

Joint-ventures transnacionais e responsabilização por violações de Direitos Humanos: uma análise à luz do caso Samarco.

International Joint Ventures and Liability for Human Rights Violations: the Samarco case.

Gabriel Coutinho Galil¹

Resumo

O trabalho pretende analisar o regime de responsabilidade das joint ventures societárias transnacionais no que tange à violações de Direitos Humanos. Valendo-se do método jurídico-compreensivo, conclui-se que o arranjo complexo desses agentes econômicos, marcado pela autonomia patrimonial e limites jurisdicionais dificultam enormemente tal responsabilização. Desse modo, conclui-se pela necessidade de normativas vinculantes nacionais e internacionais. Palavras-Chave: Joint Ventures. Empresas Transnacionais. Direitos Humanos. Samarco

Abstract

The work aims to analyze the liability of the incorporated international joint ventures in cases of Human Rights violations. Through a juridical-comprehensive method the research concludes that the complex structure of these economic agents, characterized by the corporate autonomy and jurisdictional limits results in immense difficulty on holding these agents liable. Therefore it points out the necessity of new binding norms on municipal and international law. Key-words: Joint Ventures. Transnational Corporations. Human Rights. Samarco.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: gcalil@gmail.com.

1 – Introdução

O artigo propõe-se a analisar uma estratégia amplamente utilizada pelas empresas² transnacionais: a formação de joint ventures. Isto é, empreendimentos conjuntos de mais de uma sociedade empresária, visando à realização de uma empresa específica. Pelo recorte teórico adotado, analisar-se-ão as joint ventures societárias, que se enquadram como sociedades empresárias de responsabilidade limitada e subsidiárias, das quais uma ou mais das sociedades controladoras não tenham sua sede no território nacional. Tais figuras, doravante tratadas como joint ventures internacionais serão alvo da hipótese de que são concebidas de forma a dificultar a responsabilização patrimonial no caso de eventuais (ou recorrentes) danos causados a Direitos Humanos nos países em que se instalam, pelas barreiras do regime de responsabilidade limitada e pelos limites jurisdicionais.

Ressalta-se que a insuficiência do Direito Comercial (principalmente do Direito Societário nacional) frente à atuação das empresas transnacionais, não é um debate novo no universo jurídico. No entanto, percebe-se que as respostas oferecidas para a falta de regulação do mercado global apresentam-se na forma de normas dispositivas (*soft law*)³ como normas de conduta das sociedades empresárias, ou mesmo normas internacionais não cogentes (*United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*⁴). Ocorre que a regulação por meio de “lei branda” em situações tão díspares de poder, tal qual a relação empresa transnacional/credores involuntários, resulta em situações de apropriação e violência para o polo mais fraco (SANTOS, 2007), diante de um padrão dos agentes econômicos, reforçado pela teoria microeconômica, de comportamento abusivo. Abuso esse que ensejou a própria edição de normas estruturais e cogentes para conter esse poder econômico (SALOMÃO, 2015). Assim, pelo viés teórico aqui adotado, pretende-se demonstrar, também, que não é possível um

² O vocábulo “empresa” será aqui tratado em seu aspecto funcional, segundo a teoria dos perfis da empresa de Asquini. Assim, empresa é a atividade empresária, no caso transnacional, que pode assumir diversas formas societárias (ou plurissocietárias) como será tratado no presente trabalho. No entanto, sabe-se que o vocábulo também pode ser compreendido como sinônimo de sociedade, ou grupo, como frequentemente ocorre no tema de Direitos Humanos e Empresas, em que a expressão “Empresa Transnacional” coloca-se como tradução da expressão estrangeira “Transnational Corporation”, mesmo que “Corporation” no inglês refira-se à organização que realiza a empresa, ou seja, à sociedade.

³ Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário e Globalização: Rediscussão da lógica publica-privada diante das exigências de um Direito Societário global. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴ Documento oficial: UNITED NATIONS, Office of the High Commissioner. Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>, acesso em 01 de outubro de 2016.

movimento de desregulação do mercado internacional, através da *soft law*, sem potencializar o abuso do poder econômico e a vulnerabilidade dos Direitos Humanos.

De forma a exemplificar a hipótese suscitada, analisar-se-á o tratamento dado à Samarco Mineração S.A., que apresenta a estrutura societária aqui tratada, no que tange à reparação de danos causados pelo crime ambiental ocorrido em novembro de 2015 em Mariana-MG.

De modo a guiar e integrar as leituras e avanços realizados no presente trabalho, valer-se-á da teoria de Muchlinski (2010), na qual a autonomia patrimonial e os limites jurisdicionais colocam-se como camadas (*layers*) que dificultam que os atingidos pela atividade de empresas plurissocietárias alcancem a sociedade controladora.

No presente trabalho utilizar-se-á o método dedutivo, analisando, primeiramente, o tratamento jurídico das joint ventures societárias e a sua inserção no fenômeno da empresa plurissocietária, verificando se essas se enquadram como parte de um grupo societário. Adiante, valer-se-á do estudo da Samarco Mineração S.A. para analisar o tipo de controle exercido nesse caso específico de sociedade. Em seguida, verificar-se-á se as possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica tipificadas no ordenamento pátrio são suficientes para a efetiva responsabilização, de modo a confirmar ou refutar a hipótese de que a constituição de uma personalidade jurídica, no caso de joint ventures, configura um obstáculo na reparação por violações a Direitos Humanos. Ainda nesse prisma, será analisada se a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em sociedades subsidiárias nas quais uma (ou mais) das sociedades controladoras possui patrimônio em uma jurisdição alienígena constitui uma dificuldade para atingir o referido patrimônio. Para a sustentação ou refutação dessa última hipótese valer-se-á também da análise do caso Samarco, além de uma explanação das dificuldades de litigação contra sociedades empresárias que tem sua sede em estados estrangeiros, evidenciando a necessidade de normas internacionais que possibilitam a efetiva responsabilização de forma transnacional.

2 – As joint ventures no direito societário

O Direito Comercial pode ser conceituado como o conjunto de regras e princípios jurídicos que regem a organização das empresas e a relação entre elas, no ambiente do mercado (FORGIONI, 2009 p. 17). Assim, a disciplina surge e se desenvolve em razão do funcionamento do mercado, ao ponto de afirmar-se que a história do capitalismo poderia ser contada por meio do Direito Comercial (SALOMÃO FILHO, 2016). Ao longo dessa trajetória, diversos meios de desenvolvimento da atividade empresária foram criados pelos agentes econômicos e, majoritariamente e posteriormente, regulados pelo Direito. Nesse sentido, as formas de atuação dos

agentes no mercado já escapam a dicotomia ilustrada por Coase (1937), em que a única opção para a diminuição dos custos de transação se dariam pela coordenação possibilitada pela constituição de uma sociedade empresária. As relações no mercado encontram-se dispersas entre o espectro que se localiza entre os dois polos: mercado puro e empresa pura, permitindo a interpenetração entre a empresa e o mercado, por meio de redes de cooperação e alianças estabelecidas entre os agentes econômicos (FRAZÃO, 2015). Apesar de o assunto ser objeto primário do Direito Econômico, uma das alternativas entre empresa e o mercado se estabelece pela realização de joint ventures, objeto de estudo do trabalho.

2.1 - O surgimento das Joint Ventures

A joint venture, entendida como meio de combinação de recursos, conhecimentos e técnicas voltado para a realização de empreendimentos comuns realizados por dois ou mais agentes econômicos, tem sua origem remetida à Idade Antiga, com posterior sofisticação na Idade Moderna, com o advento das companhias marítimas. No entanto, as joint ventures que realmente se assemelham com as que serão aqui tratadas, desenvolveram-se a partir dos séculos XIX e XX, quando começaram a receber tratamento jurídico diferenciado pelas cortes anglo-saxãs. Isso porque, até a última década do século XIX, as cortes tratavam as joint ventures como sociedades ou parcerias (*partnership*) e somente a partir de 1890 que começou a ser feito um esforço de diferenciação entre essas formas de desenvolvimento de negócios. Com a virada do século, diversos casos julgados nos Estados Unidos da América foram paulatinamente traçando a delimitação conceitual das joint ventures⁵. Juntamente com o trabalho pretoriano, a doutrina norte-americana ocupou-se da sistematização dos conceitos trazidos nos julgados, na tentativa de consolidar a joint venture como uma figura legal autônoma. É notável o esforço de Taubman (1956) e Jaeger (1960) ao extraírem dos precedentes o que seriam os requisitos indispensáveis para a configuração dessa forma jurídica distinta da *partnership*. Percebe-se, então, um movimento na doutrina comercialista desse período de advocacia pelo enquadramento das joint ventures como figura jurídica autônoma⁶. Em contrapartida, nas cortes inglesas, apesar do

⁵ Nesse sentido, os principais precedentes trazidos por Jaeger (1960) são: *Simpson v. Richmond Worsted Spinning Co* (1929); *Chisholm v. Gilmer* (1936); *Shell Oil Company v. Prestidge* (1957); *McRobert v. Phelps* (1958) enquanto Taubman(1956) traz os seguintes julgados como precedentes para o conceito de joint ventures: *Ross v. Willet*(1895) e *Leitner v. Wass* (1946)

⁶ Segundo Jaeger (1960, p. 9) os elementos essenciais para a configuração de uma joint venture seriam: (a) Contribuição de cada uma das partes de pecúnia, propriedades, esforços, conhecimentos, habilidades ou outro recurso para o empreendimento comum; (b) interesse de possuir, conjuntamente, o objeto do investimento; (c) direito mútuo de controle ou administração da empresa; (d) expectativa de lucro; (e) direito de participação nos lucros e (f) limitação do escopo da parceria a um empreendimento

reconhecimento das joint ventures como formas de desenvolvimento da atividade empresária, não foi reconhecida a essas um regime jurídico próprio, sendo tratada como um tipo específico de associação entre empresas (*partnership*) (TAUBMAN, 1956). A ausência de um regime jurídico próprio positivado nos ordenamentos jurídicos diversos onde as joint ventures se estabelecem parece coadunar com um esforço doutrinário de que não há na joint venture uma figura jurídica autônoma, que mereça uma regulação própria⁷, se tratando de um modo de operação empresarial de motivos predominantemente econômicos (BASSO, 2002).

De fato, não se observou nos sistemas jurídicos anglo-saxões uma tipificação da joint-venture como uma figura diferenciada, mas sim o seu enquadramento nas figuras já existentes, sejam elas contratuais ou societárias. No entanto, ainda persiste um desafio: se não são uma figura jurídica, o que são as joint ventures? Diante da ausência de um conceito legal e tipificado, encontram-se diversos conceitos traçados pela doutrina pátria e internacional. Apesar da pluralidade conceitual apresentada⁸, é possível delinear alguns pontos comuns entre elas. Primeiramente, há de se destacar que a joint venture é uma forma de se desenvolver a atividade empresarial. Ou seja, não se trata de uma figura específica, mas de um meio de atuação dos agentes econômicos. Define-se, então, como uma associação de dois entes que combinam seus esforços e recursos, materiais ou imateriais, com objetivo de realizar uma atividade econômica

7 Destacam-se nesse sentido os trabalhos de Robert Flannigan: *The Legal Status of the Joint Venture* e *The Joint Venture Fable*, nos quais ele defende a tese que não há qualquer distinção na forma jurídica da joint venture que justifique um tratamento diferenciado.

⁸ Valeu-se dos seguintes conceitos formulados doutrinariamente: “a associação entre duas ou mais empresas que, embora mantenham sua independência e autonomia e não constituam propriamente um grupo societário, unem-se para o exercício de uma empresa comum.” (FRAZÃO, 2015); “A joint venture pode ser entendida de maneira genérica, como o faz o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nos seguintes termos: - (Associações para um determinado empreendimento mercantil ou industrial, por cujos investimentos se obrigam e ou de cujos resultados fruem os seus participantes, dentro do plano assentado em contrato)” (CARVALHO, 2001); “*Por tanto, aterrizando el concepto, el Joint Venture es una asociación estratégica temporal (de corto, mediano o largo plazo) de organización, una agrupación o alianza de personas o grupos de empresas que mantienen su individualidad e independencia jurídica pero que actúan unidas bajo una misma dirección y normas, para llevar adelante una operación comercial determinada, donde se distribuyen las inversiones, el control, responsabilidades, personal, riesgos, gastos y beneficios. Se traduce como un negocio conjunto, una inversión conjunta o una “colaboración empresarial”, esto es, la cooperación entre diferentes unidades económicas.*” (DONOSO, 2014); “as joint ventures são mecanismos de cooperação entre empresas, que não têm forma específica, tendo em vista sua origem e seu caráter contratual: possuem natureza associativa (partilha de meios e riscos), podendo apresentar objetivos e duração limitados ou ilimitados”(BASSO, 2002 p. 42); “*The joint venture is an association of two or more persons based on contract who combine their money, property, knowledge, skills, experience, time or other resources in the furtherance of a particular project or undertaking, usually agreeing to share the profits and the losses and each having some degree of control over the venture*” (JAEGER, 1960) e “é a associação de duas ou mais pessoas naturais ou morais que se vinculam com o objetivo de realizar uma atividade econômica específica, podendo aportar a tais propósitos ativos tangíveis ou intangíveis que deverão ser explorados unicamente visando o objetivo específico do contrato ou em um lapso determinado. A essência deste contrato é o objetivo comum das partes, que limita sua ação, motivo pelo qual a gestão do negócio involucrará uma ação solidária sem que aquilo que for decidido por um deles possa ser contradito pelo outro, se foi realizado em cumprimento aos claros objetivos determinados no contrato. É, portanto, um negócio onde a ação é determinada por dois ou mais empreendedores, sem o ânimo de formar uma sociedade” (BAPTISPA *apud* GAMBARO, 2000)

específica em comum, de curto, médio ou longo prazo e onde cada ente mantém sua autonomia e independência.

Uma vez estabelecidos os principais elementos que configuram uma joint venture, é necessário analisar como essas associações ocorrem na prática, isso é, qual a roupagem jurídica que as joint ventures assumem. Doutrinariamente, a distinção mais relevante é entre as joint ventures contratuais (*unincorporated joint ventures*) e as societárias (*incorporated joint venture*). No segundo caso, que será tratado com mais profundidade, há a formação de uma sociedade empresária para a realização do empreendimento comum, modificando significativamente o regime jurídico sob o qual ela se submete.

2.1.1 As joint ventures contratuais

A já referenciada teoria dos custos de transação (COASE, 1937) foi fundamento para grande parte do desenvolvimento juscomercialista no século XX, que apontava na formação de sociedades empresárias a forma de diminuição desses custos transacionais do mercado. No entanto, a dicotomia empresa/mercado não subsiste mais contemporaneamente, havendo diversas outras formas de atuação dos agentes econômicos, por meio da chamada “terceira via” entre a empresa e o mercado. Essa terceira via consolida-se sobre a saturação do modelo organizacional típico das sociedades que se torna, por vezes, obsoleto frente às novas tecnologias que influenciam no mercado. Como resultado, observou-se a contratualização dos processos produtivos, resultando na relação de cooperação entre os agentes econômicos, por meio do *outsourcing* e da formação de redes que também tem por objeto a diminuição dos custos transacionais, mas que mantêm a autonomia dos entes contratantes. É nesse contexto, da terceira via, que se estabelecem as joint ventures contratuais, fornecendo flexibilidade e, ao mesmo tempo, estabilidade para essa relação de cooperação (FRAZÃO, 2015). Ressalta-se que esse movimento de contratualização é perceptível na doutrina por meio de um ressurgimento da teoria dos contratos empresariais que, por longo período, foram interpretados à luz da teoria geral dos contratos, olvidando-se os traços diferenciais dos contratos empresariais, como o objetivo de lucro bilateral dos contratantes (FORGIONI, 2009).

O contrato de joint venture, então, é um contrato empresarial para a realização de um empreendimento comum. A ausência de regulação legal⁹ sobre a forma e o conteúdo desse

⁹ Importante destacar que, apesar de parte da doutrina lusófona considerar o contrato de joint venture como atípicos, como Engracia Antunes (*apud* FRAZÃO, 2015 p. 12), outra parte considera que as *unincorporated joint ventures* foram tipificadas pelo contrato de consórcio por meio do Decreto Lei 231 (PORTUGAL, 1981), como faz Duarte (2010). Apesar da cizânia, é possível que o contrato de joint venture, no caso concreto, enquadre-se

contrato, o torna um contrato atípico. Apesar de atípico, é possível realizar uma delimitação jurídica do tema.

Os contratos empresariais, dentre os quais se inclui o contrato de joint venture, podem ser classificados em relação ao seu grau de vinculação futura entre as partes. Como mencionado, essa “terceira via”, a da contratualização, é o caminho do meio entre as relações contratuais avulsas no mercado e a organização inerente da sociedade empresária. No entanto, existe um espectro nesse intermédio, no qual estabelecem-se uma pluralidade de contratos empresariais, chamados de contratos híbridos. Os contratos englobados nesse grupo se distinguirão, principalmente, pelo grau de integração e colaboração entre as partes contratantes. Assim, é possível estabelecer contratos híbridos que se assemelham mais aos contratos de troca, nos quais, apesar do elemento colaborativo, estipula-se a independência das atividades exercidas por cada parte, de seus riscos, lucros e prejuízos. Diversamente, podem os contratos híbridos também dispor que a álea da atividade é comum aos contratantes e que suas atividades serão marcadas pela reunião de esforços (FORGIONI, 2011).

Nesse último exemplo, os contratos híbridos, ou de colaboração se aproximariam dos contratos de sociedade, sendo chamados de contratos associativos, em razão da existência de um objetivo comum entre os contratantes. Esse último elemento é o que permite classificar o contrato de joint venture como um contrato associativo, uma vez que o fim comum é a razão de ser da joint venture. O fato de ser um contrato associativo, implica na existência de uma estrutura organizacional entre os contratantes, que viabilize a persecução do fim comum. Essa organização que ocorrerá em menor grau do que nas sociedades empresárias, mas ainda assim se coloca como característica intrínseca dos contratos associativos e, conseqüentemente, das joint ventures contratuais. Quando a necessidade organizacional para a realização da empresa comum for muito elevada, comumente as partes optarão pela constituição de uma joint venture societária. A existência de uma organização evidencia um outro aspecto essencial no contrato de joint venture, que é o surgimento de uma nova relação de poder que se estabelece sobre aquela empresa comum, em razão do controle da atividade exercida. (FRAZÃO, 2015).

Apesar de não haver constituição de uma personalidade jurídica nas joint ventures contratuais, inexistindo um ente dotado de autonomia patrimonial, é indispensável que se ressalte que as joint ventures contratuais também podem constituir um óbice à

como um contrato de consórcio, nos termos da lei portuguesa, mas pode também assumir outras formas que não essa, tornando-se atípico. A mesma confusão se estende à doutrina pátria, como se observa em Antunes (2016) que alega que as joint ventures contratuais seriam reguladas pelo artigo 278 da Lei de Sociedades Anônimas (BRASIL, 1976), exemplificando a falta de atenção para os contornos únicos que as joint ventures podem assumir, apontada por Frazão (2015).

responsabilização por danos causados em razão da empresa comum. Isso porque, por ser uma forma contratual de organização e, ainda mais, atípica, os termos do contrato de joint venture estabelecer-se-ão, precipuamente, pelo princípio da autonomia privada dos contratantes. Assim, os agentes econômicos poderiam afastar a responsabilidade solidária por força do artigo 265 do Código Civil (BRASIL, 2002). Tal possibilidade demonstra-se preocupante, principalmente no que tange a possíveis danos sofridos por credores vulneráveis ou involuntários (FRAZÃO, 2016). Ressalta-se que, diferente do que ocorre nos consórcios, outra espécie de contrato híbrido que é obrigatoriamente depositado na junta comercial, por força do artigo 279 da Lei de Sociedades Anônimas - LSA (BRASIL, 1976), o contrato de joint venture não é obrigado nem mesmo à publicização.

Em razão do recorte realizado, não se pode aprofundar na questão do regime de responsabilidade de joint ventures contratuais, mas há de se registrar que, sob o marco teórico adotado, a responsabilidade por possíveis danos causados pela realização da empresa comum não deve ser estabelecida unicamente pela autonomia privada. Tendo em vista a necessidade de tutela dos credores vulneráveis, não pode esse instrumento do Direito Empresarial ser utilizado como subterfúgio para as violações de direitos individuais, coletivos e difusos, devendo ser utilizadas técnicas integrativas¹⁰ e interpretativas, de modo a preencher a lacuna normativa sobre o regime de responsabilidade nas joint ventures contratuais.

2.1.2 As joint ventures societárias

Quando a realização da empresa comum exigir uma estrutura organizacional mais complexa, as partes optarão pela criação de uma personalidade jurídica para a realização do empreendimento (FRAZÃO, 2015 p. 201). A escolha por esse modelo considera também o montante de capital necessário para o investimento comum, o período em que os *venturers* pretendem permanecer conectados e as peculiaridades da atividade econômica explorada (GAMBARO, 2000 p. 66). Isso porque a formação de uma sociedade proporciona um maior suporte institucional para a empresa comum (BASSO, 2002 p. 55).

Deve-se destacar que a opção pela constituição de uma pessoa jurídica para a joint venture advém de um acordo prévio firmado entre os *venturers*, ou seja, mesmo na joint venture societária deve haver um contrato entre as partes para estabelecer a forma pela qual a empresa comum será realizada. Esse contrato é chamado de contrato quadro, que servirá como

¹⁰ Uma possibilidade apontada por Frazão (2015) é a aplicação do artigo 990 do Código Civil (BRASIL, 2002), que dispõe sobre a responsabilidade ilimitada das partes.

instrumento para definir os principais termos da cooperação, como o modelo societário escolhido, o montante investido e demais previsões gerais da cooperação (BASSO, 2002).

Após a definição do acordo base, é indispensável a formalização daquela sociedade empresária, através da elaboração dos atos constitutivos, como o contrato ou estatuto social. Por fim, de forma a viabilizar os demais termos daquele contrato quadro, podem ser estabelecidos outros contratos, chamados de satélites. Como exemplos desses contratos satélites, pode-se elencar: acordo de acionistas, contratos de fornecimento, de transferência de tecnologia, de licença de marcas e diversos outros que sejam necessários para a realização da empresa comum.

O acordo de acionistas colocam-se um importante instrumento para a estabilização do poder de controle, sendo dotado de força obrigacional (CARVALHOSA;EIZIRIK, 2010) possibilitando a garantia de adimplemento das cláusulas estipuladas no contrato quadro em relação à administração da sociedade.

No que tange à escolha do tipo societário escolhido para realizar a empresa comum, as partes são livres para pactuarem dentro das limitações legais. No entanto, deve-se ressaltar que, no ordenamento jurídico pátrio, a Lei de Sociedades Anônimas foi elaborada de modo a ser uma espécie adequada para o estabelecimento das joint ventures. como dispõe expressamente a exposição de motivos da referida lei, no item 5, alínea “c” (BRASIL, 1976).

Na mesma exposição, coloca-se como elemento atrativo para a constituição de joint ventures sob a forma de sociedades anônimas fechadas a possibilidade de criação de mais de uma classe de ações ordinárias, moldando o poder de controle aos termos do contrato de joint venture (Idem, ibidem).

Juntamente com a sociedade anônima, Carvalho (2003) aponta a sociedade limitada como forma jurídica mais conveniente para o estabelecimento das joint ventures societárias. As duas espécies compartilham o mesmo regime de responsabilidade limitada. Ou seja, os sócios somente se obrigam até o valor de sua contribuição para o capital social (TOMAZETTE, 2013).

A opção pela constituição de uma sociedade empresária sob o regime de responsabilidade limitada no contrato de joint venture pode levar em consideração a segurança que a criação de um terceiro ente jurídico, dotado de autonomia patrimonial, pode fornecer aos co-venturers não só em relação aos riscos do empreendimento, mas também aos eventuais danos causados a credores vulneráveis pela empresa comum. Ou seja, é possível restringir a responsabilidade da empresa somente ao patrimônio daquela sociedade constituída para a realização do empreendimento comum (FRAZÃO, 2016), devido à autonomia patrimonial que essa goza em relação às sociedades co-venturers.

Desse modo, serão analisados nos próximos capítulos as consequências da constituição de uma joint venture societária em relação aos obstáculos criados para responsabilização dos *co-venturers* em casos de violações de Direitos Humanos.

3 – As joint ventures em relação ao fenômeno da empresa plurissocietária

A joint venture é um fenômeno jurídico complexo, podendo ser tratada por diversos prismas, como pelo Direito Contratual, pelo Direito Societário e pelo Direito Concorrencial. Em relação a esse último, mesmo não sendo objeto de estudo do trabalho, há que se fazer algumas considerações sobre a sua forma de regular as joint ventures, tendo em vista a previsão do inciso IV, artigo 90 da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência -12.529 (BRASIL, 2011). Isso porque o dispositivo prevê, expressamente, a ocorrência de joint ventures como um ato de concentração, colocando-as lado a lado da fusão, da aquisição e da incorporação de sociedades empresárias. Ou seja, pela ótica do Direito Concorrencial, as joint ventures são elencadas como modalidade de concentração empresarial. O fenômeno da concentração também diz respeito ao Direito Societário, uma vez que cabe a esse prever a relação entre as sociedades e disciplinar o poder de controle exercido sobre elas. Nesse sentido, mesmo que a joint venture seja classificada como fenômeno de cooperação e não concentração, é necessário buscar sua situação em relação aos grupos societários e outras figuras da empresa plurissocietária, que será essencial para o estudo da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilização.

A concentração empresarial é um fenômeno que se contrapõe à concorrência, motivo da sua tipicidade sob o Direito Econômico. Pode ocorrer de forma vertical, quando concentram-se atividades diferentes dentro da mesma cadeia produtiva ou, como vem ocorrendo com mais frequência, de maneira horizontal. Ambas pressupõem a concentração de empresas (não necessariamente de sociedades) sob a mesma unidade organizada de ação econômica (LIMA, 2003 p. 234).

Dentro da concentração empresarial, indubitavelmente o fenômeno dos grupos societários destaca-se como um dos mais importantes, sendo considerado o marco do Direito Comercial atual, assim como foi a empresa individual e a empresa social anteriormente. Em apertada síntese, os grupos societários são caracterizados pela direção unitária exercida sobre um conjunto de sociedades empresárias que mantêm, formalmente, sua autonomia jurídica, embora subordinadas pelo mesmo centro de poder econômico de controle. Dessa maneira, o

surgimento dos instrumentos¹¹ que possibilitem o poder de controle de sociedades foi essencial para o fenômeno da empresa plurissocietária (ANTUNES, 2005). Os grupos societários podem ser de direito ou de fato, tendo a Lei das Sociedades Anônimas (BRASIL, 1976) adotado o modelo dual. Na prática, no entanto, os grupos de direito são quase inexistentes, sendo o modelo de grupo no Direito Societário brasileiro predominantemente de fato (PRADO, 2005).

Assim, as joint ventures se afastariam do fenômeno de concentração por estabelecerem uma relação de cooperação, e não de subordinação e dependência como nos grupos societários. No entanto, pela atipicidade legal e falta de consenso do conceito doutrinário sobre as joint ventures, é concedida a essa figura uma ampla plasticidade, podendo assumir diversas configurações definidas pela vontade dos *co-venturers* expressa no contrato.

Pelo conceito-quadro adotado, a joint venture estabelecerá uma empresa comum e, conseqüentemente, um novo centro de controle daquelas atividades coordenado pelos dois agentes econômicos contratantes. No entanto, enquanto doutrina defende que esse centro de controle deve ser exercido de forma paritária pelos *co-venturers*, sem a necessidade que a participação social deles também o sejam (PINHEIRO, 2003 p. 254), a realidade das joint ventures é marcada, frequentemente pelo exercício do controle por apenas um contratante, enquanto o outro exerce um *sleeping role* (FRAZÃO, 2015 p. 202)

Nesse diapasão, parece de difícil definição, em abstrato, a posição da joint venture em relação ao fenômeno dos grupos societários (de fato). Caso o controle seja exercido pelos dois *venturers*, ocorrerá uma relação de grupo da empresa comum com cada uma de suas sociedades-mães, sem que haja um vínculo de grupo entre essas duas sociedades controladoras (PINHEIRO, 2003 p. 258). O vínculo entre essas sociedades-mães será de cooperação e, considerando o caso das transnacionais, no qual frequentemente essas sociedades são parte de um grupo, a joint venture constituirá um caso de domínio múltiplo horizontal, um fenômeno intersocietário (ANTUNES, 1993 p. 72). No entanto, o poder de controle pode não ser compartilhado, sendo necessário aferir, no caso concreto, como ele é exercido no empreendimento comum para situá-lo como fenômeno de concentração ou cooperação.

A mesma aferição será essencial para determinar o regime de responsabilização da joint venture por danos causados a credores involuntários, uma vez que a responsabilização das empresas plurissocietárias constitui um dos problemas centrais do Direito Comercial atual e global, diante da crescente complexidade das relações estabelecidas entre os agentes

¹¹ Engracia Antunes (2005 p. 37) elenca instrumentos de natureza financeira, como as participações de capital, de natureza organizativa, como a criação de ações preferenciais e de *golden shares*, de natureza contratual, como os contratos de subordinação e os acordos parassociais e de natureza pessoal, como a identidade de acionistas com administradores.

econômicos e da frequente violação de direitos coletivos de credores involuntários pelos grupos transnacionais (ANTUNES, 2005 p. 38).

3.1 As joint ventures internacionais como instrumento de transnacionalização das empresas

Da mesma maneira que a teoria dos custos de transação (WILLIAMSOM, 1981) concede o fundamento econômico pelo qual os agentes constituem sociedades empresárias, visando à diminuição desses custos de transação (ou optam pela “terceira via”, como foi mencionado), essa teoria também explica a motivação econômica da utilização de joint ventures por empresas transnacionais. Em apertada síntese, a teoria dispõe que as transações avulsas apresentam custos elevados, uma vez que o mercado é imperfeito por apresentar incerteza e uma tendência a concentração em um número menor de agentes. Assim, nesse ambiente volátil, é preferível que a sociedade realize o máximo de operações por ela mesma, realizando a internalização de um feixe do mercado. Pela lógica dessa teoria, as empresas transnacionais optariam sempre pela atuação em outros estados por meio de subsidiárias integrais (*whole owned subsidiary – WOS*). No entanto, pela análise realizada por Beamish e Banks (1986) evidenciou-se a possibilidade de um aumento de receita e redução de custos na atuação transnacional por meio de joint ventures internacionais. O primeiro elemento de imperfeição do mercado, a incerteza, poderia ser sanado através da previsibilidade de condutas previstas no contrato de joint venture, que tem o escopo de colaboração entre as partes para a realização da empresa comum. O problema do número reduzido de agentes no mercado também poderia ser contornado pela parceria estabelecida entre a sociedade transnacional e a sociedade local. A realização de uma joint venture tem como consequência para a sociedade estrangeira um custo menor para ingressar em outro mercado nacional e o aproveitamento de infraestrutura e conhecimentos do mercado local detidos pela outra sociedade contratante. Em contrapartida, a sociedade local poderá ter acesso a novas tecnologias, capital de investimento e outros recursos tangíveis ou intangíveis fornecidos pela sociedade transnacional. A pesquisa realizada apontou as joint ventures como uma modalidade de sucesso para a atuação de sociedades transnacionais em estados de economia em desenvolvimento (BEAMISH;BANKS, 1986).

Dessa maneira, a joint venture transnacional coloca-se como parte do fenômeno supra mencionado da “terceira via” entre o mercado e a sociedade, só que de modo global. Assim como os grupos econômicos surgiram como forma de adaptar a atividade mercantil para o cenário de globalização econômica por meio da concentração a joint venture transnacional

possibilita essa adaptação através da cooperação de empresas de diferentes nacionalidades. Nesse sentido, Morais (2006) aponta para uma transformação em curso, na qual a cooperação tende a prevalecer sobre a concentração, por permitir maior flexibilidade em relação a essa, sendo mais compatível com a volatilidade do mercado.

Além dessa tendência de cooperação, que diz respeito sobre a atuação empresarial transnacional especificamente na forma de joint ventures, é possível apontar motivos que não são exclusivos dessa figura, mas que motivam a transnacionalização em geral. Muchlisnki (2010) coloca a criação de uma sociedade empresária em outras jurisdições como uma forma de externalização dos riscos empresariais. Isso porque as limitações jurisdicionais constituiriam um óbice à responsabilização da sociedade controladora por danos causados por sua subsidiária (ou joint venture) em outro estado nacional. Esse obstáculo seria o *jurisdictional veil*, que suplementaria o obstáculo já conhecido da autonomia patrimonial, referido na doutrina anglo-americana como *corporate veil*. A criação de uma joint venture, especialmente na modalidade societária, cria uma nova camada entre os credores involuntários e a sociedade controladora, que obstaculiza a responsabilização direta por possíveis danos.

Dessa maneira, a externalização desses riscos da empresa transnacional evidencia as consequências veladas da globalização da narrativa hegemônica, colocando-se como um dos elementos do localismo globalizado (SANTOS, 2009). Na tentativa de demonstrar como esse processo tem repercussão na realidade contemporânea, será realizado um estudo de caso a seguir.

4 – Análise da joint venture Samarco Mineração S.A. e a responsabilidade no desastre ambiental

A Samarco Mineração S.A. foi constituída em 9 de março de 1973 sob a forma jurídica de uma sociedade anônima de capital fechado, utilizando o nome fantasia de Samarco, sob o CNPJ de número 16.628.281/0001-61, exercendo atividades de pelotização, sinterização e outros beneficiamentos de minério de ferro (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2016).

A sociedade foi constituída por duas outras sociedades, a Marcona Internacional e a Samitri, que detinham, respectivamente, 49% e 51% das participações acionárias. No ano de 2000 a Marcona Internacional foi adquirida pela transnacional BHP Billiton e a Samitri foi adquirida pela Vale S.A, quando a Samarco passou por uma reestruturação societária e operacional, estabelecendo-se como uma joint venture da Vale S.A e da BHP Billiton (POEMAS, 2015).

A participação acionária da BHP Billiton de 50% ocorre por meio de uma subsidiária integral do grupo australiano no Brasil (BHP Billiton LTDA.), constituída sob o regime de sociedade limitada, cujo objeto de atuação consiste na participação em outras sociedades (RFB, 2016). Os outros 50% das ações são controlados pela Vale S.A, estabelecendo uma igualdade de participação acionária (SAMARCO, 2015).

Trata-se de uma joint venture do tipo societária, uma vez que foi constituída uma sociedade para a realização da empresa comum. Também pode ser classificada como uma joint venture transnacional, por ser parte do grupo australiano BHP Billiton, mesmo que por meio de sua subsidiária integral no Brasil. Além disso a própria Samarco tem sua atividade pulverizada globalmente, com escritórios em Hong Kong e Amsterdã (SAMARCO, 2015).

A atividade empresária da Samarco é pautada na extração e beneficiamento do minério de ferro em sua unidade de Germano (MG), seguidas pela exportação de pelotas e finos de minério de ferro por meio da seu terminal marítimo próprio em Ubu (ES) (SAMARCO, 2015).

A unidade de Germano situa-se entre os municípios de Ouro Preto e Mariana, no estado de Minas Gerais. Em 5 de novembro de 2015 a barragem do Fundão, contendo mais de 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de ferro, se rompe, lançando esses rejeitos no meio ambiente (IBAMA, 2015). O episódio, resultado de falhas previsíveis (MPF, 2015) causou o maior desastre socioambiental do país (MPMG, 2016) violando seriamente diversos Direitos Humanos. Os ministérios públicos estadual e federal ingressaram com uma série de Ações Cíveis Públicas de forma a responsabilizar a Samarco, a Vale e a BHP Billiton pelos direitos coletivos e individuais homogêneos violados.

Prontamente as duas sociedades controladoras se pronunciaram¹², através de seus diretores, dizendo que o desastre foi uma falha de operação da Samarco, pessoa jurídica autônoma e que a responsabilidade pela falha era exclusivamente da joint venture (THE WALL STREET JOURNAL, 2015).

No entanto, mesmo com a soma de esforços de diversos órgãos estatais, passado um ano do desastre ambiental as Nações Unidas divulgaram uma declaração da insuficiência das

¹² A Vale S.A. declarou que a Samarco possui uma equipe administrativa completamente independente de seus acionistas e que são responsáveis por assuntos técnicos e financeiros. Pela legislação brasileira, a companhia declarou que a Vale não tem nenhuma responsabilidade pelo desafortunado e triste acidente. A BHP disse que “é importante deixar claro que a Samarco é a operadora da joint venture e, como uma pessoa jurídica autônoma, é inteiramente responsável por suas operações”. No original: “Vale said Samarco has “a management team that’s completely independent from its shareholders and responsible for technical and financial matters.” Under Brazilian law, the company said, “Vale really doesn’t have any responsibility for the occurrence of the unfortunate and sad accident.” BHP said, “It is important to be clear that Samarco is the operator of the joint venture, and, as a separate corporate entity, is responsible for the entirety of its operations.” Tradução livre de: Samarco May Not Shield BHP, Vale From Brazil Dam-Breach Repercussions” publicado no *The Wall Street Journal* em 11 nov. 2015. Tradução própria.

medidas tomadas para a contenção e reparação dos danos aos Direitos Humanos(ONU, 2016), mesmo com o reconhecimento da responsabilidade das três sociedades.

Dessa maneira, o presente estudo de caso pretende analisar quais institutos jurídicos se colocaram e ainda se colocam como obstáculos para a efetiva responsabilização das sociedades envolvidas no desastre ambiental.

5 – O enigma da responsabilidade das joint ventures transnacionais

O desenvolvimento do Direito Societário é, tradicionalmente, dividido em três fases: a da empresa individual, da empresa social e da empresa de grupo. Enquanto na primeira fase o regime de responsabilidade do empresário era majoritariamente ilimitado, há na segunda fase o desenvolvimento da separação jurídica e patrimonial da sociedade empresária em relação ao investidor, por meio da criação de um ente moral autônomo para o qual é deslocado o centro de imputação de responsabilidade pelos riscos da empresa. Ainda nessa fase, visando a realidade vigente da empresa social, desenvolveu-se a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, pela qual, em casos excepcionais, era possível a suspensão episódica e temporária da autonomia patrimonial do ente moral, de forma a responsabilizar os sócios pelos atos da sociedade. Ingressando na referida terceira fase, os institutos elaborados para a empresa monossocietária demonstram-se anacrônicos com a realidade dos grupos empresariais. Apesar de alternativas elaboradas para a regulação da responsabilidade desses grupos, como o modelo europeu baseado no controle societário e o modelo dualista alemão, ambos foram alvos de críticas, ilidindo o problema da responsabilidade da empresa plurissocietária como o paradoxo central do Direito Empresarial contemporâneo (ANTUNES, 2005).

Analisando essa mesma divisão tripartida da história juscomercialista, Frazão (2015 p. 188) indaga se ela não estaria ultrapassada, frente à tendência da contratualização do Direito Empresarial, da qual se desdobra o fenômeno da cooperação empresarial ora analisado. Nessa linha, o difícil regramento da responsabilização de grupos societários coloca-se ainda mais desafiador no caso de joint ventures, uma vez que essas se apresentam como um fenômeno intersocietário, ou seja, uma relação entre dois diferentes grupos (ANTUNES, 1993 p. 72).

Apesar de inexplorado, é necessário utilizar os institutos estabelecidos pelo direito pátrio de forma a responsabilizar as joint ventures nos casos de danos, mesmo que não sejam os mais adequados, de modo a proteger e (tentar) remediar as violações causadas às partes prejudicadas da atividade da empresa comum. Assim, analisar-se-á como a questão foi tratada

pela ação civil pública impetrada pelo MPF e a consequente decisão da Justiça Federal de atingir o patrimônio das acionistas da Samarco, A Vale S.A. e a BHP Billiton Brasil Ltda.

5.1 Os modelos de responsabilidade da empresa plurissocietária

O regime da responsabilidade das empresas plurissocietárias ainda coloca-se como uma questão nodal e não resolvida para o direito societário contemporâneo. Existem três grandes modelos de responsabilização dos grupos societários que serão apresentados em apertada síntese.

O primeiro modelo seria o modelo norte americano, que gravita em torno da autonomia jurídica das sociedades empresárias componentes do grupo. Assim, mesmo que essas sociedades formem uma só empresa, a autonomia de cada ente moral se preserva, de forma que a responsabilização da sociedade-mãe por uma de suas subsidiárias somente ocorre por meio da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que nesse contexto tem sua utilização restrita e excepcional (ANTUNES, 2005). Nesse contexto, é necessário um amplo esforço probatório para demonstrar o efetivo controle da sociedade-mãe em uma de suas subsidiárias, o qual muitas vezes não é acessível para os credores involuntários. Assim, torna-se possível a externalização do risco empresarial através da interposição de um ente moral entre a sociedade controladora e as possíveis vítimas, dificultando a responsabilização dos causadores de danos. Dessa maneira, coloca-se como uma possível alternativa ao *separate entity doctrine* a adoção do *enterprise based approach*, que estipula a presunção de controle da sociedade subsidiária pela sua sociedade-mãe (MUCHLINSKI, 2010). No entanto, essa alternativa não encontra aplicação na prática, sendo a doutrina da autonomia jurídica ainda amplamente adotada do sistema do Common Law.

Assimilando-se a essa alternativa não adotada no contexto norte-americano, a legislação da União Europeia nos anos 70 e 80 criou um modelo comum de regulação das sociedades empresárias, estipulando o regime de responsabilidade ilimitada da sociedade-mãe em relação a suas subsidiárias, perspectiva baseada no poder de controle da atividade empresarial e da unidade econômica do grupo. No entanto, esse modelo antagônico ampliou demasiadamente a responsabilidade da controladora, de modo que qualquer obrigação assumida por uma subsidiária poderia ser cobrada da controladora, ou seja, abrangeu também credores voluntários. Além desse excesso de imputação de responsabilidade na sociedade controladora, o modelo também não contemplava, adequadamente, grupos cujo controle societário fosse mais pulverizado.

A terceira forma de regulação dos grupos societários é o modelo dual germânico, que foi importado para o Brasil por meio da LSA (BRASIL, 1976). Nesse sistema se estabelece “sistema de compensação global e automático do passivo das filiais, estabelecido “ex ante”, no caso dos grupos de direito ou um sistema de compensação pontual e casuístico, apenas constatável “ex post”, no caso das filiais dos grupos de facto (ANTUNES, 2005 p. 46). O modelo também não é isento de críticas, principalmente por adotar uma divisão tão rígida entre grupos de direito e de fato, que não condiz com a realidade. No caso brasileiro ocorreu a ampla adoção do modelo de grupos de fato, que privilegiam a doutrina da autonomia jurídica das sociedades, tornando os grupos de direito verdadeira letra morta da lei (PRADO, 2005). A LSA traz, ainda, importante cláusula geral de responsabilidade do acionista controlador, que pode ser pessoa física ou jurídica, no artigo 116, parágrafo único, que pode ser aplicada para imputar a sociedade controladora, diretamente, a responsabilidade por danos de suas subsidiárias. No entanto, o referido dispositivo, importante expressão da teoria institucionalista no ordenamento brasileiro, carece de efetividade na prática judiciária.

Na ausência de um modelo adequado de responsabilidade da empresa plurissocietária, há a manutenção do utilização da desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que a sociedade controladora é responsável por condutas abusivas realizadas por suas subsidiárias, como uma espécie de “panaceia universal” (ANTUNES, 2005 p. 41). No caso brasileiro, percebe-se que a desconsideração deixa de ser uma exceção episódica, como ocorre na Common Law, com uma grande rigidez de sua, tornando-se cada vez mais comum, com se observa pela elaboração da teoria menor da desconsideração nos âmbitos consumerista e ambiental (TOMAZETTE, 2012).

Como explicitou-se anteriormente, a joint venture, mesmo podendo ser considerada parte de uma empresa plurissocietária, não constitui um só grupo, sendo um fenômeno intersocietário. Essa peculiaridade dificulta que a ela seja aplicada o modelo europeu ou o *enterprise approach*, uma vez que não existe a unidade econômica que fundamenta tais modelos. Esse fato, na legislação europeia, impede a presunção de responsabilidade das sociedades em cooperação pela filial comum (POLLEY, 2012).

No vácuo normativo que constitui o regime de responsabilidade dos *co-venturers* em relação à empresa comum, deve-se aplicar as normas já existentes de forma a encontrar a solução mais eficiente. Tendo em vista a necessidade das joint ventures societárias de se enquadrarem em uma das figuras jurídicas já existentes no ordenamento jurídico, deve-se utilizar as normas aplicáveis àquela forma societária escolhida para a realização da joint venture.

5.2 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Caso Samarco

A magnitude do desastre ambiental causado pela Samarco implicou na mobilização de diversos órgãos dos entes federativos, além da própria sociedade civil. Assim, foram propostas medidas judiciais pelos Ministérios Público Estaduais (MG e ES) e Federal, além da Advocacia Geral da União (AGU). Para o presente estudo serão analisadas as Ações Cíveis Públicas proposta pela AGU, proposta em 30 de dezembro de 2015 e pelo MPF¹³ em 28 de abril de 2016, julgadas perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais em Belo Horizonte, nos autos de número 60017-58.2015.4.01.3800 e 69758.61-2015.4.01.3400, assim como as decisões proferidas pelo referido juízo.

Ambas as peças utilizam como fundamento jurídico para a responsabilização da acionistas da Samarco Mineração S.A, Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda., a disposição do artigo 4º da Lei 9.605 (BRASIL, 1998), que estabelece a desconsideração da personalidade jurídica sempre que essa colocar-se como óbice ao ressarcimento de danos ao meio ambiente.

Essa disposição compõe, juntamente com o §5º do artigo 28 da Lei 8.078 (BRASIL, 1990), os fundamentos para a Teoria Menor (ou objetiva) da desconsideração da personalidade jurídica.

Originariamente a desconsideração da personalidade jurídica foi concebida para coibir e remediar os casos de desvio de finalidade, fraudes e atos abusivos cometidos por meio da pessoa jurídica. Essa é a chamada Teoria Maior subjetiva da desconsideração, que encontra sua origem no direito anglo-americano, marcado pelo rigor e excepcionalidade em sua aplicação (TOMAZETTE, 2012). De maneira diversa, formulou-se a Teoria Menor, aplicada nas searas ambiental e consumerista, onde se constata uma hipossuficiência dos credores involuntários atingidos pela atividade empresária. Essa independe do elemento subjetivo, sendo aplicada sempre que a personalidade jurídica colocar-se como um obstáculo entre a parte vulnerável e a satisfação de seu direito. Apesar de ser duramente criticada pela doutrina, sendo até mesmo considerada “Aplicação Incorreta da Desconsideração” (COELHO, 2012 p. 69), a teoria menor permite a devida responsabilização da pessoa jurídica em casos de vulnerabilidade, aonde os

¹³ A ação interposta pelo Ministério Público Federal destaca-se por apontar, cumulativamente com a responsabilidade das acionistas, a responsabilidade dos entes públicos no caso, principalmente por omissões em relação à fiscalização da atividade da Samarco. A responsabilidade por omissão não será diretamente abordada em razão do recorte metodológico. No entanto, coloca-se como mais um elemento no contexto da peculiaridade da relação entre a Vale S.A e o poder publico, em razão do “capitalismo de laços”.

credores dificilmente teriam condições de comprovar o desvio de finalidade dos administradores, sócios ou acionistas da pessoa jurídica.

A fundamentação da AGU para a responsabilização da Vale e da BHPB vai além da lei de crimes ambientais, valendo-se do parágrafo único do artigo 116 da LSA como tese subsidiária para a desconsideração da personalidade da Samarco, como se extrai do fragmento:

Alternativamente, não fosse pela incidência do art. 4o da Lei n. 9.605/98 ao caso, a responsabilidade de ambas as controladoras pelo custeio da reparação dos danos também adviria do próprio fato de a empresa SAMARCO ser uma sociedade anônima de capital fechado e estar sob poder de controle das empresas VALE e BHP (AGU, 2015 p. 39)

A utilização do referido dispositivo é acertada, por compreender a Samarco como parte de um fenômeno plurissocietário. A decisão da Justiça Federal proferida em 18 de dezembro de 2015 acata o argumento da responsabilidade das acionistas pelo fato de esses exercerem o poder de controle na empresa comum, entendendo que esse poder encontra seu reflexo direto nos deveres do parágrafo único do artigo 116 da LSA.

Apesar de não se observar um esforço probatório exauriente no que tange à comprovação do poder de controle, a própria Samarco informa que sua estrutura administrativa era ditada pelas acionistas. Assim, dos quatro componentes do conselho de administração da sociedade, principal órgão das sociedades anônimas e responsável por indicar a diretoria executiva, dois eram indicados pela Vale e outros dois pela BHPB (SAMARCO, 2014).

No entanto, mesmo com a desconsideração da personalidade jurídica da Samarco tendo sido deferida pela Justiça Federal, há que se questionar se essa foi efetiva em relação à responsabilização da BHPB. Isso porque, pelos pedidos da AGU e MPF e pela decisão da Justiça Federal, responsabilizou-se, com fulcro no poder de controle, a BHP Billiton Brasil Ltda., que é subsidiária do grupo BHP Billiton. Parece improvável que quem exercesse de fato o poder de controle fosse a subsidiária brasileira e não a controladora australiana. Ocorre que, a sociedade brasileira constitui-se sob o regime de responsabilidade limitada, havendo necessidade de uma outra suspensão da autonomia patrimonial para que se possa responsabilizar o controlador de fato das atividades. A partir da análise do quadro de sócios e administradores (QSA) da BHP Billiton Brasil Ltda., por meio de consulta na Receita Federal do Brasil, observa-se que esse é composto por três subsidiárias da BHP Billiton, duas domiciliadas nos Estados Unidos da América e outra domiciliada no Panamá. Ou seja, por meio da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica dificilmente se atingiria (ou se atingirá) a sociedade controladora da Samarco.

A situação descrita enquadra-se na hipótese descrita por Muchlisnki (2010) como um *jurisdictional veil*, uma forma utilizada pelos grupos transnacionais para evitar a responsabilização por danos em massa causados a credores involuntários (*mass torts*), de maneira suplementar à autonomia patrimonial (*corporate veil*). Assim, as empresas plurissocietárias valem-se da criação de pessoas jurídicas como “camadas” que se interpõe entre o atingido pela atividade empresarial e aquele que detêm o poder de controle dessa.

Dessa maneira, observa-se uma eficácia limitada no que tange à aplicação do parágrafo único do artigo 116, uma vez que quem exerce o poder de controle na Samarco não era a subsidiária estabelecida no Brasil, que possui como finalidade apenas a participação em outras sociedades, mas sim a controladora estrangeira. A mesma conclusão serve à aplicação do artigo 4º da lei 9.605, uma vez a personalidade jurídica da subsidiária brasileira constitui óbice à devida responsabilização. No entanto, considerando esse elemento de estrangeiridade na relação jurídica (A BHPB é uma pessoa jurídica domiciliada no exterior) há que se questionar sobre a competência da autoridade brasileira de atingir o grupo estrangeiro. Os limites jurisdicionais, e também da cooperação judiciária, impedem, muitas vezes, a responsabilização de grupos transnacionais que espalham suas atividades por diversos pontos do globo.

Esse caso compõe um fenômeno sistêmico que clama por soluções normativas eficientes no âmbito doméstico e internacional.

6 - Conclusão

O artigo realizou revisão bibliográfica sobre as joint ventures contratuais e societárias, abordando aspectos jurídicos e históricos, concluindo que essas configuram-se como um fenômeno mais econômico do que jurídico, devido à própria falta de regulação da figura da joint venture.

Sua configuração econômica, no entanto, não obsta sua análise jurídica, uma vez que a joint venture coloca-se numa área pouco explorada dos fenômeno inter-societários. Esse limbo dificulta a criação de respostas jurídicas eficientes frente ao controle das joint ventures internacionais, levando à utilização de figuras não adequadas à essa realidade, como a desconsideração da pessoa jurídica.

Apesar de a ampliação desse instituto, através da teoria menor, facilitar a superação do *corporate veil*, desconsiderando a personalidade jurídica sempre que essa constituir um obstáculo para a reparação de danos, independente do desvio de finalidade, o limite

jurisdicional ainda coloca-se como um óbice à devida responsabilização de grupos transnacionais.

Dessa maneira, analisou-se o caso Samarco como um grave episódio de violação de Direitos Humanos, no qual a personalidade jurídica configurava um obstáculo para a responsabilização dos acionistas. Apesar dessa ter sido superada no processo em curso, ainda há um grande esforço a ser realizado para a devida responsabilização da BHP Billiton, uma vez que essa se vale de diversas pessoas jurídicas para realizar sua participação na Samarco, dificultando que se encontre a sociedade controladora de fato. E, ainda que se encontre, a execução do montante necessário para a reparação dos danos estaria sujeita aos limites do processo internacional.

Nesse sentido, constata-se a urgente necessidade de alterações normativas que garantam uma maior proteção dos Direitos Humanos frente ao poder econômico das joint ventures transnacionais. Com base no modelo europeu estudado, sugere-se a adoção nos ordenamentos nacionais e nos tratados internacionais de uma presunção de controle das joint-ventures e demais subsidiárias pelas sociedades controladoras. Essa presunção resultaria em resultados de ordem material, pela responsabilidade imposta às sociedades-mãe e de ordem processual, a partir da inversão do ônus da prova sobre existência ou não de controle, que recairia sobre as próprias sociedades empresárias. Importante notar que tal presunção somente seria ilidida pela comprovação cabal da inexistência de tal liame.

No tangente aos limites jurisdicionais, coloca-se como indispensáveis dois pontos no Direito Internacional: as obrigações extraterritoriais e a cooperação jurídica internacional. Com a primeira, possibilita-se o reconhecimento da responsabilidade direta de sociedades localizadas no exterior por danos causados no território nacional. Com o fortalecimento da cooperação jurídica, torna-se possível atingir os bens das sociedades controladoras durante o curso do processo, assim como a execução das sentenças em outras jurisdições.

A combinação dos aspectos do Direito Societário e Internacional é imprescindível para o avanço nesse campo.

Referências Bibliográficas

ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório. *Revista Direito GV*. n.1 vol. 2. 2005. p. 29 – 68.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, v. 35, p. 109-126, outubro/dezembro 1996. n. 104.

BASSO, Maristela. *Joint Ventures: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BEAMISH, Paul W.; BANKS, John C. Equity Joint Ventures and the Theory of the Multinational Enterprise. *The Journal of International Studies*. Summer, 1987.

BRASIL, Advocacia Geral Da União. *Ação Civil Pública com Pedido de Antecipação de Tutela*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/confira-documentos-sobre-o-desastre-do-rio-doce/acao_inicial_agu_es_mg_samarco.pdf> . Acesso em: 4 nov. 2016.

_____. *Lei de Sociedades Anônimas - 6.404 de 15 de Dezembro de 1976*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 4 nov. 2016.

_____. *Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> . Acesso em 10 de nov. 2016.

_____. Ministério Público do Rio de Janeiro. *MPRJ, MPF e DPERJ fazem recomendação contra licença a TKCSA*. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/25003;jsessionid=2ykfYQcZ4xj7HrnPZeMaClli.node3>>. Acesso em 10 nov. 2016.

_____. Ministério Público Federal. *Ação Civil Pública com Pedido de Liminar Inaudita Altera Pars*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-samarco>> . Acesso em: 4 nov. 2016.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Empresarial: Direito da Empresa*. v. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLANNIGAN, Robert. The Legal Status of Joint Venture. *Alberta Law Review*, n. 46/3, 2009. p. 713-740

FRAZÃO, Ana. *Desastre em Mariana e a imputação de responsabilidade jurídica em joint ventures*. Publicado em 6 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-06/ana-frazao-imputacao-responsabilidade-juridica-joint-ventures>> . Acessado em 01 de outubro de 2016.

_____. Joint ventures contratuais. *Revista de Informação Legislativa*. n. 207, jul/set 2015. p. 187-211.

FERRAZ, Daniel Amorim. *Joint venture e contratos internacionais*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

GAMBARO, Carlos Maria. O contrato internacional de Joint Venture. *Revista de Informação Legislativa*. a. 37, n. 146 abr./jun. 2000.

IBGC, Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Princípios Básicos*. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa/principios-basicos>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

JAEGGER, Walter. Joint Ventures: Origin, Nature And Develplment. *The American University Law Review*. vol. 9, n.1. jan, 1960. p. 1 – 23

JONGE, Alice. Transnational corporations and international law: bringing TNCs out of the accountability vacuum. *Critical perspectives on international business*. vol. 7 n. 1. p.66 - 89

MORAIS, Luis Domingos Silva. *Empresas comuns, joint ventures no direito comunitário da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2006.

MUHLISNKI, Peter. *Limited liability and multinational enterprises: A case for reform?* Cambridge Journal of Economics, 34(5), 2010, p. 915–928

_____. The Changing Face of Transnational Business Governance: Private Corporate Law Liability and Accountability of Transnational Groups ina Post-Financial Crisis World. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. vol. 18, n. 2, 2011, p. 665-705

PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

POeMAS, Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade. *Antes Fosse Mais Leve a Carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana(MG)*. Dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>> . Acesso em 02 nov. 2016.

POLLEY, Romina, Parental Liability in Joint Venture Cases. *19th St. Gallen International Competition Law Forum ICF*. jun. 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2214847>> . Acesso em 23 nov. 2016.

PRADO, Viviane Muller. Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*. vol.1 n.2. 2005. p. 5 – 28.

SAMARCO. *Relatório de Sustentabilidade de 2014*. Disponível em: <<http://www.samarco.com/wp-content/uploads/2015/11/Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade-20142.pdf>>. Acesso: 8 nov. 2016.

SANTOS, Boaventura Sousa de. *Para além do Pensamento Abissal*. Revista Novos Estudos, n. 77, Novembro de 2007, p. 71 – 94.

_____. Direitos Humanos: O Desafio da Interculturalidade. *Revista Direitos Humanos*. n.2, 2009, p. 10–18.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Critico-Estruturalista do Direito Comercial*. 1a ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2015

GALIL, G. C.

_____. *Novo Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAUBMAN, Joseph. What Constitutes a Joint Venture. *Cornell Law Review*. vol. 41, n. 1, 1956. p. 640 -655.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. vol.1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito Societário e Globalização: Rediscussão da Lógica Público-Privada do Direito Societário diante das Exigências de um Mercado Global*. São Paulo: Atlas, 2014.

WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *American Journal of Sociology*. vol. 87, issue 3, nov., 1981.