 2015. Cf. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD iLibrary, 2013. Disponível em: < <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

da OCDE. Deve ser um trabalho coordenado com os pontos de ação sobre estruturas híbridas e CFC, isto é, pontos de ação 2 e 3.

5 – Counter harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance

Reformar as práticas tributárias prejudiciais, tendo como prioridade a transparência, inclusive com compartilhamento de informações acerca de regimes preferenciais de tributação de forma compulsória. Deve-se manter uma interpretação holística dos regimes, levando em consideração o contexto do BEPS. Engajar-se com países não-membros da OCDE com fins de tentar alinhar as práticas recomendadas pela OCDE com tais países.

6 – Prevent treaty abuse

Desenvolver modelo de disposições dos tratados, além de recomendações acerca da legislação doméstica com fins de prevenir a concessão de benefícios inapropriados no contexto em que estão inseridos. Dever-se-á coordenar esse trabalho com o ponto 2.

7 – Prevent the Artificial avoidance of PE Status

Desenvolver mudanças na definição de Permanent Establishment – PE, ou Estabelecimento Permanente, com vistas impedir a erosão de base e preço de transferência por meio de evitar o status de PE.

8 – Assure that transfer pricing outcomes are in line with the value creation: intangibles

Desenvolver regras para prevenir o BEPS por meio de movimentação de intangíveis entre os membros de determinado grupo econômico. Para tanto, deve-se adotar uma definição clara e amplamente delineada de intangíveis; garantir que os lucros associados com os intangíveis sejam alocados apropriadamente, de acordo com o valor de criação; desenvolver regras para preços de transferência ou medidas utilizadas valorar intangíveis de difícil valoração; e reformar a orientação acerca de acordos de contribuição e divisão de custos.

9 – Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: risks and capital

Desenvolver regras para prevenir BEPS decorrente da transferência de riscos, ou de alocação especial de capital, entre membros do mesmo grupo econômico. Isso implica na mudança das regras no que concerne retornos

inapropriadamente conferidos a uma entidade tão somente pela assunção do risco.

10 – Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: other high-risk transactions

Desenvolver regras para prevenir BEPS por meio de transações que não ocorreriam, ou que são de rara ocorrência, com terceiros. Esse trabalho envolverá adoção de novas regras concernentes a preços de transferência ou medidas especiais para caracterizar quais transações desse tipo são permitidas, clarificar a aplicação dos métodos de preços de transferências aceitáveis a nível global e conferir proteção contra os tipos comuns de pagamentos que erodem a base tributária, como as taxas de administração e despesas do escritório central.

11 – Establish methodologies to collect and analyze data on BEPS and the actions to address it

Desenvolver recomendações sobre indicadores de impactos econômicos e de escala sobre o BEPS e assegurar que os instrumentos para avaliar a eficiência e impactos econômicos estejam disponíveis para avaliação e monitoramento.

12 – Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements

Desenvolver recomendações acerca de regras e provisões legais para tornar mandatório o fornecimento de informações sobre transações, arranjos ou estruturas aparentemente agressivas ou abusivas, levando em consideração o custo administrativo para os negócios e para as administrações tributárias, absorvendo experiência internacional sobre o assunto.

13 – Re-examine transfer pricing documentation

Desenvolver regras acerca da documentação exigida acerca de preços de transferência para aumentar a transparência fiscal e tributária, levando em consideração os custos desse compliance para os negócios e empresas.

14 – Make Dispute resolution mechanism more effective

Desenvolver soluções para lidar com os obstáculos que previnem que os países resolvam lides mediante mecanismos de solução de conflitos, incluindo a ausência de disposições de arbitragem na maioria dos tratados.

15 – Develop a multilateral instrument

Analisar problemas relacionados às disposições legais tributárias internacionais, assim como regras de Direito Internacional Público, que impedem o desenvolvimento de instrumentos multilaterais para os países que assim desejam. Propiciar possibilidade legal de países inovarem na área de tributação internacional pela celebração de tratados tributários multilaterais.

Os planos de ação acima descritos foram criados de forma a: revisar e corrigir coerências nas leis locais dos Estados que afetem operações internacionais; basear-se na prevalência da substância sobre a forma, assegurando que a tributação ocorra na mesma localidade em que está situada a atividade econômica e de criação do ativo; aumentar a transparência e segurança jurídica para os negócios e governos (MONGUILOD; GOMES, 2015).

Entende-se que caso parte das práticas recomendadas pela OCDE sejam discutidas internamente nos Parlamentos dos Estados-Membros e Estados-Observadores, será atingido um equilíbrio entre os interesses dos fiscos locais e dos contribuintes, de modo a construir-se um ambiente com segurança jurídica internacional, além de uma redução dos custos com complexas redes de compliance e controles jurídicos. Se estes esforços forem empreendidos de forma a fortalecer também as Convenções Internacionais de Haia, acredita-se que será atingida a verdadeira livre concorrência global, fomentada pela eficiência nas trocas decorrentes de ordenamentos jurídicos coerentes entre si, em que seja possível um intercâmbio efetivo de mercadorias, pessoas, contratos, tributos, documentos, decisões administrativas e judiciais.

Resta saber se os planos de ação terão êxito em minorar o planejamento internacional tributário. Para tanto, é preciso superar uma série de problemas, dentre eles a implantação uniforme e homogênea das medidas por todos os signatários, sob risco de abertura de brechas para a dupla tributação e para a guerra fiscal prejudicial.

Sob esse aspecto, é importante ressaltar que alguns países já demonstraram insatisfação com o resultado final dos debates do BEPS, resultando em uma possível desobediência das regras de *soft law* da OCDE, que provavelmente desaguará em uma inalteração das legislações locais. Além desse grupo de descontentes, existem ainda os países que podem não implementar as medidas de imediato, pois entendem que isso resultaria em uma perda de suas vantagens comparativas tributárias frente aos demais Estados,

diminuindo assim sua atratividade para investimentos estrangeiros e dificultando a competição global para suas empresas locais.

Além dos problemas de implantação das medidas, temos ainda dois pontos de tensão principais quanto à efetividade do plano de ação: o fato de alguns países membros do BEPS estimularem a guerra fiscal prejudicial e a troca de informações fiscais entre os fiscos. Alguns dos Estados-Membros da OCDE são acusados de manterem “(ii) tratados com cláusulas de imposto presumido (*matching credit*), e (iii) mecanismos que permitam ao contribuinte escolher nas mãos de qual entidade e país desejam ser tributados” (MONGUILOD; GOMES, 2015), o que inibiria ainda mais a inserção dos planos de ação nos países em desenvolvimento – que alegam não terem tido suas reivindicações atendidas durante as negociações.

Nesse tocante, conforme destacado no primeiro capítulo, vemos que o Brasil – ao contrário de parte dos demais países em desenvolvimento – tentou implementar de maneira precipitada e desacertada algumas diretrizes do BEPS quando da edição da MP nº 685/15. Além da implementação obscura dos preceitos tributários, também se questiona a troca de informações fiscais entre a Receita Federal Brasileira (RFB) e o *Internal Revenue Service* (IRS). Depreende-se que há um risco concreto do vazamento de informações, como aconteceu em um caso ocorrido entre Japão e os EUA, violando assim o direito de sigilo dos contribuintes.

Essa efetivação das políticas do BEPS também produziu efeitos no judiciário brasileiro, mesmo que de maneira indireta. Infere-se uma percepção da ilicitude per se das operações mercantis realizadas em offshores, quando da justificativa da Ministra Nancy Andrighi à aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica: “Para as modernas lesões, promovidas com base em novos instrumentos societários, são necessárias soluções também modernas e inovadoras” (BRASIL, 2012). Ou seja, o judiciário deve repreender as estruturas societárias internacionais de modo a inviabilizar sua procedimentalização, tendo em vista a possibilidade de ilicitude intrínseca aos grupos econômicos com empresas situadas em paraísos fiscais.

Dessarte, ainda não é possível vislumbrar-se a real efetividade do BEPS no contexto internacional. Apesar de ter resultado em um esforço primoroso da OCDE, seus resultados são questionáveis – tendo-se em vista todos os

problemas elencados – e os interesses reais que estão por de trás de sua articulação política.

3. OS DIFERENTES CONCEITOS DE PROPRIEDADE PRIVADA NO INSTITUTO DOS *TRUSTS*

O estudo da propriedade privada é um dos mais antigos, complexos e desafiadores do Direito Privado Mundial, principalmente em razão da sua aparente contradição com a ideia de função social. A tensão do âmbito privado, hoje analisado sob o ponto de vista econômico, e da dimensão social, hodiernamente estudada dentro de uma ordem constitucional, ainda não se encontra completamente resolvida e é fonte de imenso debate nos dias atuais.

O estudo do histórico da propriedade, destarte, será aqui retomado de modo a fornecer subsídios teóricos para a análise da dimensão reguladora do acórdão supracitado, aprofundando o debate ao abrigo dos pressupostos do Direito Econômico. Também se cuidará de realizar a distinção entre os diferentes conceitos de propriedade nos países de common law e civil law, tendo em vista as grandes repercussões dessas diferenças nos contratos de trusts.

Todo esse percurso será realizado para fundamentar-se a necessidade do diálogo entre as jurisdições afetadas pela insolvência internacional, de modo que questões complexas como a desconsideração da personalidade jurídica de empresas estrangeiras sejam tomadas em conjunto, trazendo ao jurisdicionado uma prestação que ultrapasse as fronteiras nacionais e seja fruto de uma colaboração mútua entre as nações.

Englobar-se os julgamentos dentro de uma perspectiva mais ampla faz-se muito necessário, porquanto a decisão tomada pelo STJ se relaciona intrinsecamente com à ideia de que “a propriedade obriga”, colocando limitações à autonomia privada e cobrando dos sócios das empresas nacionais e estrangeiras a destinação socialmente adequada de seus investimentos.

Essa concepção embrionária de função social da propriedade, desenvolvida teoricamente nos congressos da cidade alemã de Jena, é a fonte também dos estudos de Direito Econômico, sendo portanto mister a reflexão conjunta da jurisprudência brasileira à luz destes pressupostos da técnica jurídica de resolução do conflito de modo a viabilizar um eficiente controle jurídico da atividade econômica.

Entende-se que controle estatal deve ser realizado de modo a combater as falhas de mercado de uma maneira ética, assumindo para tanto “um caráter eminentemente processual”. Há de se aplicar tanto um *due process of law making* quando da elaboração legislativa, seja ela realizada pelo Parlamento ou pelos órgãos do Executivo, quanto uma correta aplicação do princípio basilar do direito processual internacional do *due process of law* também no âmbito do judiciário.

A correta definição das regras do jogo econômico em muito facilitaria a transação entre os particulares, de modo a solucionar o problema da externalidade negativa apresentada pelos Estados. A regulação do Estado na atividade privada das offshores deve ser direcionada, portanto, no sentido de evitar as inoperacionalidades do mercado (ações que visam a prática de fraude contra credores ou até mesmo operações cambiais que tenham como objetivo a lavagem de dinheiro e a ocultação de bens e valores) e de aplicação de sua política econômica nacional. Contudo, sabe-se que essa ação não é tarefa simples, devendo portanto ser guiada por um “fino e sereno sopesar” dos princípios de origem privatista e estadista (NUSDEO, 2011, p.426).

3.1 BREVE HISTÓRICO DA PROPRIEDADE PRIVADA

O surgimento da propriedade confunde-se com a própria história humana, configurando um elemento fundamental da atual dinâmica social. Pode-se afirmar, inclusive, que a história contemporânea é fruto da evolução do conceito de propriedade, em virtude da vinculação necessária entre o sistema capitalista e a existência da propriedade privada. Não obstante, a propriedade assumiu ao longo da história diferentes formas, ora funcionando com um maior caráter coletivo, ora com um maior caráter individual.

Sua dimensão inicial parece ser coletiva, tendo uma perspectiva de pertencimento à toda a comunidade (VAZ, 1993, p.10). Friedrich Engels aponta que neste período a propriedade estava inserida dentro da dinâmica tribal, sendo constituída por grandes porções de terra não cultivada em que a divisão

do trabalho ficava limitada ao âmbito familiar³². A propriedade, aqui entendida como a terra, bem com seus frutos, eram, dessa maneira, de uso coletivo (LIBERATO, 2003, p. 5).

O aspecto privado, por sua vez, aparenta ter sido alcançado quando da gens grega, tendo seu ápice durante o Império Romano. Engels pontua o nascimento do Estado e da Propriedade Privada como tendo ocorrido na sociedade ateniense, onde ocorreu uma destruição dos laços gentílicos, dividindo-se os membros de cada *gens* em privilegiados e não privilegiados, e dividindo estes últimos em duas classes, segundo seus ofícios, e opondo-as uma à outra (ENGELS, 2009, p. 123). A ideia de que a propriedade privada foi constituída dentro do mundo greco-romano também parece ser acompanhada por outros autores, como Fustel de Coulanges. Segundo ele (1998, p. 49), os povos romanos e gregos sempre conheceram a acepção privada da propriedade, praticando-a de maneira sincrética com suas ideias religiosas e familiares³³.

3.1.1 A CONCEPÇÃO ROMANA

O surgimento dessa dimensão privada, que foi posteriormente reforçado com os teóricos do século XVII – como Thomas Hobbes e John Locke –, parece estar muito relacionado a uma ideia de individualidade, de consciência do seu próprio eu. Hans Kelsen, também argumentou nesse sentido, afirmando que: “a convicção sobre a necessidade de se garantir ao indivíduo o mínimo de propriedade, como condição para o pleno desenvolvimento de sua personalidade” (VAZ, 1993, p. 43).

³² Friedrich Engels desenvolve uma excelente pesquisa sobre o tema, abordando a temática da história humana, a partir de um ponto de vista das relações familiares e da propriedade privada. Para tanto, Engels se utiliza dos estudos de L. H. Morgan, que subdividiu a história humana em três épocas principais (estado selvagem, barbárie e civilização), dedicando-se ao estudo principal das duas primeiras. Engels, no entanto, aprofunda os estudos de Morgan, tentando desvendar a correlação entre a modificação das relações familiares e o surgimento da propriedade privada. Cf. ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Escala, 2009.

³³ Semelhante abordagem é também encontrada em HESPANHA, Antonio M. A história do direito na história social. Lisboa: Livros Horizontes, 1978, p. 35 e LEVY, Jean-Philippe. História da Propriedade. Trad. Fernando Guerreiro. Lisboa: Estampa. 1973, p. 125;

A própria etimologia da palavra aponta para uma maior acepção privatista do conceito: “o substantivo propriedade deriva do adjetivo latino *proprius* e significa ‘que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (nesse caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu” (BOBBIO, 1995 apud MATTOS, 2001, p. 90). Também acerca do sentido etimológico da palavra, Maria Helena Diniz (1993 apud MATTOS, 2001, p. 90) nos aponta que:

[...] para uns o vocábulo vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria, numa acepção ampla, toda a relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo. Outros entendem que o termo “propriedade” é oriundo de *domare*, significando sujeitar ou dominar, correspondendo à ideia de *dominus*. Logo, ‘domínio’ seria o poder que se exerce sobre as coisas que lhe estiverem sujeitas.

Portanto, a tensão ainda hoje existente no mundo jurídico quanto à destinação social do um bem é compreensível, visto que a ideia de propriedade sempre esteve relacionada ao poder absoluto sobre a *res*. Essa construção teórica é típica do Direito Romano, onde: “a propriedade foi um dos direitos de mais pronunciado cunho individualista. Considerado direito natural do homem, consistia no poder de usar, gozar e dispor das coisas de maneira absoluta” (GOMES, 1995, p. 74).

Esse fenômeno da individualidade da propriedade ganhou força graças a ascensão da burguesia, oriunda do fortalecimento da atividade mercantil. A partir de então a perspectiva individualista de sociedade ganhou força em seus mais diversos desdobramentos, como no plano político, econômico e jurídico (AMARAL NETO, 1997, p. 647). Denomina-se usualmente esse período como mercantilismo, época que engloba do século XV ao século XVIII e na qual ocorreu uma enorme complexificação da economia – oriunda do surgimento de uma cultura de mercado.

Com a extinção do Antigo Regime e a consolidação do poder da burguesia, o ideário liberal se assentou, baseando-se em ideias iluministas, racionalistas e individualistas. No campo jurídico, ganharam ímpeto ideais do direito enquanto

sistema normativo criado pelo Estado, no qual se promove uma interpretação exegética das normas. Ademais, fortaleceu-se a concepção de uma separação entre Estado e sociedade civil, o público e o privado (AMARAL NETO, 1997, p. 635).

Como resultado, o Direito passou então a ser visto como um instrumento dos particulares para exercer o uso indiscriminado de suas propriedades, de tal sorte que o Estado não deveria intervir nas atividades privadas – principalmente no que diz respeito as operações empresariais. Um dos expoentes desse pensamento foi Adam Smith, que afirmava a ideia de que ao buscar seu próprio interesse, o indivíduo frequentemente promove o interesse da sociedade de maneira mais eficiente do que quando realmente tem a intenção de promovê-lo (MONCADA, 1988, p. 15).

Essa supervalorização do indivíduo frente à sociedade, ocorrida na consolidação do capitalismo e na Revolução Industrial, produziu as desigualdades sistêmicas que até hoje emanam seus efeitos. A esse respeito, Paulo Bonavides (2004, p. 57) expõe que atividade produtiva massificada:

[...] expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, se equiparar.

Em resposta a esses fenômenos de reificação dos cidadãos irrompem ideias de justiça social, provenientes dos mais diversos movimentos políticos, econômicos e sociais³⁴. No plano jurídico, foram promulgadas as Constituições Mexicana e Alemã, marcas do nascimento do Estado Social, que punham em cheque a concepção de neutralidade estatal frente aos desmandos do mercado.

Inaugura-se, a partir daí, uma nova lógica na qual o Direito passa a ser usado na consecução de políticas públicas (KEYNES, 1984), de modo a

³⁴ Os acontecimentos mais notáveis deste período foram a Revolução Russa, resultante das ideias socialistas encampadas por Marx e Engels, a 1ª Guerra Mundial e a Crise de 1929.

promover – ao menos formalmente – a isonomia, a justiça social e o desenvolvimento pleno. Essa nova ordem constitucional, ocupa-se, desta forma, de dar nova interpretação sobre os institutos do direito privado, constitucionalizando-os. Ao mesmo tempo, ocorre uma reação, na qual as construções normativas constitucionais são utilizadas pelos entes privados de modo a promover seus objetivos individuais (COMPARATO, 1983, p. 58). Deste modo, tem-se que ainda perdurou no Estado Social a ideia de uma noção formal dos direitos subjetivos, inviabilizando sua realização material por meio de sua realização intersubjetiva.

O paradigma do Estado Social, porém, tem seus méritos. Não se discute mais a intervenção do Estado na economia, mas sim o modo pelo qual ela deve ocorrer. Esse fenômeno de interação mútua entre o âmbito jurídico e o econômico toma a pauta de todo o Estado Social conformando sua evolução para o Estado Democrático de Direito:

No Estado liberal [...] a ordem jurídica é propriamente vaga ou indiferente a fins determinados, cuja eleição compete por completo aos particulares. O direito limita-se a fixar as regras do jogo, sem conceder privilégios a qualquer dos jogadores, considerados, dessa forma, iguais perante a lei. O bem comum, objetivo declarado do Estado, reduz-se à adequada formulação e ao escrupuloso respeito às regras do jogo. A grande transformação ocorreu quando se passou a considerar legítima a organização estatal e a ordem jurídica em função de fins ou objetivos determinados, cuja realização se impõe à coletividade. A fixação desses fins sociais costuma ser feita, primariamente, na Constituição e, secundariamente, em leis orgânicas ou na lei do plano. (COMPARATO, 1983, p. 59).

Essa compreensão da dimensão psicológica e social da propriedade como intrínsecas ao próprio instituto, conforme apontado por Kelsen e por Duguit³⁵, é fundamental para a definição dos fins sociais da propriedade. A realização das funções e fins determinados impostos pelo Estado aos particulares, no entanto, só ocorre plenamente quando da compreensão de que a garantia de direitos meramente formais não representava sua efetividade plena, e da evolução

³⁵ “a propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação em que se encontra”. Cf. DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Cone, 1996, p. 29.

para um paradigma Democrático de Direito, dando eficácia aos axiomas das Constituições Democráticas. A partir de então a propriedade adquire seu caráter de relação jurídica complexa, na qual as limitações ao exercício do direito decorrem de sua própria estrutura e de onde advêm deveres em relação a terceiros proprietários ou não proprietários.

Compreende-se, hodiernamente, que a propriedade – concebida em toda dimensão de solidariedade – é um direito material fundamental, fazendo parte do caput do Art. 5º, de seus incisos XXII e XXIII, além do Art. 170, incisos II e III, também da Constituição Federal, e do artigo 1228, parágrafo 1º, do Código Civil³⁶. Sendo assim, defende-se que sem a propriedade o indivíduo não alcança, por conseguinte, o próprio status de cidadão – porquanto não desenvolve plenamente seu “eu”³⁷.

³⁶ Artigo 5º da Constituição Federal – “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.” Artigo 170 – “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada; III – função social da propriedade.” Artigo 1.228 do Código Civil “[...] Parágrafo 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.” Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988 e BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 53ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

³⁷ Apreende-se como intensamente profícua a crítica de Emmanuel Lévinas à propriedade privada. Aponta ele que o Direito Moderno produziu a abstração da propriedade privada, deslocando a compreensão do eu para a ideia de propriedade. Ao realizar este movimento o Estado perdeu seu conteúdo ético, transformando-se em uma estrutura jurídica de proteção a propriedade privada, por meio do desrespeito aos direitos fundamentais. A sua ideia de reciprocidade é então trabalhada de modo a tentar recolar o outro quando da ontologia do ser. Para tanto, vale-se da antropologia semita, na qual os seres humanos são seres próximos uns dos outros – afastando-se da ideia do ser humano enquanto estrangeiro, um ser político. Entendemos, porém, que a função social assume papel central para a compreensão da propriedade em sua dimensão ética, reconstruindo assim os direitos humanos fundamentais. Esse movimento do eu ‘para-o-outro’, oriundo da ideia contemporânea de função social da propriedade, resulta na inserção da propriedade em uma dinâmica de alteridade, reconstruindo assim a filosofia da intersubjetividade. “Estar atento significa um excedente de consciência que supõe a chamada do Outro [...]. Minha existência, como coisa-em-si começa com a presença em mim da ideia do Infinito”. Cf. LEVINAS, Emmanuel. **Totalidad e infinito: ensayo sobre la exterioridad**. 6. ed. Salamanca: Sígueme, 2002, p. 196 e SOUZA, Ricardo Timm de; FARIAS, André Brayner de; FABRI, Marcelo (Org.). **Alteridade e ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas**. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 205. Com essa acepção da função ética da propriedade o problema da autocompreensão humana através da propriedade parece ser resolvida, tendo em vista que a materialização do eu ocorrerá quando da compreensão do infinito e do aparecimento do outro enquanto dimensão fundamental da

3.1.2 A CONCEPÇÃO DO SISTEMA DE COMMON LAW

A dimensão social da propriedade é um fenômeno observado também na tradição anglo-saxã, compreendendo, porém, a propriedade sob outro viés. A origem da concepção de *property law* diz respeito a estrutura dos direitos reais da terra na Inglaterra medieval. Neste período, a titularidade formal do direito de propriedade adquiriu uma importância secundária frente à possibilidade de exercício dos direitos de gozo e fruição (*enjoyment*) sobre a propriedade, em razão da aparência de titularidade que deles decorre (OLCESE, 2012, p. 20). A tradição de *civil law*, no entanto, costuma valorizar a propriedade plena em detrimento dos *jus utendi* e *jus fruendi* – vistos como direitos menores, desdobrados do domínio.

Deste modo, para se compreender a concepção do *ownership* no common law, faz-se necessário uma retomada histórica entre o direito de propriedade de origem romana e o instituto do domínio, com raízes feudais. Como visto anteriormente, a noção contemporânea de propriedade constrói-se na concepção de *domare/dominium* enquanto apoderamento total e exclusivo da coisa (e todos seus desdobramentos) pelo titular do direito (real proprietário), no qual reside uma ideia de propriedade absoluta. Essa ideia ficou marcada nas tradições romano-germânicas e chega até os dias contemporâneos, sendo hodiernamente integralizada com a visão de função social.

Já a concepção de direitos reais no direito inglês perpassa a compreensão da propriedade enquanto uma relação feudal, permeada pela existência de relações jurídicas plurais sobre o mesmo bem, exercidas por parte de vários indivíduos. Tal característica singular acabou por enfraquecer, na Inglaterra feudal, a diferenciação entre a propriedade plena e o direito sobre as coisas alheias, conforme foi visto no capítulo anterior.

A consequência principal dessas formações históricas distintas foi que a *real property law* admite relações de propriedade que para os direitos reais de

realização do direito à propriedade, afastando-se assim a ideia de que “ser é ter”. O ser torna-se, desta maneira, o ter com o outro.

base romanística parecem inconciliáveis, tal como o contrato de *trusts*. Não obstante, uma análise mais detalhada do instituto nos permite ver semelhanças com institutos do *civil law*, consoante destacado no caso dos trusts e da figura do fideicomisso. Sugere-se, por conseguinte, que a propriedade nos paraísos fiscais seja vista de modo temperado, compreendendo-se que não se tratam de ilegalidades ou benefícios desmedidos, mas sim de institutos seculares oriundos de relações reais existentes na Inglaterra Medieval.

3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Apesar da figura da sociedade ter surgido em Roma, com a *societas romana*, as sociedades empresárias contemporâneas tem suas raízes mais fortes nas sociedades comerciais medievais, que se fortaleceram em decorrência da ascensão burguesa ocorrida a partir do século XI (REQUIÃO, 2007, p. 373). Seu desenvolvimento se deu alicerçado na complexificação comercial ocorrida durante toda Idade Média, num período em que os mercadores individuais foram sendo paulatinamente substituídos por corporações e, posteriormente, por sociedades comerciais.

As sociedades comerciais medievais foram fundamentais para a introdução da ideia de uma administração disjuntiva da sociedade e para uma maior elaboração do instituto em relação ao modelo romano de sociedade, que defendia a premissa de que somente o consenso pleno vincularia todos os sócios. Em razão disso, elas também foram as responsáveis pelo surgimento do germe da separação patrimonial entre os sócios e a pessoa jurídica³⁸, uma vez que as sociedades comerciais começaram a titularizar direitos. Conquanto, ainda não se cogitava uma separação patrimonial perfeita ou a ideia de personalidade jurídica, que terão contornos melhor definidos a partir do século XIX.

³⁸ O vocábulo pessoa jurídica é de origem incerta, podendo ter surgido quando dos estudos romanistas medievais ou até mesmo no próprio direito romano. Não obstante, sua utilização frequente ocorrerá somente após o século XVIII. Cf. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.15.

Apesar de inovadoras, as sociedades comerciais medievais ainda eram espécies de associações de mercadores, tendo a responsabilidade de cada sócio como ilimitada e solidária, pelas obrigações sociais (FRAZÃO, 2011, p.12). A introdução da ideia de responsabilidade limitada, e conseqüentemente de uma personalidade jurídica, adveio com as *commendas*. Trata-se de um modelo societário criado como forma de atender as demandas do comércio de grandes distâncias, além-mar. O fato de a atividade ser de altíssimo risco, exigia um compartilhamento de responsabilidades visando minorar possíveis prejuízos. Desta feita, o compartilhamento de responsabilidades ilimitadas e solidárias pelas obrigações sociais inviabilizava este tipo de negócio, porquanto a congregação do maior número de pessoas, das mais variadas classes, era necessária.

Surgiu então a figura dos *stans* e dos *tractators* (FRAZÃO, 2011, p.15), modalidades de sócios que tinham responsabilidades diversas dentro das sociedades. Os *stans*, ou sócios da terra, eram meros investidores – tendo sua responsabilidade definida de maneira limitada ao valor investido. Já os *tractators* eram os sócios viajantes, e eram encarregados de realizarem as viagens e respondiam ilimitada e solidariamente pelas obrigações sociais. Com essa criação, viabilizou-se uma socialização dos investimentos nas *comendas*, permitindo que outras classes participassem das atividades comerciais, como era o caso da Nobreza – que passou a investir em empreendimentos onde sua responsabilidade era limitada ao capital investido.

Não obstante, a limitação da responsabilidade estava restrita a estrutura societária das comendas, tendo os demais modelos desconhecido qualquer tipo de separação entre sócios-gestores e demais sócios (MARTINS, 1999, p.231). A responsabilidade limitada de todos os sócios sobreveio somente com as companhias coloniais da Idade Moderna, consideradas precursoras diretas das sociedades anônimas. Com a limitação da responsabilidade dos sócios nas companhias coloniais, fortaleceu-se também a construção da personalidade jurídica, posto que esta assegurava a separação patrimonial absoluta entre os bens da sociedade e os recursos individuais dos sócios.

Com a elaboração do conceito de personalidade jurídica, constrói-se a ideia de que a empresa é uma figura distinta de seus sócios, dotada de autonomia e responsabilidade. A noção de propriedade da empresa ganha

então nova roupagem, depreendendo-se que os bens que possui o empresário não são objeto de simples fruição, nem se adquirem para uso privado, mas são utilizados como ferramentas de uma exploração específica. Não são bens que pertençam subjetivamente a um titular, mas sim pela sua função ou destino, supondo destarte não uma capacidade de fruição de seu proprietário, mas uma atividade organizada para a sua exploração (COMPARATO, 1970).

Esse amadurecimento na concepção de empresa permitiu que a dimensão social da propriedade permeasse também o âmbito empresarial, consagrando-se a função social da empresa como princípio constitucional a partir da Constituição de 1988³⁹. Os objetivos que justificam a criação da empresa agora se justapõem aos interesses privados dos donos da organização ou de seus acionistas que, embora proprietários, não podem dar a ela a destinação que bem entenderem, devendo preservar interesses outros, como os sociais e os da própria empresa (MATIAS, 2009, p. 73).

3.3 ORIGEM DA *DISREGARD DOCTRINE*

A preocupação com a má utilização da pessoa jurídica advém do século XIX, quando a doutrina e a jurisprudência europeia e estadunidense, começaram a se organizar para desenvolver modos de repreensão à utilização

³⁹ Essa nova compreensão da empresa enquanto portadora de função social está marcada em nosso ordenamento jurídico mesmo antes do advento da Constituição de 1988. O artigo 116, §7º do Decreto-Lei nº 2.627/40, já revogado, prescrevia que os diretores deveriam agir no exercício de suas funções tanto no interesse da empresa quanto do bem público. Também o art. 116 da Lei nº 6.404/76, em seu parágrafo único, define a obrigação do administrador realizar o objeto da empresa e cumprir sua função social, perante os acionistas, os colaboradores e a sociedade. Também o art. 154, da mesma Lei, dispõe que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfazer as exigências do bem público e da função social da empresa. E continua, em seu § 4º: o conselho de administração ou a diretoria pode autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais. Importante observar também que o PL 1572/2011 (Código Comercial), em tramitação no Parlamento, aponta a livre iniciativa e a função social da empresa como princípios informadores, decorrendo do princípio da liberdade de iniciativa o reconhecimento, dentre outros: da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; da empresa privada como importante polo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentador de riqueza local, regional, nacional e global. Cf. CHAVES, Vinicius Figueiredo. A empresa do século XXI: criando valor compartilhado em tempos de um capitalismo consciente. **Argumentum**: Revista de Direito. Marília, v. 15, p. 21-45. 13/02/2014, p. 31.

equivocada da personalidade jurídica. Quanto aos meios de censura, teve grande relevância a teoria da soberania elaborada por Hausmann, e desenvolvida por Mossa, a qual considerada um precedente da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica (CLÁPIS, 2006, p. 45). Desenvolveu-se então a ideia de imputação das obrigações assumidas – e não satisfeitas, por uma sociedade controlada aos seus controladores. Esta teoria também foi pioneira ao estabelecer a prevalência da substância das relações em detrimento da sua estrutura formal.⁴⁰

Já a origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista em diversos códigos brasileiros⁴¹, é um tanto quanto controversa na doutrina. Alguns apontam o caso *Bank of United States vs. Deveaux* como o precedente fundador da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (NUNES, 2007, p. 88). Outros divergem, indicando o

⁴⁰ Também é do século XIX o conhecido case *State vs. Standard Oil Co*, no qual Suprema Corte de Ohio, entendeu em que a pessoa jurídica da *Standard Oil* foi utilizada de forma a ocultar a formação de um cartel e frustrar a aplicação das leis antitruste - notadamente os dispositivos do "*Sherman Anti-Trust Act*". Cf. DALAZOANA, Vinicius. **A desconsideração da personalidade jurídica como um "instituto de enquadramento": Crítica à banalização do instituto**. Disponível em: <http://www.4mail.com.br/Artigo/Display/026957000000000>. Acesso em: 03 jan. 2016.

⁴¹ Art. 50 do Código Civil: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica"; Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor: "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.[...] § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores"; Art. 4º da Lei 9605/98: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente"; e por fim no Art. 34, da Lei 12.529/12: "A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração". Aceita-se, com certa controvérsia que a Desconsideração da Personalidade Jurídica também está prevista na CLT, no § 2º do artigo 2º, e o no CTN, em seus arts. 134 e 135. Cf. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 157 e 167.

caso *Salomon vs. Salomon*, da *House of Lords* Inglesa, como o primeiro precedente em que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi aplicada (REQUIÃO, 1969, p. 18). Aponta-se, na Europa Continental, o primeiro precedente como sendo da Alemanha – em um acórdão de 1920 no qual a Suprema Corte (cível e penal) do *Reich* Alemão (denominada de *Reichsgericht*) ponderou o princípio da separação da pessoa jurídica, determinando que o juiz deveria observar a realidade em detrimento das construções jurídicas (CORDEIRO, 1994, p. 28).

Essa teoria está diretamente relacionada a análise funcional do supracitado direito de propriedade. A pessoa jurídica nada mais é do que ficção jurídica criada para viabilizar o exercício da atividade econômica e, destarte, para o exercício do direito de propriedade. A função social da pessoa jurídica é consequência necessária da função social da propriedade, já brevemente estudada acima e expressamente prevista na Constituição Federal e no Código Civil. A desconsideração da personalidade jurídica, por sua vez, se coloca como uma doutrina antiformalista, também denominada de substancialista, na qual ocorre uma sanção, aplicada em casos de abusividade da atividade empresarial ou de fraude. Sucede, em vista disso, um sobrestamento da separação ficta entre o patrimônio do sócio e da empresa (*Piercing the Corporate Veil*) de modo a garantir a responsabilização dos sócios por seus atos.

Sua sistematização ocorreu primeiramente por Rolf Serick, doutrinador alemão que sistematizou, em sua tese de doutorado apresentada à Universidade de *Tübingen* em 1953, toda a teoria em quatro princípios⁴², de modo a fundamentar os princípios dogmáticos que autorizariam os tribunais a penetrar o véu da pessoa jurídica, de modo a alcançar os sócios da empresa, bem como seus bens.

⁴² O autor foi pioneiro nos estudos da temática, através da publicação de sua tese “Forma jurídica e realidade das pessoas jurídicas– Contribuição de Direito Comparado à questão da penetração destinada a atingir pessoas ou objetos situados atrás da pessoa jurídica” (*Rechtsform und Realität juristischer Personen – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*). Cf. SERICK, Rolf. **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica**. Barcelona: Ariel, 1958. p. 246.

Em seu estudo, Rolf Serick destacou, por meio da análise da jurisprudência estadunidense e europeia continental, alguns princípios aplicados nos casos concretos, de modo a sistematizá-los em quatro orientações (1966, p. 277): i) em casos de abuso intencional da pessoa jurídica o juiz pode desrespeitar a figura da personalidade jurídica, afastando-se da distinção clássica entre sócio e empresa jurídica; ii) deve-se respeitar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica, interpretando, porém, o verdadeiro objetivo de uma norma e analisando se este não foi atingindo, mesmo que indiretamente⁴³; iii) normas essencialmente respaldadas em capacidades ou características humanas podem ser aplicadas em relação a uma pessoa jurídica, onde não houver contradição entre o objetivo dessas normas e a função da pessoa jurídica; iv) caso as partes de um negócio jurídico estejam ocultas por meio da figura da pessoa jurídica, é possível reconhecer-se a autonomia subjetiva desta, aplicando-se uma norma baseada na diferenciação efetiva das partes, e não somente sobre a distinção jurídico-formal do negócio jurídico.

A doutrina alemã da época, entretanto, pontuou suas críticas à teoria unitarista de Serick, destacando que trata-se de uma tese que sobrevaloriza o caráter subjetivista, dando um peso muito grande a intencionalidade dos sócios e atribuindo um ônus muito grande aos que foram prejudicados pela empresa (ABREU, 1996, p. 207). Ademais, a desconsideração ocorreria sempre de forma semelhante, ignorando-se a espécie de pessoa jurídica. Por fim, resta a crítica de que o princípio da autonomia seria afastado somente em casos atípicos, nos quais restasse caracterizada fraude ou abuso de direito, e desde que praticada por comportamento doloso ou culposos.

Um dos expoentes das ponderações foi Müller-Freienfels, que desenvolveu uma teoria chamada de “Jurisprudência dos Interesses”, ou “teoria da aplicação da norma”, na qual defendia critérios para aplicação da desconsideração, de forma que prevaleçam as concepções de ordem pública e finalidade da norma. Em outras palavras, caso surja uma lide em que se justaponham uma norma

⁴³ Todavia, este princípio admite exceções quanto às normas de direito societário, que tem como função primordial que não admitir nenhuma, sequer indireta, limitação da própria eficácia. Cf. Cf. SERICK, Rolf. **Forma e Realtà della Persona Giuridica**. Milão: Editora Giuffrè, 1966, p. 284.

que beneficie a autonomia da pessoa jurídica e uma norma que tutela o interesse dos credores, deverá esta última prevalecer (CLÁPIS, 2006, p. 93).

Uma terceira teoria foi produzida por Reinhardt e Erlinghagen, que dotaram a pessoa jurídica de um valor próprio, criticando o caráter ficcional atribuído por Müller. Defendiam uma limitação da pessoa jurídica a determinados atos que, caso suplantados, caracterizariam abuso de direito (CLÁPIS, 2006, p. 94) e, portanto, a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Em contraponto a essas duas últimas correntes, temos Rubens Requião (1988, p. 83), que entende ser importante o caráter subjetivista da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a não banalizar sua aplicação pelos operadores do Direito. Fabio Ulhoa Coelho também defenda a aplicação da teoria subjetiva de maneira moderada, recomendando a utilização dos conceitos de fraude e abuso de maneira mais atual. O doutrinador defende que a prova da intenção fraudulenta é demasiadamente onerosa, bastando uma prova contundente de ocorrência do dano para a correta constatação da fraude (COELHO, 1989, p. 62).

Nesse sentido, defende a divisão de teoria da desconsideração em duas correntes: a teoria maior e a menor:

A maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial. (COELHO, 2009, p. 35).

Sem embargo, propõe que a aplicação do Art. 50 do Código Civil, não se afaste da teoria maior da desconsideração, de modo a sempre observar certos critérios subjetivos para a correta aplicação da teoria da superação. Também encontramos opinião semelhante em Adriana de Paiva Corrêa:

Para a teoria maior a desconsideração é possível se houver fraude e abusos praticados pelos sócios ou administradores. Já para a teoria menor, basta apenas a insolvência da empresa para que haja a desconsideração. Não é necessário que exista desvio de finalidade ou confusão patrimonial. O simples prejuízo já autoriza a desconsideração, mesmo que os sócios ou administrados não tenham realizado qualquer ato ilícito. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades

econômicas não pode ser suportado por terceiros. (CORRÊA, 2014 apud SCHNEIDER, 2015).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aponta para o mesmo sentido, entendendo que a aplicação da teoria maior é a regra geral no sistema jurídico brasileiro, sendo a teoria menor acolhida subsidiariamente, nos âmbitos de consumo e em matéria ambiental. Destaca-se, no entanto, que ela não tem levado em conta as peculiaridades dos sistemas jurídicos dos paraísos fiscais, nada pronunciando a respeito da necessidade de adaptação da *disregard doctrine* nos casos de insolvências transnacionais.

4. ABUSOS DE EMPRESAS OFFSHORE EM FALÊNCIAS INTERNACIONAIS

Superados os pressupostos do exercício lícito das funções das *offshores*, bem como suas principais estruturas societárias e suas reconstruções históricas, passar-se-á à análise específica do Voto na Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 1.258.751/SP. Pretende-se dessa forma realizar uma breve análise do caso concreto à luz dos conceitos supracitados, tendo em mente que os desdobramentos da falência internacional dizem respeito também a países de *common law*.

4.1 O PRECEDENTE DO CASO PETROFORTE

O Acórdão do REsp nº 1.258.751/SP destacou uma posição consolidada na Egrégia Corte do Superior Tribunal de Justiça (e.g. REsp 1.259.018/SP, REsp 1.034.536/MG, REsp 228.357/SP e RMS 12.872/SP) no sentido de que se admite a extensão dos efeitos da falência sem a prévia citação, nas hipóteses em que fica caracterizada a existência de grupo econômico. Sustenta-se que no caso da Kiaparack:

realmente não há notícia de que o juízo de primeiro grau tenha promovido a citação ou a notificação da recorrente antes da decretação da extensão de sua quebra. Contudo, é fato também que a recorrente teve, ainda que a posteriori, suficientes oportunidades para se defender, inclusive mediante a apresentação de ampla documentação no agravo de instrumento que interpôs. Não é desconhecida do processo civil moderno a possibilidade de o juiz dar provimentos de cunho antecipatório inaudita altera parte. A condução do processo, portanto, deu-se de modo a garantir o pleno exercício, pela recorrente, de seu direito de defesa, não havendo que se falar em violação do arts. 6º, 12 e 14 do DL 7.661/45. (BRASIL, 2012).

Ainda que superadas as nulidades processuais da ausência de citação e cerceamento da ampla defesa – vistas pelo Colendo Tribunal como um mero

procedimento que deve ser modernizado⁴⁴ – pudessem ser facilmente superadas, a caracterização de coligação de empresas deve ser objeto de uma análise mais meticulosa.

O Parecer do Prof. Fábio Ulhoa Coelho, juntado aos autos, aduz que os grupos econômicos são frequentemente classificados em dois modelos principais: o modelo orgânico, no qual o grupo é caracterizado através da análise das circunstâncias fáticas que demonstrem a existência de uma direção econômica unitária, coordenando diversas sociedades formalmente autônomas; e o modelo contratual, no qual, o grupo econômico seria formado através de um acordo expreso de vontades.

Ainda segundo o Ilustre Professor, os grupos econômicos podem ser subdivididos em grupos de subordinação e de coordenação. Nos primeiros, uma sociedade exerce o controle sobre as demais, formando-se uma estrutura piramidal. Já nos grupos de coordenação, há apenas articulação de atividades e investimentos. De toda sorte, a caracterização de grupo repousa na característica essencial de combinação de esforços das sociedades para realização dos “respectivos objetivos ou participação em atividades ou empreendimentos comuns (art. 265 da Lei das Sociedades Anônimas)” (BRASIL, 2012).

No caso da Kiaparack - Participações e Serviços Ltda., e da Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda. – Massa Falida, compreende-se que não restariam claros os critérios de definição da relação de coordenação entre os grupos. Apesar de silente quanto a metodologia de fixação da relação, a Colenda turma do STJ adentrou ao mérito da questão, expondo que:

a cadeia societária descrita neste processo, não só em relação ao complexo agroindustrial SOBAR, mas em relação a diversos outros bens, demonstra a existência de um modus operandi que evidencia a influência recíproca dos grupos societários RURAL, PETROFORTE e SECURINVEST (seja ele ou não

⁴⁴ “[...] não é mais possível, no processo civil moderno, tomar a apreciação de uma causa baseando-se exclusivamente nas regras processuais sem se considerar, em cada hipótese, as suas especificidades e, muitas vezes, a evidência com que se descortina o direito material por detrás do processo. Hoje está muito claro, tanto na doutrina como na jurisprudência, que as regras processuais devem estar a serviço do direito material, nunca o contrário” Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.258.751/SP, j. 28.06.2012, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

integrante do mais amplo GRUPO RURAL), uns sobre os outros, com a ativa participação da recorrente na cadeia de negócios reputada fraudulenta pelas instâncias ordinárias. (BRASIL, 2012).

A controvérsia acerca da existência concreta na influência entre as empresas reside, infelizmente, em revolvimento de matéria fática quanto ao mérito da existência de fraude mercantil.

Contudo compete ao STJ definir critérios mais objetivos que permitam classificar o que configuraria a influência recíproca numa cadeia de negócios. O próprio Prof. Fábio não é tão claro a esse respeito, afirmando que a influência ocorre “quando a investidora detém ou exerce o poder nas decisões das políticas financeira ou operacional a investida, sem controlá-la” (BRASIL, 2012).

Sobrevém, destarte, a indagação sobre o que configuraria exercício de poder relevante nas decisões das políticas financeiras ou operacionais. O Superior Tribunal, conforme acima enfatizado, pouco se aprofunda na análise de quais seriam os critérios para essa definição, resumindo-se a explicitar qual o modelo adotado no caso concreto a caracterização ampla de um grupo econômico – descrito como um modelo contratual que levou em conta o grupo de fato existente entre a Petroforte e as demais sociedades.

4.1.1 QUESTÕES PROCESSUAIS

O Voto da Ministra Nancy Andrighi referendou o procedimento questionável 18ª Vara Cível de São Paulo, que deferiu a quebra sem prévia citação e sem processo autônomo. Trata-se de violação expressa aos arts. 6º, 12, 14 e 47 do CPC, este último *in verbis*:

[...] Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo. (BRASIL, 1973).

Entende-se, ao revés da Egrégia Corte, que a interpretação literal dos dispositivos processuais legais é fundamental, sob pena de favorecimento sem justa causa do autor da ação. Some-se a esse fato o posicionamento da Colenda 3^a Turma de afastar a nulidade processual, mesmo admitindo expressamente a ausência de citação:

Com efeito, no processo que originou este recurso, o pedido do síndico de extensão da quebra foi autuado em expediente avulso e deferido, pelo juízo, em primeiro grau, sem a participação da recorrente, destinatária dos efeitos da decisão. O exercício do contraditório foi com isso diferido, possibilitando-se a defesa da recorrente apenas por meio de recurso. [...] Na hipótese dos autos, verifica-se que realmente não há notícia de que o juízo de primeiro grau tenha promovido a citação ou a notificação da recorrente antes da decretação da extensão de sua quebra. Contudo, é fato também que a recorrente teve, ainda que *a posteriori*, suficientes oportunidades para se defender, inclusive mediante a apresentação de ampla documentação no agravo de instrumento que interpôs. Não é desconhecida do processo civil moderno a possibilidade de o juiz dar provimentos de cunho antecipatório inaudita altera parte. A condução do processo, portanto, deu-se de modo a garantir o pleno exercício, pela recorrente, de seu direito de defesa [...]. (BRASIL, 2012).

O argumento utilizado pela Corte para afastar a aplicação dos referidos arts. é meramente de autoridade, passando ao largo, data máxima vênia, de justificativas jurídicas:

A análise da regularidade desse procedimento não pode, naturalmente, desprender-se das peculiaridades da espécie. Com efeito, não é mais possível, no processo civil moderno, tomar a apreciação de uma causa baseando-se exclusivamente nas regras processuais sem se considerar, em cada hipótese, as suas especificidades e, muitas vezes, a evidência com que se descortina o direito material por detrás do processo. Hoje está muito claro, tanto na doutrina como na jurisprudência, que as regras processuais devem estar a serviço do direito material, nunca o contrário. No REsp 1.259.018/SP, interposto pela sociedade Agrícola Rio Turvo Ltda., relativo à mesma controvérsia, a recorrente demonstrou que a extensão dos efeitos da falência sem a prévia citação vem sendo admitida pela jurisprudência da 3^a Turma nas hipóteses em que caracterizada a existência de grupo econômico. Cita, nesse sentido, inclusive, julgado de minha relatoria (RMS 12.872/SP, 3^a Turma, DJ de 16/12/2002). (BRASIL, 2012).

Some-se a essas questões também a inobservância dos arts. 5º, LIV e LV e 93, IX, ambos da Constituição Federal. Entende-se que a decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça deixou de se pronunciar quanto a possibilidade de imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas sediadas em offshores, conforme preconiza o Art. 7º da Convenção Interamericana Sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, promulgada pelo Decreto Nº 2.427, de 17 de dezembro de 1997:

Cada Estado Parte e demais pessoas jurídicas de direito público organizadas de acordo com sua lei gozarão de personalidade jurídica privada de pleno direito e poderão adquirir direitos e contrair obrigações no território dos demais Estados Partes, com as restrições estabelecidas por essa lei e pelas leis destes últimos, especialmente no que se refere aos atos jurídicos relativos a direitos reais e sem prejuízo de invocar, quando for o caso, imunidade de jurisdição. (BRASIL, 1997).

Malgrado o caso Petroforte contenha inúmeros indícios de fraude, indispensável é a fundamentação das decisões que o envolvem, de forma a viabilizar a efetividade internacional das decisões e desestimular o denominado *forum shopping*⁴⁵, que se fortalece com sentenças com pouca força vinculante.

4.1.2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Quando da análise do REsp nº 1.258.751, vislumbra-se que o véu da personalidade jurídica foi suspenso, data vênua, sem maiores preocupações

⁴⁵ A presente expressão remete-se a ideia de incentivos que levem as partes a transferir bens ou ações judiciais de um Estado-Membro para outro, no intuito de obter uma posição jurídica mais favorável. Trata-se de uma prática muito comum nos países que não tenham uma jurisprudência clara de quais os critérios para cooperação jurídica internacional a serem adotados nas insolvências transnacionais, uma vez que permite as empresas escolherem o ordenamento jurídico mais favorável para a decretação da insolvência. Cf. **REGULAMENTO (CE) Nº 1.346/2000 DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA**, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000R1346:20110708:PT:PDF>>. Acesso em 04 jan. 2016 e MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping**, p. 4. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1539391>>. Acesso em 04 jan. 2016.

com a sua fundamentação. A Ministra Nancy Andrighi assim justificou a desconsideração da personalidade jurídica no caso:

[...] é possível coibir esse modo de atuação mediante o emprego da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, ainda que, para isso, seja necessário dar-lhe nova roupagem, interpretando-se progressivamente o art. 50 do CC/02. Para as modernas lesões, promovidas com base em novos instrumentos societários, são necessárias soluções também modernas e inovadoras. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da *praxis*, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como sói ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica. Inexiste, portanto, nem sob a ótica dos arts. 6º, 12 e 14, do DL 7.661/45, nem sob a ótica do art. 50 do CC/02, violação de qualquer direito da recorrente. (BRASIL, 2012).

Sem embargo, não se evidenciou nesta argumentação de que forma a referida interpretação progressiva ao Art. 50 do Código Civil deve ser feita, ou quais poderiam ser suas extensões. Ademais, não destacou-se nem mesmo se a interpretação supracitada deveria valer-se da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, ou se seria o caso de uma análise objetiva do prejuízo causado aos credores.

O Voto da Ministra também não explicitou qual seria a nova roupagem adotada por sua decisão, produzindo, desta forma, uma jurisprudência que pode vir a causar certa insegurança jurídica em razão de sua concisão. Tampouco o Acórdão da Terceira Turma foi mais explícito em suas razões, restando assim exarado:

Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos. (BRASIL, 2012).

A despeito da desnecessidade do exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas trazidas no Recurso Especial, e da prescindibilidade da fundamentação exaustiva da decisão, entende-se que ao sintetizar em um parágrafo um novo entendimento acerca da desconsideração da personalidade jurídica, estendendo-a agora também à empresas offshore, a Corte Superior Brasileira inviabilizou a formação de um precedente no qual a comunidade jurídica possa aprofundar seus estudos.

Da maneira com a qual foi decidida a desconsideração da personalidade jurídica, não é possível observar-se nem mesmo quais os referenciais teóricos adotados pela Terceira Turma para fundamentar seu entendimento. Destaca-se, nesse sentido, que trata-se de um caso complexo, no qual o Processo de Origem do TJ-SP conta com mais de 900 volumes. Os procedimentos da falência encontram-se devidamente instruídos, bem como as explicações detalhadas acerca das operações mercantis praticadas pelo conglomerado de 243 empresas e 76 pessoas físicas. Não obstante, o STJ acabou por não realizar um controle de legalidade efetivo, posto que não pouco fundamentou acerca dos dispositivos da decisão do tribunal no tocante à desconsideração da personalidade jurídica⁴⁶.

A Ministra Nancy Andrighi parece ter adotado um posicionamento semelhante ao do doutrinador alemão Müller-Freienfels, brevemente descrito no capítulo anterior. Sua teoria dos centros de imputação defendia a necessidade da desconsideração, independentemente da ocorrência de fraude. Apesar disso, trazia como requisito fundamental a interpretação sistemática e fundamentada do arcabouço legal que autoriza a sobressalência da medida extraordinária da desconsideração, o que, data vênua, não se fez presente no REsp analisado.

Chama-se a atenção, porém, para o fato do patrimônio dos beneficiários das *trusts* sediadas em paraísos fiscais não se confundir com o de seu instituidor. Os bens e/ou direitos instituídos em trusts deixam de integrar imediatamente o patrimônio do *settlor*, a partir do ato de constituição do

⁴⁶ Não se trata de realizar uma análise obstaculizada pela Súmula 7 do Tribunal, mas sim na produção de uma decisão na qual o controle de legalidade esteja devidamente referenciado com base no caso concreto, não sendo composto por generalidades pouco justificadas e repetidas exaustivamente aos demais processos que tenham a Petroforte como pólo passivo.

contrato, constituindo-se então como patrimônio do *trustee*. Desta forma, os bens conferidos aos trusts não podem ser alcançados pelos credores do *settlor*, salvo no caso de fraude comprovada, única exceção em que o ato de constituição pode ser anulado (TERPINS, 2013, p. 28).

Importante notar que embora passem à propriedade do *trustee*, os bens e/ou direitos dados aos trusts constituem um patrimônio diverso do resto dos recursos dos *trusts*. Por consequência, não respondem pelas dívidas pessoais dos *trusts*; muito menos adentram na massa falida em casos de falência. Poucas exceções ocorrem nos casos de titularidade aparente (*reputed ownership*) ou no caso de ilicitude dos trusts, baseados no princípio de que os credores não podem ser enganados por terem a boa-fé na garantia do patrimônio do devedor, que tem aparência de sólido.⁴⁷

Quanto aos credores dos beneficiários – como é o caso da Securinvest –, em regra, os bens e/ou direitos dos trusts só serão passíveis de penhora caso o beneficiário seja também o instituidor dos *trusts* (caso dos *passive trusts*), ou se os *assets* (ativos) foram transferidos de forma fraudulenta.⁴⁸

Em razão disso, entende-se que o STJ deveria ter sido mais cuidadoso quando da desconsideração da personalidade jurídica, analisando concretamente a estrutura societária dos trusts das Ilhas Virgens Britânicas e nas Ilhas Cayman. A postura ideal, conforme já explicitado, seria a de associação com esses Juízos, de forma a compreender corretamente as sociedades empresariais que estavam sendo afetadas pela *disregard doctrine*.

⁴⁷ A jurisprudência de vários países já vem se adaptando no sentido de permitir a utilização da desconsideração da personalidade jurídica também para os contratos de trusts, porem a comprovação de fraude é obtida por meio de um processo formal, em que existe citação, contraditório e ampla produção probatória – o que acabou não sendo o caso no processo da Kiaparack. Decisões recentes das cortes de Nova York, Virginia e Wisconsin podem ser vistas em HICKS, Michelle G.; COX, Robert K.. **Reverse Piercing of the Corporate Veil**. Disponível em: <http://www.gcila.org/publications/files/pub_en_239.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

⁴⁸ Trata-se, a bem da verdade, de uma regra de Equity, e não de Common Law, conforme lição do Professor Guido Fernando Silva Soares: “Uma ilustração interessante de como funciona a Equity pode ser dada pela emergência da denominada doutrina da *piercing the corporate veil* (desconsideração da personalidade jurídica), para ter-se acesso aos bens dos sócios e evitar a fraude a credores, num procedimento falimentar, em particular, na obtenção de uma concordata; segundo a teoria da Equity, das *cleanhands* (quem vem solicitar um benefício ao juiz, deve vir de mãos limpas, ou em outras palavras, quem solicita uma concordata judicial deve estar de boa-fé) é permitido desconsiderar-se a personalidade jurídica e trazer os bens dos sócios para o patrimônio em discussão (e não a mera colação de bens da sociedade), na medida em que se prove, sim, ter havido fraude aos credores”. Cf. SOARES, Guido Fernando Silva. **Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1997. p. 182.

Essa atitude, além de produzir uma jurisprudência contemporânea, auxiliaria também na fundamentação do voto e do acórdão, que pouco elucidaram acerca da desconsideração.

O correto embasamento das decisões quanto à desconsideração da personalidade jurídica colocou-se como necessidade tão premente que mereceu um Capítulo próprio no Novo Código de Processo Civil (NCPC), em que foram estabelecidos mecanismos processuais para a desconsideração da personalidade jurídica⁴⁹. Essa instrumentalização, tão necessária em nosso ordenamento jurídico, se faz ainda mais primordial nos Acórdãos do STJ, tendo em vista sua função de instância uniformizadora da jurisprudência dos TRFs, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios⁵⁰.

No tocante aos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, dois pontos são essenciais em relação à análise do REsp nº 1.258.751/SP: a ausência de citação da Empresa Kiaparack e a inexistência de fundamentação da decisão que motivou a desconsideração da personalidade jurídica. Conforme aduzido no REsp, a recorrente (Empresa Kiaparack) não foi ouvida pelo juízo de primeiro grau, ficando prejudicado o exercício de seu contraditório. A citação agora encontra-se como requisito fundamental para a resolução do incidente, ficando prevista expressamente no Art. 135. Ademais, a decisão que motiva a desconsideração deverá ser resolvida por pronunciamento interlocutório próprio

⁴⁹ Cf. “Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.” Cf. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015.

⁵⁰ Cf. Art. 105, inciso III, da Constituição Federal Brasileira. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

a este fim, destrinchando todos os fundamentos jurídicos da desconsideração da personalidade jurídica.

Nada obstante já estarem contidos indiretamente no ordenamento jurídico, a imprescindibilidade da citação para um correto exercício do contraditório e a motivação das decisões são pontos que o Parlamento Brasileiro considerou vitais para uma correta aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Por isso, entende-se que o REsp nº 1.258.751/SP produziu uma jurisprudência que merece reforma frente às novas diretrizes processuais do Direito Brasileiro.

4.1.3 UTILIZAÇÃO DE CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES LEGAIS

As decisões tomadas no curso dos Recursos Especiais que envolviam a Petroforte dessouberam, além das legislações pátrias citadas no primeiro capítulo, também as convenções de Haia e as Recomendações Legais da Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). À vista disso, elaboraram, sentenças com pouca aplicação na esfera internacional, uma vez que se utilizam somente de interpretações jurisprudenciais no tocante à desconsideração da personalidade jurídica das empresas sediadas no estrangeiro.

Tendo em vista o cenário de insegurança jurídica quanto as negociações internacionais a Assembleia Geral das Nações Unidas, decidiu em 1966, criar a Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). Cuida-se de um grupo de especialistas que estudam e elaboram normas que envolvam direito internacional do comércio, auxiliando assim no processo de uniformização do direito comercial internacional (BIERY; BOLAND; CORNWELL, 2005, p. 24).

Em 1997, esse corpo de especialistas produziu a Lei Modelo da UNCITRAL Sobre Insolvência Internacional (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency). A norma de *soft law* tinha como objetivo principal auxiliar os Estados a solucionar de forma mais eficiente, satisfatória e barata os casos envolvendo falências de grandes grupos multinacionais, com credores,

patrimônio e estabelecimentos localizados em todas as partes do globo. Sua influência principal foi a corrente universalista, exposta durante o primeiro capítulo, da antiga *Section 304* do *Bankruptcy Code* dos Estados Unidos e dos diversos Protocolos de Cooperação assinados entre os países (MACHADO, 2014, p. 35).

A *model law* foi produzida por um grupo de juristas de cinquenta países europeus. Ademais, teve ampla participação de organizações não governamentais, durante os debates de sua elaboração, como a *International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals*.

Importante destacar que não se trata de uma norma cogente, mas sim de recomendações desenvolvidas pela UNCITRAL, para servir de referência as jurisdições internacionais, orientando o Poder Judiciário e o Parlamento na elaboração e aplicação do direito falimentar internacional.

O Tribunal Superior também nada mencionou acerca da Convenção de Haia sobre a Lei aplicável ao Trust e a seu reconhecimento (VAN LOON, 2005, p.19). Trata-se de uma Convenção que buscou uniformizar a instituição dos trusts nos países de civil law. Pode-se detectar nesta convenção, segundo Van Loon:

[...] os maiores esforços da Conferência no sentido de fazer emergir características que pudessem representar um ponto de convergência para a harmoniosa implementação desse instituto em ambos os sistemas, muito embora essa não tenha sido a intenção primordial do texto convencional, esteadado na necessidade de se determinar a lei aplicável para a sua regência. (RODAS, 2007, p. 265).

Caso aplicada, essa convenção forneceria ao STJ subsídios teóricos para que a desconsideração da personalidade jurídica fosse estendida também a figura dos trusts instituídos nos paraísos fiscais, desde que comprovada a fraude falimentar – mediante a produção probatória realizada também nos juízos das Ilhas Virgens Britânicas e das Ilhas Cayman. Em vista disso, o Síndico da Falência, Afonso Henrique Alves Brava, conseguiria o bloqueio dos bens não só das empresas nacionais, mas também das offshores, dando aos credores quitação plena dos créditos falimentares.

Por fim, destaca-se o ponto de vista do Professor Guido Fernando Silva Soares, que reforça a ideia de que aplicação dos *trusts* no Brasil não pode ser afastada pelos tribunais pátrios em razão da inexistência dessa modalidade contratual em nosso ordenamento:

Contudo, o comparativismo jurídico tem outra finalidade, além do simples conhecimento científico de outros sistemas, de outras "famílias" de Direito: importante tarefa de auxiliar o aplicador do direito, a fazer valer, num sistema jurídico determinado, os efeitos de um instituto jurídico desconhecido neste, e que necessitam ser reconhecidos, sob pena da denegação de justiça (verdadeira aberração, em qualquer situação factual apresentada a autoridades legítimas e constituídas num regime democrático, que tenham por incumbência a aplicação do Direito). Um exemplo poderia ser ilustrativo: jamais poderia um juiz brasileiro deixar de dar efeito a um contrato particular de trust, constituído segundo o Direito inglês, pelo simples fato de o Direito brasileiro não contemplar restrições à propriedade real, além daquelas fixadas rigidamente na lei, como o usufruto, as servidões, e portanto, aparentemente não-autorizadas por disposições contratuais, tal o trust. [...] Em que pese a dificuldade de se considerar em fissuras no conceito de propriedade pela via de contratos, a jurisprudência comparada, em particular nas ocasiões em que no Direito francês houve necessidade de darem-se efeitos a trusts mostra a possibilidade de, através de uma comparação de institutos, que se encontre um trust que cumpra as funções do desconhecido, seja, inclusive para combinar vários, de maneira que as finalidades daquele se cumpram. (SOARES, 1997, p. 164).

Por conseguinte, defende-se a ideia de que o Superior Tribunal de Justiça deveria ter solicitado informações as instâncias internacionais relativas as empresas *offshore* envolvidas no caso, de maneira a permitir a correta análise dos *trusts* e *holdings* alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica. Desta forma, teria-se investigado a licitude na constituição das empresas *offshore*, o que fundamentaria a aplicação, ou não, da *disregard doctrine*.

CONCLUSÃO

Conforme analisado ao longo da monografia, considera-se que a decisão do STJ pecou ao não levar em conta os diversos mecanismos de *soft law* existentes na temática das insolvências transnacionais, ignorando todas as peculiaridades do sistema de *common law*. Ademais, entende-se que o tribunal desconsiderou importantes nulidades processuais, conforme elencado no último capítulo.

De fato, vislumbra-se estar diante uma operação fraudulenta visando a ocultação de bens de Ari Natalino, dono da Petroforte, falecido em 2008. Todavia, em defesa da justiça material, não deve-se produzir um acórdão que esteja em desacordo com Convenções Internacionais, além de preceitos processuais e constitucionais. Os efeitos de tal posicionamento são nefastos, gerando além da insegurança jurídica, uma diminuição nos investimentos estrangeiros no país e um aumento nos custos de transação das empresas.

Neste sentido, destaca-se a problemática dos custos de transação, entendidos como a soma dos investimentos necessários para que uma atividade humana possa ser debatida e realizada. Conforme colocado por Ronald Coase (1990, p. 114) a execução de uma transação de mercado implica em descobrir quem é que se deseja contratar com, informar as pessoas de que se deseja contratar e quais os termos em que se deseja contratar, conduzir negociações que levem a um acerto, esboçar um contrato, empreender a inspeção necessária para assegurar que os termos do contrato estejam sendo observados, e assim por diante.

Por consequência, conclui-se que uma decisão de Tribunal Superior que aumenta os custos associados a se operar no mercado não privilegia o Direito enquanto instância fomentadora do desenvolvimento econômico. Conforme explicitado por Coase, os custos de transação constituem obstáculo fundamental para que os recursos possam ser alocados de maneira eficiente.

Em outras palavras, ao considerar somente o direito material no REsp estudado, o Superior Tribunal de Justiça, tendo em conta tão somente a dimensão de justiça social do caso concreto, acabou por produzir uma decisão sistemicamente injusta. Como consequência, causou-se um aumento dos

custos de transação, em razão da insegurança jurídica presente nas falências empresariais que envolvam empresas *offshore*.

Além disso, a falta de preocupação dos juízos brasileiros com a cooperação jurídica internacional penalizou duramente a massa falida, que atualmente move denúncias na Corregedoria-Geral de Justiça e no Conselho Nacional de Justiça para investigar os juízes 18ª Vara Cível de São Paulo, acusados de delongar o processo de falência da Petroforte, originado em 2001; e de supostamente terem privilegiado a Securinvest em acordos de quitação dos débitos com o Síndico da Massa Falida.

Acredita-se que caso as peculiaridades do *common law* tivessem sido observadas, adotando-se uma postura cooperativa com os demais juízos das empresas sediadas em paraísos fiscais, o resultado teria sido um juízo falimentar universal em que os credores teriam suas dívidas totalmente adimplidas, tendo em vista a possível penhora de bens e valores das empresas *offshore* que seria realizado por suas respectivas jurisdições internacionais. Garantir-se-ia, destarte, uma avaliação adequada da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica também aos *trusts* e *holdings* envolvidos na suposta fraude.

Isto posto, buscou-se uma reflexão a respeito das insolvências transnacionais e seus múltiplos desdobramentos, abordando-se, a partir de um caso concreto, noções básicas dos principais elementos envolvidos na temática e nos procedimentos apontados pela doutrina para o deslinde dos processos internacionais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da Empresarialidade (as empresas no direito)**. Coimbra: Editora Almedina, 1996.

AMARAL NETO, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 8, n. 4, p.1-20, dez. 1997.

BIERY, Evelyn H.; BOLAND, Jason L; CORNWELL, John D. A Look at Transnational Insolvencies and Chapter 15 of the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005. Boston: **Boston College Law Review**, Vol. 47, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BORGES, Antônio de Moura. Considerações sobre o combate à concorrência tributária internacional prejudicial. In: OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO (Ed.). **Revista Fórum de Direito Tributário**. Belo Horizonte, v.2, n.12, 2004.

BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 53. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. **Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929**. Brasília, DF, 1929.

_____. **Decreto Nº 2.427, de 17 de dezembro de 1997**. Brasília, DF, 1997.

_____. **Exposição de Motivos da Medida Provisória Nº 685**. Brasília, DF, 2015 (a).

_____. **Instrução Normativa RFB nº 1037 de 04 de junho de 2010**. Brasília, DF, 2010.

_____. Justiça Federal. Mandado de Segurança Nº 0016111-48.2015.403.6100, São Paulo, SP, 24 de agosto de 2015 (b).

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil de 1973**. Brasília, DF, 1973.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.258.751/SP, j. 28.06.2012, Rel. Ministra Nancy Andrighi. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 2012.

BURKIN, Jonathan. **Tax Havens. International Avoidance and Evasion**. Nova York: Nova Science Publishers, 2011.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: Uma visão crítica**. São Paulo: Elsevier Editora, 2008.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **The Legal Framework For Cross-Border Insolvency In Brazil**. 32. ed. Houston: Houston Journal Of International Law, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2009. 4 v. (Tomo II).

CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2006. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

COASE, Ronald H. **The firm, the market, and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – Rdm**, São Paulo, p.57-74, jun. 1983.

_____. **Aspectos jurídicos da macroempresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CORDEIRO, Pedro. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais.** Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** São Paulo: Hemus, 1998.

DAVID, René. **O direito inglês.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado.** São Paulo: Escala, 2009.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GREGORIO, Ricardo Marozzi. **Arm's Length e praticabilidade nos preços de transferência.** 2010. 368 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

HOLDSWORTH, William Searle. **A History of English Law.** 3. ed. Londres: Methuen & Co., 1922. 3 v.

HUCK, Hermes Marcelo. **Elisão e evasão: Rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário.** São Paulo: Saraiva, 1997.

KEYNES, John Maynard. O fim do laissez-faire. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (org.). **Keynes.** São Paulo: Editora Ática, 1984.

LIBERATO, Ana Paula Gularte. **O Direito Humano Fundamental: a Reforma Agrária.** 2003. 192 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2003.

LONGO, José Henrique. Sucessão Familiar e Planejamento Tributário II. In: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (coord.) **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Maria Letícia de Alencar. **Breve Reflexão sobre a Insolvência Transnacional**. Divergências Doutrinárias. Experiência Brasileira. 2014. 68 f. Monografia - Curso de Direito, FGV Direito, Rio de Janeiro, 2014.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedade comerciais, fundo de comércio**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MATHIESEN, Thomas. Lex vigilatoria: Global control without a state?. In: DEFLEM, Mathieu. **Surveillance and Governance: Crime Control and Beyond**. 10. ed. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2008. p. 101-127. (Sociology of Crime, Law and Deviance).

MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. 2009. 323 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MATTOS, Samuel da Silva. Notas Sobre a Natureza e Espécies De Propriedades. **Sequência**, Florianópolis, v. 22, dez. 2001.

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito econômico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONGUILOD, Ana Carolina; GOMES, Edgar Santos. **BEPS – relatórios finais aprovados. E agora?** 2015. Disponível em: <<http://jota.info/coluna-do-levy-salomao-beps-relatorios-finais-aprovados-e-agora>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MOTA, Júlio; ANTUNES, Margarida; LOPES, Luís Peres. **Economia Global, Mercadorização e Interesses Colectivos**. 2009. Disponível em:

<http://www4.fe.uc.pt/ciclo_int/doc_08_09/08_grande_evasao.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

MOTA, Raquel Gonçalves. **Aspectos relevantes da concorrência fiscal internacional**. 4. ed. Brasília: Revista da Procuradoria-geral da Fazenda Nacional, 2012.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário: Um 'vol d'oiseau' sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. In: Adeodato, João Maurício; Bittar, Eduardo C.B. (Org.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito - Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, v. 1, p. 397-429, 2011.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **OECD presents outputs of OECD/G20 BEPS Project for discussion at G20 Finance Ministers meeting**. Paris: OECD iLibrary, 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue**. Paris: OECD Publications, 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. **International tax avoidance and evasion, four related studies**. Paris: OECD Publications, 1987.

_____. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD iLibrary, 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

OLCESE, Tomás. **Formação histórica da real property law inglesa: tenures, estates, equity & trusts**. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

RAPOSO, Ana Margarida; MOURÃO, Paulo Reis. Tax havens or tax hells? A discussion of the historical roots and present consequences of tax havens. **Financial Theory And Practice**. Zagreb, p. 311-330. set. 2013. Disponível em: <<http://hrcak.srce.hr/file/159036>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 410, p.12-24, dez. 1969.

_____. **Aspectos modernos de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de direito comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1 v.

RODAS, João Grandino; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de direito internacional privado: a participação do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

SCHNEIDER, Fernando Zanotti. **Aspectos teóricos sobre a função social da pessoa jurídica e o incidente da desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)**. 2015. Disponível em: <<http://www.abe.adv.br/informes/aspectos-teoricos-sobre-a-funcao-social-da-pessoa-juridica-e-o-incidente-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-previsto-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

SERICK, Rolf. **Forma e Realtà della Persona Giuridica**. Milão: Editora Giuffrè, 1966.

SHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de transferência no direito tributário brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA. São Paulo: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 1997.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. **Tratados para evitar a Dupla Tributação Internacional**. 2004. Disponível em: <<http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs537.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

TERPINS, Nicole Mattar Haddad. **A Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento Imobiliário**. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

TEUBNER, Günther. A Bukowina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: VIEIRA, Kelmara Mendes (Ed.). **Revista de Ciências Sociais e Humanas**. 14. ed. Piracicaba: Editora da Universidade Federal de Santa Maria, 2003. p. 9-31.

_____. Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria. In: DELANTY, Gerard (Ed.). **European Journal of Social Theory**. 5. ed. Londres: Sage Publications, 2002.

TRAUTMAN, Donald; WESTBROOK, Jay; GAILLARD, Emmanuel. **Four Models of International Bankruptcy**. Ann Arbor: American Journal Of Comparative Law, 1993. (41).

VAN LOON, J. H. A. The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their recognition. **Trust & Fiducie – la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise**. Paris: Montchrestien, 2005.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.