

INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO - IDP

ARIOSTO MILA PEIXOTO

**RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA DOS
MEMBROS INTEGRANTES DO CONSELHO DE
ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES POR AÇÕES**

SÃO PAULO – SP

2020

ARIOSTO MILA PEIXOTO

**RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA DOS
MEMBROS INTEGRANTES DO CONSELHO DE
ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES POR AÇÕES**

Dissertação apresentada ao Instituto de Direito Público – IDP – São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

Linha de Pesquisa: Direito Penal. Combate à Corrupção e Criminalidade Econômica

Orientador: Prof. Dr. André Castro Carvalho

**SÃO PAULO – SP
2020**

Peixoto, Ariosto Mila

Responsabilidade penal por omissão imprópria dos membros integrantes do Conselho de Administração das sociedades por ações / Ariosto Mila Peixoto – 2020

161 fls. 02 Tabelas

Orientação: Prof. Dr. André Castro Carvalho

Dissertação (Mestrado) – Instituto de Direito Público – IDP – São Paulo. 2020

1. Sociedades Anônimas – Conselho de Administração. 2. Crime de omissão imprópria. 3. Direito Penal. 4. Direito Empresarial. I. Carvalho, André Castro. II. Instituto de Direito Público – IDP – São Paulo. Programa de Mestrado. III. Título.

ARIOSTO MILA PEIXOTO

**RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA DOS
MEMBROS INTEGRANTES DO CONSELHO DE
ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES POR AÇÕES**

Dissertação apresentada ao Instituto de
Direito Público – IDP – São Paulo como
requisito para a obtenção do título de Mestre
em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

Linha de pesquisa: Direito Penal. Combate
à Corrupção e Criminalidade Econômica

Data da Aprovação: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Castro Carvalho – Orientador – Ibmec-SP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

Peixoto, Ariosto Mila. **Responsabilidade penal por omissão imprópria dos membros integrantes do conselho de administração das sociedades por ações**. 2020. 152 fls. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Direito Público – IDP – São Paulo.

A presente dissertação tem por objetivo avaliar as competências e os efeitos causados pela atuação do Conselho de Administração das sociedades anônimas, mas, sobretudo, a atuação dos membros integrantes do Conselho. O princípio da preservação da empresa, assim como as boas práticas de governança corporativa e *accountability* (prestação de contas), conferem à empresa um solo fértil às corretas e precisas decisões. No entanto, pode ser frustrada a expectativa de que os conselheiros administrativos sejam profissionais especializados e que sempre agirão em favor do interesse social e na proteção dos bens jurídicos da sociedade anônima. Dentre as competências definidas pela legislação societária, o Conselho de Administração deve dedicar-se às decisões de orientação geral dos negócios da companhia, no entanto, por vezes, invade outra esfera de administração e acaba atuando como instância de aprovação e de gestão. Outras competências pertencentes aos membros do Conselho de Administração estão ligadas ao dever de fiscalização e supervisão dos atos da diretoria. Com tais deveres, o estudo promove, por meio da metodologia bibliográfica, a análise da doutrina sobre a posição de garantidor de vigilância e proteção em que estariam os membros do Conselho de Administração. No caso de omissão do dever de controle e cuidado, a posição de garante torna o conselheiro autor do delito de omissão imprópria, uma vez que a inação daquele que podia e devia agir para evitar o resultado lesivo, permitiu, com sua omissão, que o dano se consumasse. É o denominado crime omissivo por comissão, uma vez que a omissão corresponde à ação de se omitir. Sabendo que os conselheiros não são onipotentes e onipresentes para cuidar de todas as fontes de perigo que assolam a atividade econômica desempenhada pelas companhias, é possível a delegação do dever de vigilância a comitês técnicos ou ao responsável pelo programa de integridade (*compliance*), como alternativa para excluir a culpabilidade dos conselheiros administrativos pelo crime de omissão imprópria.

Palavras-Chave: Conselho de administração; Sociedade anônima; Garante; Omissão imprópria; Responsabilidade penal.

ABSTRACT

Peixoto, Ariosto Mila. **Criminal liability for improper omission of the members of the board of directors of corporations**. 2020. 152 p. Dissertation (Master's) - Public Law Institute - IDP - São Paulo.

The purpose of this dissertation is to evaluate the skills and effects caused by the performance of the Board of Directors of public limited companies, but, above all, the performance of the members of the Board. The principle of preserving the company, as well as good corporate governance and accountability practices, give the company fertile ground for correct and accurate decisions. However, the expectation that the board members are specialized professionals and that they will always act in favor of the social interest and in protecting the legal assets of the corporation can be frustrated. Among the competences defined by the corporate law, the Board of Directors must dedicate itself to the decisions of general orientation of the company's business, however, sometimes, it invades another sphere of administration and ends up acting as an instance of approval and management. Other powers belonging to the members of the Board of Directors are linked to the duty to inspect and supervise the acts of the executive board. With such duties, the study promotes, through bibliographic methodology, the analysis of doctrine on the position of guarantor of surveillance and protection in which the members of the Board of Directors would be. In the case of omission of the duty of control and care, the position of guarantor makes the advisor responsible for the crime of omission improper, since the inaction of the one who could and should act to avoid the harmful result, allowed, with his omission, that the damage is consummated. It is the so-called omission crime by commission, since the omission corresponds to the action of omitting. Knowing that the directors are not omnipotent and omnipresent to take care of all the sources of danger that plague the economic activity performed by the companies, it is possible to delegate the duty of surveillance to technical committees or to the person responsible for the integrity program (compliance), as an alternative to exclude the guilt of the board of directors for the crime of improper omission.

Keywords: Board of directors; Anonymous society; Ensures; Improper omission; Criminal liability.

LISTA DE TABELAS

| | |
|---|-----|
| Tabela 1 - Comparação entre os artigos 142, 153 e 158 da Lei das S.A. com o art. 13, § 2º, do Código Penal..... | 56 |
| Tabela 2 - Aumento da probabilidade de responsabilização penal à atividade do membro integrante do Conselho de Administração..... | 153 |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 A SOCIEDADE ANÔNIMA COMO FONTE DE RISCOS AOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS | 17 |
| 1.1 Princípios da preservação da empresa | 21 |
| 1.2 <i>Accountability</i> | 25 |
| 1.3 Governança corporativa | 28 |
| 2 ASPECTOS GERAIS | 32 |
| 2.1 Competências do Conselho de Administração | 33 |
| 2.2 Controle de Legalidade da Sociedade | 48 |
| 2.3 Estatuto Social da Companhia e Regimento Interno do Conselho de Administração como instrumentos subsidiários a indicar a responsabilidade do administrador..... | 60 |
| 2.4 A deliberação do Conselho de Administração pode comportar atos de gestão? | 69 |
| 2.5 Deliberações do Conselho: apenas uma compilação de votos ou o resultado do confronto de opiniões? | 74 |
| 2.6 Criação de Comitês Técnicos..... | 76 |
| 2.7 O voto dissidente como possível excludente de culpabilidade..... | 86 |
| 3 OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO | 91 |
| 3.1 Princípio da Capacidade | 93 |
| 3.2 Da expectativa depositada sobre o Conselho de Administração..... | 95 |
| 3.3 Crime de Omissão imprópria e a posição de garantidor do membro integrante do Conselho de Administração..... | 100 |
| 3.4 <i>Risk Assessment</i> | 122 |
| 3.5 Delegação do dever de vigilância..... | 123 |
| 3.5.1 Dever de seleção | 131 |
| 3.5.2 Dever de informação | 132 |
| 3.5.3 Dever de coordenação | 133 |
| 3.5.4 Dever de provisão (instrumentalização) | 133 |
| 3.5.5 Dever de vigilância e controle | 133 |
| 3.5.6 Dever de reação (intervenção) | 134 |

| | |
|---|-----|
| 3.5.7 Programa de Integridade (<i>Compliance</i>) e a possível transferência da posição de garantidor | 135 |
| 3.6 Princípio da Confiança e Princípio da Desconfiança..... | 141 |
| CONCLUSÃO..... | 144 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 155 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende identificar as hipóteses em que os membros integrantes do Conselho de Administração serão penalmente responsáveis pela posição individual ou coletiva que adotarem nas deliberações do colegiado, no âmbito da sociedade anônima. Para tanto, será adotada a metodologia bibliográfica baseada majoritariamente na doutrina, com análise de alguns julgados como forma de amparar ou discordar da dogmática.

A atribuição conferida ao Conselho de Administração¹ é definida pela legislação federal, consubstanciada na Lei Federal 6.404/76.

A Lei 6.404/76 – Lei das S/A – fixou as competências para o Conselho de Administração de forma a reproduzir os anseios e necessidades da época em que a lei foi promulgada, a valorizar a fiscalização e monitoramento (art. 142), mas sem perder de vista a exigência de que os membros do conselho sejam diligentes e insurjam-se (art. 158, § 1º) caso seja identificada qualquer conduta ilícita ou contrária aos interesses sociais da empresa.

A Lei 13.303/16 – Lei das Estatais – será citada como instrumento subsidiário para o aprofundamento do tema, mas não será objeto do presente estudo, uma vez que o complexo universo jurídico das empresas estatais seria objeto de um novo trabalho. Naquilo que diz respeito às competências do Conselho de Administração das estatais, a Lei 6.404/76 é de observância compulsória, razão pela qual as citações à Lei das Estatais serão pontuais e específicas para os temas relacionados à gestão de riscos dentro das atividades do Conselho de Administração.

A administração da Companhia é exercida pelo Conselho de Administração e pela Diretoria, cabendo à primeira, as decisões colegiadas, os atos de controle e fiscalização; e à segunda, os atos de gestão. Em regra, o ilícito praticado pela – ou no âmbito da – sociedade anônima é resultado de um ato de gestão, um ato operacional, portanto, da Diretoria. Logo, em primeira análise, a autoria do delito praticado pela companhia poderia ser facilmente identificada na figura dos diretores da empresa. Ocorre que o Conselho de Administração, a depender de suas atribuições, poderá assumir outras funções além daquelas de sua competência

¹ Doravante serão utilizadas as denominações: Conselho de Administração ou C.A.

ordinária. Conforme WALD² o Conselho de Administração transformou-se em um “*órgão de gestão de segundo grau*”, decidindo e atuando como órgão operacional. Assim, o Conselho de Administração, de órgão colegiado de deliberação e fiscalização, passou a ser instância de confirmação ou até de autorização dos atos de gestão. Dessa forma, o que poderia parecer de fácil identificação da autoria do delito, passa a ser um trabalho de maior complexidade uma vez que o delito pode ser praticado por ação ou omissão própria, como nos atos de gestão, como também de omissão imprópria, na hipótese de o C.A. deixar de agir quando deveria fazê-lo por expressa determinação legal, do regimento interno ou do estatuto da sociedade.

Embora a legislação vigente – Lei 6.404/76 – tenha estabelecido o rol de atribuições do Conselho de Administração, é nítida a possibilidade de incrementar as responsabilidades e deveres dos conselheiros por meio do Estatuto Social da companhia ou do Regimento Interno do Conselho de Administração. Portanto, o rol de funções da Lei 6.404/76 não é exaustivo. Cada companhia, dentro das regras do estatuto social, poderá aditar as atribuições conferindo maior espectro de responsabilidades ao Conselho de Administração. As atribuições poderão ser aumentadas, mas não diminuídas uma vez que as funções mínimas do Conselho são aquelas estabelecidas pela legislação. No entanto, conforme adiante será tratado, há situações em que a regulamentação interna da companhia acaba por esvaziar a atuação do C.A. Além das atribuições definidas na legislação federal, a Assembleia Geral dos Acionistas poderá fixar, de forma complementar, outras competências ao conselho, a fixar responsabilidades substancialmente maiores do que as atribuições ordinárias indicadas pela legislação societária.

O dever de agir também está relacionado à capacidade do membro do Conselho de Administração em reconhecer a circunstância que exigirá dele uma detecção do perigo e a respectiva reação para evitar o resultado deletério aos bens jurídicos da companhia e de terceiros. Trata-se da capacidade mental e funcional do conselheiro. A capacidade funcional é revelada no poder, na atribuição do conselheiro em praticar atos que repercutirão na administração da companhia. Se o conselheiro não tem ingerência, conhecimento ou possibilidade para evitar um determinado ato, como, por exemplo, o descarte irregular de rejeitos químicos no

² WALD, Arnold. A evolução do regime legal do Conselho de Administração, os acordos de acionistas e os impedimentos dos conselheiros decorrentes de conflitos de interesses. Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais Direito Empresarial. Capítulo III – Administração e Órgãos da Sociedade Anônima. Item 39. Ano 1, Vol. III, Dezembro 2010.

solo ou no rio, não poderá ser responsabilizado. No entanto, a falta de fiscalização ou a deliberação pelo corte de recursos destinados ao monitoramento das atividades de risco da companhia, poderá responsabilizar o membro do conselho uma vez que a causa para um determinado delito decorreu do ato funcional do conselheiro. A capacidade de compreender os fatos que ocorrem diariamente no universo corporativo e de agir na ocorrência de um risco não permitido, são temas ligados diretamente à esfera de culpabilidade daquele que deixou de agir, quando a norma mandamental o obrigava a evitar um determinado resultado. Sobre o tema, surge uma questão: se o conselheiro não detém conhecimento técnico que lhe permita identificar o risco de uma operação de aquisição de ativos, ele poderá exonerar-se da responsabilização uma vez que não foi capaz de discernir entre o certo e o errado, impossibilitado de identificar, por exemplo, que os dados financeiros da operação eram de alto risco? Tal fato conduziria à imputação do crime de omissão imprópria aos conselheiros?

Se o mesmo fato for observado por outra lente, o Conselho de Administração tem a prerrogativa de nomear Comitês Técnicos justamente para auxiliá-lo em matérias que não domina. E então nova dúvida surgirá: se, eventualmente, o Conselho não requerer este auxílio, poderá ser responsabilizado, uma vez que lhe foram disponibilizadas ferramentas de auxílio técnico, mas, por culpa ou dolo, não foram utilizadas? Se isso ocorrer, os conselheiros assumirão o risco pelo resultado de sua inação?

A capacidade funcional e mental resultará no dever de agir. Dotado de atribuições de fiscalizar os atos da diretoria e tendo capacidade de identificar o risco da atividade, o conselheiro assume a posição de garante, surgindo, a partir daí, o dever de intervir no processo finalístico que conduzirá ao resultado lesivo. Recai sobre o membro do Conselho de Administração a expectativa de que ele adote posição ativa na detecção de um problema e, imediatamente, promova a adequada reação, indicando a medida corretiva ou preventiva.

Para fins de análise sob o prisma criminal, é indispensável que o processo investigativo consiga avaliar o elemento subjetivo da conduta de cada membro do conselho, assim como as provas disponíveis para identificar autoria e materialidade. No entanto, estando o membro do Conselho de Administração na posição de garante, haveria possibilidade de imputação objetiva do resultado, em face da omissão quando havia o dever de agir e evitar o dano?

Se o Estatuto Social da companhia ou o Regimento Interno do Conselho tiverem desidratado as competências do Conselho de Administração, ainda remanescerão os deveres legais.

Não é raro observar Atas das Assembleias do Conselho de Administração, em que a deliberação trata de assuntos de pouca relevância para a companhia, a revelar que o Conselho poderia ter exercido seu dever de supervisão (art. 142 da Lei das S.A.), mas se omitiu ao não fiscalizar os atos da diretoria.

A imputação da responsabilidade penal aos dirigentes de pessoas jurídicas não é um assunto novo. Há obras, artigos científicos e jurisprudência que tratam da autoria e materialidade dentro da estrutura hierárquica de cargos e funções da companhia.

Trata-se da órbita de abrangência da responsabilidade penal relacionada à esfera de atuação de cada dirigente. A especificidade da responsabilização penal dos membros do Conselho de Administração – órgão máximo de administração da corporação³ – deve ser enfrentado, sobretudo no estudo da omissão imprópria, quando a inatividade do conselho se equipara a uma “ação de omitir-se”, ou seja, quando, por dever legal, o colegiado deveria agir e não o faz.

A delegação da posição de garante dos conselheiros administrativos a órgãos técnicos internos – tais como comitês ou departamento de *compliance* – traz complexidade ao tema, uma vez que o transmissão de deveres a terceiros exigirá uma séria de pressupostos, sem os quais a transferência da responsabilidade é nula.

Atos omissivos frente ao dever de agir – omissão imprópria – podem produzir danos efetivos ao patrimônio da companhia, tais como a perda de valor da empresa no mercado, indenizações a terceiros, liquidação de empresas com grande potencial, dentre outros. A destruição da reputação da empresa causada por danos ambientais, operações fraudulentas, acidentes com perdas de vidas, também reflete no valor da companhia, com impacto relevante e por vezes irreversível a seus investidores e acionistas.

O Conselho de Administração é supervisor dos atos praticados no âmbito da atividade empresarial, mormente os atos destinados a produzir efeitos perante

³ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Orientações sobre comitês de auditoria: melhores práticas no assessoramento ao conselho de administração / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, Instituto dos Auditores Independentes do Brasil. São Paulo, SP : IBGC/IBRACON, 2017. P. 21.

terceiros. Assim sendo, com pleno conhecimento de todas as decisões de relevo para a companhia, o Conselho de Administração tem o dever de agir para prevenir ilícitos civis ou penais. Agrega complexidade ao tema, o grau de detalhe em que os fatos são repassados ao Conselho e a competência técnica de cada membro para, nas entrelinhas, identificar o ilícito.

A deliberação do Conselho é externada pelo voto de seus membros. Os assuntos de relevância da companhia serão submetidos aos conselheiros. Municiado de conhecimento técnico ou de informações fornecidas por órgãos técnicos, os conselheiros deverão votar conforme os interesses da companhia e dos acionistas. A princípio, os membros do Conselho de Administração são responsáveis coletivamente, exceto se expressamente tiverem manifestado sua discordância em ata de reunião, conforme previsto na segunda parte do § 1º do art. 158 da Lei das Sociedades por Ações. No mesmo dispositivo legal, o legislador consignou que “o administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, *salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los* ou se, deles tendo conhecimento, *deixar de agir para impedir a sua prática.*”

Nesse ponto, o nexo de causalidade ganha relevo, pois a omissão do conselheiro deverá ser determinante para o resultado penalmente relevante. Ou seja, se o resultado fosse evitável, a omissão daquele que tinha o dever de vigilância, passa a ser juridicamente relevante.

Caso o Conselho de Administração adote medidas de delegação e transferência do poder de alçada que lhe compete originariamente, como é o caso da criação de Comitês Técnicos, é possível conjecturar a ruptura do nexo de causalidade. Se o conselheiro votar favoravelmente à aquisição de um ativo baseado no laudo idôneo do Comitê, não haverá, a priori, responsabilização do conselheiro, uma vez que a delegação para a elaboração do estudo de viabilidade econômica atribuiria responsabilidade aos técnicos encarregados de tal estudo. Portanto, a responsabilização penal dos membros dos Conselhos de Administração dependerá de inúmeros elementos, e a delegação da função de vigilância e controle poderá romper o nexo de causalidade, a exemplo da sentença absolutória dos membros do Conselho de Administração da empresa SAMARCO MINERAÇÃO S.A.⁴, no caso do rompimento da Barragem de Fundão no município de Mariana-

⁴ TRF 1ª REGIÃO, Processo nº 0002725-15.2016.4.01.3822 - 1ª VARA - PONTE NOVA - MG

MG, em que a deliberação do Conselho foi baseada no laudo exarado pelo Comitê Técnico em segurança das barragens de rejeitos, não remanescendo responsabilidade aos membros integrantes do C.A.

Talvez como última trincheira a proteger a companhia dos riscos inerentes à sua atividade econômica, o programa de *Compliance* pode ser uma importante ferramenta de prevenção à responsabilização do Conselho de Administração. O programa de integridade é um conjunto de procedimentos internos com o objetivo de prevenir, vigiar, monitorar e corrigir atos identificados como práticas ilícitas, sobretudo aquelas que são penalmente relevantes. É, à primeira vista, um aliado do Conselho de Administração no trabalho de vigilância. O código de conduta, os canais de denúncia e o constante treinamento de todos os colaboradores da pessoa jurídica, incluindo a alta administração, são ferramentas de prevenção e podem, a depender da sua efetividade, caracterizar-se como uma “porta corta-fogo” às ameaças à companhia e à responsabilização dos membros do colegiado.

O presente trabalho fará uma análise na atribuição do Conselho de Administração e a responsabilização criminal nos casos em que os conselheiros tenham se omitido ao dever legal de fiscalizar os atos de gestão da companhia. Sobre esta perspectiva, será questionado se o C.A. terá responsabilidade pela vigilância não só dos atos de gestão, mas também sobre toda e qualquer fonte de perigo dentro da empresa. O princípio da preservação da empresa e as boas práticas de governança corporativa podem se chocar com os interesses dos acionistas majoritários e controladores. E esse choque de interesses pode resultar em delitos econômicos, ambientais e financeiros. Em que medida o Conselho de Administração poderá interferir nos atos de gestão e, sobretudo, como se caracteriza a omissão penalmente relevante?

O primeiro capítulo da pesquisa trará a análise da governança corporativa, *accountability* e o princípio da preservação da empresa como forma de conferir uma base estrutural à ideia de que a administração da companhia deve nortear os atos no sentido das boas práticas de governança, da perenidade da empresa e dos interesses envolvidos, desde o acionista controlador até os *stakeholders*.

O segundo capítulo do trabalho é dedicado a demonstrar quais e como devem ser exercidas as competências do Conselho de Administração. Neste capítulo serão abordados dois pontos cruciais para o problema da pesquisa: as deliberações do conselho como atos de vigilância em relação aos atos de gestão; o dever de cuidado

sobre as fontes de perigo; o dever de vigilância; e, ainda, o espectro de responsabilidades determinado pelo Estatuto da empresa ou pelo Regimento Interno do Conselho. O posicionamento individual do conselheiro, por meio do voto, também é elemento que determina a ampliação ou a redução do comprometimento do conselheiro, sob o aspecto criminal.

O terceiro capítulo reunirá todos os elementos anteriores que, confrontados com os elementos do Direito Penal, apontará os aspectos da possível responsabilização criminal do membro do Conselho de Administração, mormente na modalidade de omissão imprópria. Haverá, ainda, elementos que poderão inibir a imputação do crime ao conselheiro.

Recentes acontecimentos e tragédias impactaram a vida do país. Os atos de corrupção no âmbito da Petrobras, além da divulgação de decisões equivocadas de investimento, tais como a compra de ativos sucateados o que provocou prejuízos à companhia; o caso da Companhia Samarco Mineração S.A., do rompimento da barragem em Mariana, com 19 mortes e danos ambientais; e o recente desastre com o rompimento da barragem de Brumadinho, administrada pela Companhia Vale com mais de 230 mortos, dano ao patrimônio de terceiros e danos ambientais de grande proporção; serão permeados no segundo e terceiro capítulos como forma de tornar mais clara a tese da culpabilidade ou, em sentido contrário, de afastar a autoria do conselheiro administrativo dos crimes de omissão imprópria.

Por fim, a conclusão trará o resultado da intersecção de todos os elementos apresentados nos 3 capítulos, para determinar em que medida os conselheiros poderão, de fato, ser garantidores de vigilância e, conseqüentemente, serão responsabilizados pelo crime de omissão imprópria. Ou, ainda, em que situações o membro integrante do Conselho de Administração não será responsável pelos atos praticados no âmbito da companhia cujo dano causado é penalmente relevante.

1 A SOCIEDADE ANÔNIMA COMO FONTE DE RISCOS AOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

As companhias criadas sob o regime jurídico de sociedade por ações desenvolvem atividades econômicas que impactam toda a sociedade. Algumas delas, além de sustentar a economia da região onde estão instaladas, com empregos e recolhimento de impostos, representam avanços tecnológicos e crescimento econômico regional e para o país. Por outro lado, sob o pretexto de tutelar o desenvolvimento, as companhias podem protagonizar ações com impactos negativos ao meio ambiente ou aos seus bens jurídicos ou de terceiros.

Sob o pretexto de manutenção das atividades, a empresa pode exigir dos administradores decisões favoráveis aos acionistas majoritários, mas nem sempre benéficas aos acionistas minoritários, aos funcionários da empresa e à sociedade. A restrição orçamentária, por exemplo, poderá impactar negativamente os controles internos, a aumentar o risco da atividade. Aos administradores e aos controladores da sociedade caberá a *busca contínua do equilíbrio entre a legítima vocação lucrativa da sociedade anônima e sua inarredável responsabilidade social*⁵.

A sociedade anônima, na forma do art. 2º da Lei 6.404/76⁶, possui finalidade lucrativa, conseqüentemente o interesse dos acionistas será a maximização dos lucros. Com base nesse preceito ainda não lapidado, parte significativa das decisões estratégicas, e até operacionais, passará pela deliberação do Conselho de Administração.

O Conselho de Administração – órgão máximo de governança corporativa, reportando-se apenas à Assembleia Geral de Acionistas⁷ – dedica-se à visão e ao valor de longo prazo da empresa, assegurando a longevidade do negócio⁸.

⁵ SILVA, Róbinson da. A realização dos interesses societários e não societários na sociedade anônima (*shareholders* e *stakeholders*). Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação. São Paulo. Volume 1. Número 2. 2014. Pág. 224-282. ISSN 2357-9676. Acessado em 17/11/2019, às 08:21. Pag. 256.

⁶ 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”.

⁷ GUERRA, Sandra. Os papéis do Conselho de Administração em empresas listadas no Brasil. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2009. P. 43.

⁸ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. O papel do Conselho de Administração na inovação das organizações / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP : IBGC Orienta, 2019. P. 19.

O Conselho de Administração, em sua maioria, é composto por integrantes indicados por pessoas indicadas pelos acionistas controladores⁹. Logo, a primeira conclusão a que se poderia chegar é que a maioria os membros (indicada pelos controladores) atuará de forma a defender os interesses dos majoritários, a resultar na busca constante do aumento da lucratividade da empresa, ou na solidificação de uma posição de líder de mercado, por exemplo. Esta seria uma conclusão direta, objetiva e simplista. No entanto, seria correto o Conselho de Administração contrapor-se à decisão de interesse dos acionistas em favor daquela que melhor cuidará dos bens jurídicos da empresa? É possível que uma decisão atenda ao objetivo almejado pelo acionista controlador e, ao mesmo tempo, esteja alinhada às boas práticas de governança corporativa. Mas haverá situações em que esses interesses serão contrapostos e o Conselho de Administração deverá tomar uma posição.

O planejamento e o funcionamento dos negócios de uma empresa dependem diretamente da vontade dos acionistas (*shareholders*). No entanto, as atividades da companhia produzirão efeitos que afetam o interesse dos *stakeholders*: acionistas minoritários (não controladores), comunidade, instituições, organizações, concorrentes, ou seja, todos aqueles que individual ou coletivamente serão impactados positiva ou negativamente pelos resultados das ações executadas pela companhia.

A gestão temerária não identificada e não evitada pelo Conselho de Administração de uma instituição financeira impactará não somente os acionistas, como também os *stakeholders* representados pelos investidores, funcionários da empresa que poderão perder seus empregos, além do prejuízo ao bem jurídico tutelado que é a credibilidade perante o mercado, ou seja, a confiabilidade do sistema financeiro.

Também nas deliberações do Conselho de Administração deve existir uma constante monitoria e vigilância, tal qual um sistema de “freios e contrapesos”¹⁰, para que os membros integrantes do Conselho possam, ao mesmo tempo em que

⁹ Idem. “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis (1748). São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1996. Págs. 165/196.

fiscalizam os atos da diretoria, exerçam a vigilância sobre seus próprios atos. O limite do abuso do poder é a existência de um outro poder que possa confrontá-lo¹¹.

Como dito anteriormente, nem sempre a *lucratividade* e *responsabilidade social* caminham no mesmo sentido. Não há dúvida que haverá grande economia de recursos ao descumprir direitos sociais e trabalhistas ou não investir em programas de controle de risco. Por outro lado, a exposição aos riscos proibidos e as possíveis consequências negativas daquelas decisões administrativas, poderá representar prejuízos muitos superiores àqueles que seriam gastos com a conduta adequada.

Eliminar um programa de integridade (*compliance*) com a justificativa de economia certamente produzirá, em contrapartida, outros custos. A inexistência de mecanismos de controle dará margem a práticas ilícitas; o aumento potencial a riscos proibidos afetará a imagem e reputação da empresa; com isso, aumentam-se os custos de transação; queda do valor de mercado; e gastos com uma estrutura para suportar a atividade de risco (custos da operação; pagamento de multas, defesas em processos, investigações e ações)¹². Quanto maior a insegurança da operação, maiores serão os custos para sua realização. Na mão inversa, quanto maior a confiança e credibilidade das partes interessadas, maiores serão os ganhos.

Nos termos do art. 116 da Lei das S.A. o acionista controlador detém a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, dentre eles o Conselho de Administração, logo, o acionista controlador terá plenos poderes para dirigir as *atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia*¹³. Tal qual um mecanismo de frenagem à dedicação estrita à lucratividade, o parágrafo único do mesmo art. 116 estabelece o dever do acionista controlador utilizar-se do poder, não só para realizar o objeto previsto no estatuto da empresa, mas também a função social, além dos deveres e responsabilidades em relação aos demais acionistas (inclusive os minoritários), aos funcionários e à comunidade, *cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender*¹⁴. Na mesma esteira, o § 4º do art.

¹¹ MONTESQUIEU ... O Espírito das Leis, p. 166.

¹² ARAÚJO, Leonardo Barros C. NÓBREGA, Marcos. Custos do não *compliance*. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). Manual de *Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Págs. 297/304.

¹³ Lei 6.404/76, art. 116, alínea "b".

¹⁴ Lei 6.404/76. "Art. 116. ... Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender".

154¹⁵, do mesmo diploma federal, permitiu ao Conselho de Administração ou à diretoria da companhia a prática de *atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade*.

A busca pelo equilíbrio entre a *atividade voltada ao incremento econômico* e a *atividade voltada à função social da companhia*, influenciará as decisões dos administradores e as deliberações do Conselho de Administração. A decisão de uma entidade financeira conceder financiamentos imobiliários com juros abaixo do mercado a famílias de baixa renda representa auxílio social direto a determinado segmento da população. Por outro lado, esta decisão poderá conferir impacto econômico negativo à receita da entidade, reduzindo o investimento em outros setores da companhia além do resultado negativo aos acionistas.

Em face desse dilema, o art. 153¹⁶ da Lei das S.A., ao regulamentar o “dever de diligência”, fixou o parâmetro da expectativa depositada sobre o administrador, ou seja, é esperado o *cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios*. Esta diligência do *homem ativo* poderia, a princípio, ser confrontada com a *Teoria do Homem Médio*. O *homem médio*, ou *homem comum* é o ser humano razoavelmente atento, informado¹⁷, de cultura mediana¹⁸, dotado de inteligência e perspicácia inerente à maioria das pessoas integrantes da sociedade¹⁹; e de boa-fé²⁰. Exige-se do administrador, *homem ativo e probo*, algo mais do que o cuidado e a prudência do bom pai de família; a *atividade empresarial moderna necessita que seus administradores possuam uma postura profissional e especializada*²¹. Ao nosso ver, o art. 153 da Lei das S.A., ao se referir ao *homem ativo e probo na administração de seus próprios negócios*, de fato, referiu-se ao homem administrador, empresário, que tem noções de gestão e que sabe identificar minimamente os riscos daquela atividade

¹⁵ Lei 6.404/76. “Art. 154 ... § 4º O conselho de administração ou a diretoria podem 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”.

¹⁶ Id., “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

¹⁷ STJ. REsp - 1688243 2017.01.99428-8, Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJE 23/10/2018.

¹⁸ TRF 3ª Região. SER 15709 SP 2001.03.00.015709-2, Des. Fed. Luiz Stefanini, 5/05/2009.

¹⁹ STJ. Resp - 1342741 2011.01.46719-8, Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJE 22/06/2016.

²⁰ STF. HC 71408, MARCO AURÉLIO, STF. “A atuação de cada qual há de estar voltada à atenção ao desempenho profissional do homem médio e, portanto, de boa-fé”.

²¹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. SABONGI, Camila Martinelli. O administrador e o seu dever de diligência nas sociedades anônimas. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 13, n. 3, set/dez, 2016, pag. 7.

empresarial colocada sob sua gestão (diretores) ou supervisão (conselheiros administrativos). Portanto, ele detém compreensão superior ao homem médio, possui maior percepção das atividades da companhia, logo, ao administrador atribuir-se-á maior responsabilidade, exigir-se-á grau de diligência superior, uma vez que possui arcabouço de conhecimento (teórico ou prático) maior, se comparado ao homem comum.

Outro elemento que não pode ser ignorado é o aspecto subjetivo presente na decisão tomada pelo administrador, especialmente na condução da companhia mediante a adoção de práticas ilícitas com vista a determinado objetivo de interesse, não dos *shareholders* ou dos *stakeholders*, mas pessoal dos administradores (diretores ou membros do Conselho de Administração). As decisões do Conselho de Administração serão examinadas nos Capítulos 2 e 3 sobre o ponto de vista da responsabilidade individual dos conselheiros. Há situações de imprudência na tomada de decisão ou de omissão em situações que a ação seria obrigatória por parte do Conselho. A falta de fiscalização dos atos de gestão, especialmente em relação àqueles atos que representam decisões relevantes para a companhia, pode caracterizar a omissão do dever de agir ou, ainda, poderá evidenciar uma falha do dever de controle quando o processo de supervisão não funcionou. Em outra situação, por exemplo, quando o Conselho de Administração elege um administrador conhecido por seu histórico de práticas ilícitas na condução dos negócios, sobretudo quando o objetivo é aumentar “a qualquer preço” os lucros da companhia, haverá a criação do risco não permitido e, por consequência, a omissão passa a ser penalmente relevante²².

1.1 Princípios da preservação da empresa

A atividade exercida pela sociedade anônima produz consequências na comunidade, a grupos, entidades, organizações e, sobretudo aos *shareholders* (acionistas controladores). A manutenção da atividade econômica depende das decisões estrategicamente favoráveis aos negócios desenvolvidos no segmento de atuação da companhia. Dela dependem os *shareholders* e todas as demais partes

²² Art. 13 - ... § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (...) c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

interessadas (*stakeholders*). Há cidades que dependem economicamente dos empregos gerados no município e dos tributos recolhidos pela companhia sediada naquela localidade.

A manutenção da atividade econômica, da fonte produtora e dos empregos, está prevista em uma das definições para o *princípio da preservação da empresa* conforme o preceito contido no art. 47 da Lei Federal nº 11.101/2005²³.

Para KATAOKA²⁴ a empresa tem *relevante função social como geradora de riqueza, criadora de empregos e renda, que favorece o crescimento e o desenvolvimento do país*. O mesmo autor ressalta que a extinção da companhia provoca a perda do *agregado econômico*: marca, *know-how*, especialização dos funcionários, dentre outros elementos intangíveis. Inegável portanto, que a continuidade dos negócios da companhia não só se destina à preservação da vida da empresa como também possui função social (cf. art. 154, *caput*, Lei 6.404/76). No âmbito do princípio da preservação da empresa o valor básico é o da conservação da atividade, uma vez que em torno dela *gravita uma imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste*²⁵.

A companhia, desde sua criação, representa alguma fonte de perigo²⁶. A depender do grau de risco da atividade econômica exercida, os riscos representam maior ou menor perigo aos valores jurídicos tutelados. Nada obstante, deverão manter-se dentro da órbita dos riscos permitidos. Esta é a contrapartida para a liberdade da atividade econômica. A liberdade para que uma empresa fabrique artefatos explosivos dependerá da contrapartida oferecida pelos administradores de que todos os mecanismos de controle de risco estarão ativos e serão eficazes, sob pena de ser-lhe revogada a autorização de funcionamento. Vale dizer: se a companhia fabricante de explosivos mantém os riscos dentro de padrões toleráveis,

²³ Lei 11.101/05 - "Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

²⁴ KATAOKA, Eduardo Takemi. Plano de recuperação judicial. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*. vol. 5. p. 227. São Paulo: Ed. RT, jun. 2014.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Thomson Reuters. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. E-book [2016]. 11 ed. Capítulo 1 – Disposições Preliminares. Item 3 – Conceito legal de empresário.

²⁶ ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. Tradução de Alaor Leite e Adriano Teixeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Caderno Especial – 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais. 2015. p. 67.

mantendo-os sob controle, a empresa poderá manter sua atividade econômica. Dessa forma a longevidade da empresa estará diretamente vinculada à eficiência dos mecanismos de supervisão das fontes produtoras de perigo.

Não há dúvida que os aspectos de eficiência econômica, boa gestão financeira, são indispensáveis à perenidade da companhia e demandariam um estudo exclusivo sobre o tema. Estes aspectos não serão aprofundados neste trabalho, embora os resultados econômicos dependam do elemento reputacional da empresa que, este sim, poderá ser objeto de desgaste caso as fontes de perigo da empresa não sejam controladas.

A instalação de comitês de auditoria, de governança corporativa e de gestão de riscos, sem embargos da implantação de um eficiente programa de integridade (*compliance*), são ferramentas institucionais que permitem manter sob vigilância e controle qualquer ataque endógeno ou exógeno contra a integridade da companhia e que possa abalar sua imagem de empresa confiável e ética. A inexistência de mecanismos de autoproteção pode submeter a empresa à exposição excessiva a riscos de práticas ilícitas, que ensejam o risco reputacional e, conseqüentemente, influenciam no valor das ações²⁷.

Em alguns casos, o impacto na imagem é tão profundo que a empresa não resiste. O medicamento vendido em farmácias para gestantes com utilização do princípio ativo *Talidomida* provocou mortes e deformidades em pessoas, provocando o fechamento do laboratório responsável²⁸. A utilização prolongada do amianto, mesmo depois de ter sido identificado como produto cancerígeno, provocou a morte

²⁷ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *Compliance nas relações de consumo*. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 610.

²⁸ TALIDOMIDA. *A droga talidomida entrou no mercado alemão em 1957 pela empresa Chemie Grünenthal. Usado inicialmente como um tranquilizante para melhorar o sono, logo teve seu uso expandido para gestantes, pois melhorava o enjoo matinal. No Brasil, a comercialização começou em março de 1958, quase dois anos depois da identificação dos graves eventos adversos na Alemanha. Em 1962, os jornais passaram a divulgar que, em nosso país, havia em torno de 300 bebês vítimas da droga. Contudo, a suspensão do seu uso só se efetivou em 1965, com pelo menos quatro anos de atraso em relação à Alemanha (local onde já existiam estudos comprovados sobre os efeitos nocivos da droga). Mesmo depois da retirada oficial, a talidomida permaneceu em algumas drogarias, possibilitando a utilização por gestantes desavisadas. Em 1968 deu-se início ao julgamento da Chemie Grünenthal na Alemanha. Os diretores da empresa foram acusados de violação da lei nacional sobre drogas, causando danos físicos (primeiro por imprudência e depois deliberadamente) e ainda apontados como autores de homicídio culposo por negligência*. Disponível em <https://saude.abril.com.br/blog/com-a-palavra/o-novo-escandalo-da-talidomida/>. > Acesso em 11 Jun 2020.

de pessoas²⁹ e, no caso específico de um fabricante (Grupo Eternit), já houve condenações a indenizações que chegam a R\$ 400 milhões³⁰. Há outros exemplos de falhas de controle que provocaram mortes (caso do vazamento do Césio 137, em Goiânia) e danos ambientais (vazamento de petróleo no Golfo do México causado pela empresa *British Petroleum*). Em todos os casos citados, o risco teve início com a fonte de perigo controlada que, por vários fatores, mas sobretudo a falha de algum sistema de vigilância, transformou o risco permitido em risco proibido.

Os administradores devem zelar pela preservação da empresa e não podem, a despeito de defender um interesse isolado – do sócio controlador ou da diretoria ou dos membros do Conselho de Administração –, decidir em detrimento da companhia. Neste caso, o C.A. age como fiscal da diretoria, podendo destitui-la (art. 142, II, Lei 6.404/76) caso os atos de gestão estejam caminhando de encontro aos interesses sociais e, sobretudo, em violação ao princípio da preservação da empresa. Terá havido, neste caso, a quebra da harmonização do interesse social, preservação da empresa e função social³¹.

No REsp 265.075 – SP (STJ), o Recorrente (Ministério Público Federal) chegou a afirmar que os membros do Conselho de Administração do Banespa (Banco do Estado de São Paulo) afastaram-se desmedida e dolosamente das técnicas de boa gestão bancária, ao aprovarem a concessão de fiança bancária sem que o tomador apresentasse garantias hábeis a honrar o acordo. A fiança foi executada e o tomador não teve condições de arcar com as obrigações, vindo a causar prejuízos dificilmente reparáveis, especialmente porque o valor da fiança concedida representava um percentual significativo do patrimônio líquido do Banco. A inadimplência do tomador e, por consequência, a execução da garantia pelo segurador, contribuiu para a grave situação financeira da instituição que veio, algum tempo depois, a entrar em liquidação. Nesse caso, o Conselho de Administração realizou ato de gestão ao aprovar a concessão de fiança bancária de alto valor, trazendo relevante prejuízo à instituição.

²⁹ AMIANTO. *Ele é classificado como reconhecidamente cancerígeno para os seres humanos. Não foram identificados níveis seguros para a exposição às suas fibras.* Disponível em <https://www.inca.gov.br/exposicao-no-trabalho-e-no-ambiente/amiante>. > Acesso em 11 Jun 2020.

³⁰ Disponível em <https://www.uol/noticias/especiais/amiante-indenizacoes-familias.htm#acoes-milionarias>. > Acesso em 11 Jun 2020.

³¹ PINHEIRO, Caroline. *Compliance* sob a perspectiva da função social da empresa e da governança corporativa. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRASÃO, Ana. (Coord.) *Compliance – Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Págs. 194/196.

A Instrução Normativa CVM nº 480 estabelece que cabe ao Conselho de Administração a continuidade da gestão, para que o processo sucessório dos administradores não comprometa o valor e tampouco a existência da empresa³².

Portanto, a perenidade da empresa depende obviamente da capacidade de geração de riqueza. Porém, a habilidade em produzir resultados positivos traz, a reboque, os riscos da respectiva atividade empresarial. Os riscos permitidos devem ser mantidos sob supervisão para que não se transformem em riscos proibidos. O *responsável* pela criação desses riscos (no caso de comportamento antecedente) ou o encarregado pela vigilância, ambos terão o dever de agir para evitar o resultado lesivo aos bens jurídicos da companhia ou de terceiros. Sob esta ótica, o Conselho de Administração, como órgão principal de administração, terá protagonismo na longevidade da atividade empresarial.

1.2 *Accountability*

A Lei federal nº 6.404/76 fixou quatro grandes deveres aos administradores: dever de diligência (art. 153³³); de lealdade (art. 155³⁴); de não intervir em operações onde houver conflito de interesses (art. 156³⁵) e de informação (art. 157³⁶). No que diz respeito à atuação de cada conselheiro, assim como as deliberações do Conselho, o dever de informação está atrelado à transparência dos atos da companhia. Esta *transparência*, aliada ao *dever de prestar contas* e de ser *responsável* pelos atos praticados no exercício da competência dentro da corporação, é chamada de *accountability*.

³² CVM – Comissão de Valores Mobiliários – IN CVM 480. Em relação ao princípio 2.5: “O conselho de administração deve zelar pela continuidade da gestão da companhia, evitando que a sucessão de seus principais líderes acabe afetando o desempenho da companhia e gerando destruição de seu valor”

³³ Lei federal nº 6.404/76. “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

³⁴ Id., “Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: ...”.

³⁵ Id., “Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse”.

³⁶ Id., “Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular”.

O *accountability* é ferramenta indispensável à prestação de contas para que as partes interessadas (*shareholders* e *stakeholders*) possam exercer a fiscalização e responsabilização daquele que der causa a um ilícito. No caso de um ilícito penal, a transparência dos atos praticados pelos administradores permitirá a investigação criminal e possibilitará a identificação da autoria e materialidade da conduta delituosa.

No início dos anos noventa foi constituído um grupo formado por profissionais da área financeira e contábil ligados à Bolsa de Valores de Londres, com a finalidade de superar golpes e falhas que vinham ocorrendo e avaliar os aspectos financeiros da governança corporativa. Com o trabalho do *Cadbury Committee* (em razão de seu autor, Sir Adrian Cadbury), foi publicado o relatório (*Cadbury Report*) em dezembro de 1992, concebido nos seguintes preceitos: a) separação do cargo de Presidente do Conselho, do cargo de Diretor-Presidente da companhia; b) composição do Conselho de Administração por diretores externos³⁷; c) revisão da estrutura e responsabilidade dos Conselhos de Administração, estabelecendo um código de boas práticas; d) avaliação do papel dos auditores com recomendações à profissão de contabilidade, uma vez que a auditoria anual é a base da governança corporativa; e e) lidar com os direitos e responsabilidades dos acionistas, uma vez que são eles que elegem os membros do Conselho de Administração, fortalecendo o *accountability* (prestação de contas) do C.A.³⁸. O Relatório *Cadbury* lançou uma nova perspectiva sobre governança corporativa, especialmente ao Conselho de Administração, e introduziu dois novos valores ao universo corporativo: *accountability* (prestação responsável de contas) e *disclosure* (mais transparência)³⁹.

Em 2015, no governo Barack Obama e no âmbito do Departamento de Justiça americano, a Vice-procuradora Geral dos Estados Unidos, Sally Quillian Yates, sancionou o *Yates Memorandum*⁴⁰, no qual foi estabelecida uma nova abordagem no combate às fraudes e crimes de colarinho branco, investigando a

³⁷ CAMBRIDGE *Judge Business School*. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. > Acesso em: 13 Jun 2020.

³⁸CADBURY *Committee Report* (1992). Disponível: https://www.academia.edu/6483020/Corp_Gov_Quick_Summary_Points_Cadbury_Report?auto=download. > Acesso em 13 Jun 2020.

³⁹ GONZALEZ, Roberto Sousa. *Governança Corporativa – O poder de transformação das empresas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2012. p.26.

⁴⁰YATES MEMORANDUM. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. > Acesso em 14 Jun 2020.

responsabilidade (*accountability*) individual por infrações à ordem econômica. O foco passou a ser concentrado mais no indivíduo do que na empresa. Ao comentar o *Yates Memo*, SILVA SANCHÉZ comparou-o à tradição europeia e ressaltou que um dos meios mais eficientes para se combater a criminalidade corporativa é a persecução e responsabilização das pessoas físicas, em especial dos administradores e gerentes que, de fato, realizam o ato de delinquência⁴¹. Conforme lembrado por CARVALHO e GIRON, antes mesmo do *Yates Memo* a individualização da conduta já havia sido verificada no caso do *declination* do *Morgan Stanley* com a responsabilização de Garth Peterson, um ex-diretor administrativo dos negócios imobiliários⁴².

Conforme aponta ARTESE, o *accountability* é a *responsabilidade demonstrável*, expressão cunhada para denominar a empresa que *transparece comprometimento* com sua responsabilidade além de garantir a tomada de decisões refletidas⁴³. Para o IBGC, *accountability* é a *prestação de contas*. Devem os administradores prestar contas de sua atuação, *assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões*⁴⁴.

Quando SCHEDLER avaliou o *political accountability* (responsabilidade política) identificou um conceito amplo e bidimensional que denota tanto a *responsabilidade* (que ele chama de *answerability*: obrigação de informar as atividades e justificá-las) como a *execução ou aplicação* (*enforcement*; capacidade de impor sanções a quem violar as regras de conduta)⁴⁵.

Enquanto a governança corporativa é gênero, o *accountability* é espécie. Dentro da órbita da responsabilidade do Conselho de Administração, a observância ao *accountability* impõe a obrigação de informar, prestar contas e, caso ocorra algum ilícito por ação ou omissão, imputar-se-á responsabilidade ao titular do dever de diligência e de agir, quando o resultado puder ser evitado.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Yates Memorandum*. *Indret*, 4, 2015. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/editorial.2_10.pdf >. Acesso em: 14 Jun 2020.

⁴² CARVALHO, André Castro. GIRON, Vinicius de Freitas. Regime dos programas de incentivo à colaboração (PICs) no Brasil. In OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.) e BARROS FILHO, Wilson Accioli (Organ.). *Acordos administrativos no Brasil*. Ed. Almedina, 2020.

⁴³ ARTESE, Gustavo. *Compliance digital: proteção de dados pessoais*. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 510/512.

⁴⁴ IBGC - Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, 5 ed, Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). p.21.

⁴⁵ SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing Accountability*. In SCHEDLER, Andreas. DIAMOND, Larry. PLATTNER, Marc F. *The Self-Restraining State – Power and Accountability in New Democracies*. Londres. Lynne Rienner Publishers, 1999. p.13/27.

1.3 Governança corporativa

As boas práticas de governança corporativa decompostas em deveres de diligência, de transparência, *accountability*, edificam a espinha dorsal daquilo que o Conselho de Administração não pode divergir, sob pena de, ao fazê-lo, assumir riscos por deliberações que causem impacto negativo aos *shareholders* e *stakeholders*.

Para o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), governança corporativa “*é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle*”⁴⁶.

O *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), em vigor desde 2002, implementou significativas modificações no universo corporativo, introduzindo as boas práticas de governança corporativa, sobretudo sob o aspecto financeiro⁴⁷. Quatro questões chave foram introduzidas: *compliance* (conformidade legal), *accountability* (prestação responsável de contas), *disclosure* (maior transparência) e *fairness* (senso de justiça)⁴⁸.

As regras de governança, positivadas no Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa (do IBGC), fornecem uma diretriz aos administradores e contribuem para o *desenvolvimento sustentável das organizações*⁴⁹. O desenvolvimento capaz de ser sustentado por um longo tempo pode conferir perenidade à sociedade.

A governança corporativa favorece a conscientização dos administradores na tomada de decisões, para que todas as deliberações sejam benéficas aos acionistas, investidores, governo, funcionários e fornecedores⁵⁰. Trata-se do

⁴⁶ IBGC - Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, 5ed, Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC).

⁴⁷ *SARBANES-OXLEY ACT*. Legislação americana que introduziu amplas mudanças na regulação das práticas financeiras e de governança corporativa. O nome da Lei deu-se em homenagem ao Senador americano *Paul Sarbanes* e ao Deputado *Michael Oxley* (pelo estado de Ohio) principais arquitetos da norma. Disponível em: <http://www.soxlaw.com>. > Acesso em 14 Jun 2020.

⁴⁸ GONZALEZ, Roberto Sousa. Governança Corporativa – O poder de transformação das empresas. São Paulo: Trevisan Editora, 2012. p. 42.

⁴⁹ IBCG - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015, pág. 47.

⁵⁰ RIOS, Lilian Fonseca. SOUSA, Caissa Veloso. SOUSA, Erich Vale. *Governança Corporativa em empresas brasileiras: uma abordagem acerca dos conflitos entre administradores e acionistas*. XXX

aperfeiçoamento do processo de tomada de decisões, gerando credibilidade e, conseqüentemente, confiança ao mercado⁵¹.

Nas deliberações do Conselho de Administração sempre haverá potencial conflito de interesses entre a maximização dos lucros, a ideia da preservação da pessoa jurídica e a responsabilidade social empresarial. Da deliberação do C.A. serão extraídas as boas e maduras decisões estratégicas fruto do debate e da ponderação de ideias. No entanto, quando houver falha – por ação ou omissão – e, conseqüentemente, dano relevante ao patrimônio da companhia ou a bens jurídicos de terceiros, o Conselho de Administração poderá ser responsabilizado. Se houver relevância penal na ação ou omissão, serão examinados o elemento subjetivo da conduta individual do conselheiro bem como os aspectos que construíram aquela deliberação, com a avaliação de cada um dos votos dos membros do colegiado. O capítulo seguinte cuidará de avaliar com mais detalhe as atribuições do Conselho de Administração além dos deveres fiduciários e responsabilidades dos membros do Colegiado. Cumprirá examinar, também, se o membro do Conselho poderá, a partir de decisões individuais ou coletivas, ser responsabilizado.

Embora os membros do Conselho de Administração deliberem em favor dos interesses dos acionistas controladores (que possuem a maioria votante), há que se contrabalancear as decisões com base nos princípios de governança corporativa. Dentre os deveres atribuídos pela legislação societária, sem embargos das assunções contratuais, é possível destacar o dever de *diligência*, dever de se

Encontro Nacional de Engenharia de Produção. ABEPRO – Associação Brasileira de Engenharia de Produção. 2010. p. 2.

⁵¹ ARAÚJO, Leonardo Barros C. NÓBREGA, Marcos. Custos do não *compliance*. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). Manual de *Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 291.

*informar*⁵², *dever de vigilância sintético*, *o dever de investigar*, *dever de intervir* (ou *dever de agir*) e, por fim, *o dever de assiduidade*⁵³.

Como princípio que é, a responsabilidade corporativa deve ser avaliada em conjunto, ou em alguns casos, em confronto com os interesses dos acionistas. Neste caso, de conflito entre a responsabilidade social e o interesse dos *shareholders*, é possível o surgimento de decisões que agridam interesses sociais. E a depender da seqüela que esta deliberação trazer à sociedade, poderá ter relevância penal. O Conselho de Administração, mesmo que não tenha atuado diretamente na prática do ato de gestão (cuja atribuição pertence à diretoria), poderá ser responsabilizado por decisões que tenham aprovado ou ratificado operações relevantes, por exemplo, nos crimes contra o sistema financeiro (sobre o art. 25 da Lei 7492/86, STJ, RHC 14151⁵⁴; e STJ, APN 295⁵⁵); ou, ainda, nos casos em que deixar de exercer o dever de fiscalização; ou, por fim, na hipótese da constatação do risco não permitido, tenha deixado de evitar o resultado (STJ, HC 92.822/SP⁵⁶).

⁵² Dever de estabelecer mecanismos organizativos para evitar a existência de perigos proibidos ou minimizá-los até que se tornem riscos permitidos. Sobre este assunto Ricardo Robles PLANAS, dispõe: “Tal dever implica o dever de *procurar os conhecimentos* necessários sobre aqueles perigos tipicamente empresariais, o que em grandes empresas requererá, por sua vez, uma adequada estrutura organizativa com respeito *aos fluxos de informação interempresariais*. Se não se trata de um risco empresarial ou, em o sendo, dispuseram-se dos mecanismos organizativos adequados – incluindo os mecanismos relativos à *obtenção de informação* – e, contudo, produzem-se resultados lesivos, estes somente podem ser explicados como realização de riscos em si permitidos. (...) Também aqui vigora o dever de *buscar conhecimentos sobre o desempenho destas atividades*”. In Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, Teoria do Delito e Direito Penal Econômico – Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 6, Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Ed. D’Plácido. 2016. p. 250.

⁵³ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1105 – 1110.

⁵⁴ “Esta Corte tem entendido que a expressão “diretores e gerentes” utilizada no art. 25 da Lei nº 7.492/86 para definir os penalmente responsáveis pelos delitos ali previstos abrange os integrantes dos conselhos de administração das instituições financeiras”. (RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS - 14151 2003.00.34754-0, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:04/12/2006 PG:00376)

⁵⁵ STJ. “O membro do Conselho de Administração de Banco Estadual é penalmente responsável pela gestão da casa bancária, mormente quando, além da existência dessa previsão no estatuto da instituição, atua periodicamente em reuniões com o fim de aprovar e ratificar as operações mais relevantes”. (APN - AÇÃO PENAL - 295 2003.02.29654-3, JORGE MUSSI, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:12/02/2015)

⁵⁶ STJ “A conduta omissiva não deve ser tida como irrelevante para o crime ambiental, devendo da mesma forma ser penalizado aquele que, na condição de diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica, tenha conhecimento da conduta criminosa e, tendo poder para impedi-la, não o fez” (STJ, HC 92.822/SP, Voto vencedor, relator min. Napoleão Nunes Maia Filho. Com o vencedor votaram os srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz. Com o voto vencido do min. Arnaldo Esteves Lima votou o min. Jorge Mussi que concediam a ordem.)

As decisões dos administradores (atos de gestão dos diretores; ou de planejamento e fiscalização do Conselho de Administração) terão impacto na confiança das partes interessadas, no valor das ações, além influenciarem diretamente a vida de toda uma região onde estiver instalada a empresa. Estas decisões não podem estar dissociadas do aspecto social, da sua importância no desenvolvimento da comunidade e da preservação do meio ambiente. Este conjunto de decisões responsáveis, maduras, discutidas, transparentes, fundamentam o princípio da responsabilidade corporativa (ou responsabilidade social empresarial).

2 ASPECTOS GERAIS

O presente capítulo apresentará as competências do Conselho de Administração frente ao risco empresarial e, ainda, se os deveres de diligência podem levar à conclusão de que os conselheiros possuem as características que os colocam na posição de garantes.

Serão analisadas as atribuições dos membros do Conselho de Administração sob o foco da interferência do colegiado nas decisões relevantes da companhia. Também serão avaliadas as formas e características de transferência da alçada para os dirigentes da empresa. Examinar-se-á o poder do voto de cada membro do colegiado. Tais fatores serão determinantes para verificar se existe, de fato, elementos para a responsabilização penal dos membros do C.A. no caso de delitos praticados pela – ou no âmbito da – organização empresarial, sob a perspectiva da responsabilidade por omissão imprópria.

A existência do Conselho de Administração depende da previsão no Estatuto da Companhia, sendo facultativo, por exemplo, nas sociedades anônimas de capital fechado. E será obrigatório nas companhias de capital aberto, nas de capital autorizado e nas sociedades de economia mista (art. 138, § 2º⁵⁷; art. 239⁵⁸; Lei das S.A.). Nas companhias estatais brasileiras o Conselho de Administração é obrigatório em qualquer situação. Não será objeto do presente estudo a análise aprofundada do complexo universo das empresas estatais sob a tutela da Lei Federal nº 13.303/16. Embora algumas empresas estatais sejam citadas neste trabalho, serão examinadas sob o foco da Lei das S.A., em relação à qual elas também se sujeitam.

Nas últimas décadas verificou-se o aumento exponencial da problemática da responsabilidade dos administradores, dentre eles, do Conselho de Administração e seus membros, devido à multiplicação dos casos em que se pode imputar responsabilidade àqueles cujas atribuições são: *fixar a orientação geral dos*

⁵⁷ Lei federal nº 6.404/76. “Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. § 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores. § 2º *As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração*”.

⁵⁸ Id., “Art. 239. As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo”.

negócios da companhia, eleger ou destituir diretores, fiscalizar os atos de gestão dentre outras competências expressamente previstas na legislação, em suma, o Conselho de Administração pode definir o destino da companhia. O estudo da responsabilidade dos administradores é, há muito tempo, um assunto de grande interesse para o Direito alemão⁵⁹. Conforme será visto, não só o Direito alemão, como o espanhol reservam especial atenção para a responsabilidade, sobretudo sob a análise da relevância penal, dos atos omissivos dos administradores de sociedades de capital aberto.

2.1 Competências do Conselho de Administração

O artigo 142⁶⁰ da Lei Federal nº 6.404/76 (Lei das S/A), assim como o artigo 18⁶¹ da Lei Federal nº 13.303/16 (Lei das Estatais), ambos fixaram as competências do Conselho de Administração relacionadas à orientação geral⁶² dos negócios da companhia, eleição e destituição da diretoria, atribuições de análise prévia e

⁵⁹ ABDALA, Martín E. *Régimen de responsabilidad de los Administradores de sociedades en el Derecho Alemán*. Revista de Derecho nº.31. Barranquilla. Colômbia. Jan./June 2009.

⁶⁰ Lei Federal nº 6.404/76. “Art. 142. Compete ao conselho de administração: I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia; II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto; III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos; IV - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132; V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria; VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir; VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição; VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver”.

⁶¹ Lei Federal nº 13.303/16. “Art. 18. Sem prejuízo das competências previstas no art. 142 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e das demais atribuições previstas nesta Lei, compete ao Conselho de Administração: I - discutir, aprovar e monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes; II - implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e mitigação dos principais riscos a que está exposta a empresa pública ou a sociedade de economia mista, inclusive os riscos relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e os relacionados à ocorrência de corrupção e fraude; III - estabelecer política de porta-vozes visando a eliminar risco de contradição entre informações de diversas áreas e as dos executivos da empresa pública ou da sociedade de economia mista; IV - avaliar os diretores da empresa pública ou da sociedade de economia mista, nos termos do inciso III do art. 13, podendo contar com apoio metodológico e procedimental do comitê estatutário referido no art. 10”

⁶² “Cabe ao conselho, portanto, estabelecer as bases do processo de pensamento e planejamento estratégico que levará à definição dos rumos do negócio”. IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. O papel do conselho de administração na estratégia das organizações. São Paulo, SP, 2017. (Série IBGC Orienta), p. 9.

fiscalização dos atos de gestão, convocação da assembleia geral, emissão de ações ou de bônus de subscrição, alienação de ativos, dentre outros.

Como dito, conquanto o presente trabalho não tenha a pretensão de aprofundar-se no estudo da Lei das Estatais, é importante consignar o contexto em que esta lei foi idealizada, sobretudo porque uma parte significativa das atribuições do C.A. das estatais submete-se aos preceitos da Lei das S.A.

A Lei 13.303/16 dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de econômica mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (“estatais”), e foi promulgada após quase 40 anos do início da vigência da Lei das S/A. A Lei das Estatais foi concebida em momento pós Operação Lava-Jato, na qual foi descortinado o maior caso de corrupção no País, justamente com o protagonismo da maior estatal brasileira, Petrobras⁶³. Uma das razões determinantes para o desvio sistemático de recursos da Petrobras foi a adoção do regime simplificado de contratações, autorizado pelo Decreto federal 2.745/98, editado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso. Através do regime simplificado, a Petrobras possuía a prerrogativa de adquirir bens e contratar serviços (comuns ou de engenharia), qualquer que fosse o valor, mediante a utilização de contratação direta, ou seja, sem instauração de procedimento licitatório; estas contratações diretas representaram 95%⁶⁴ de todas as aquisições da companhia. Nos casos em que a contratação era submetida a procedimento licitatório, a modalidade de licitação denominada “convite”⁶⁵ era eleita em 98% dos processos. Nesta modalidade, a única exigência legal é que fossem convidadas, no mínimo, 3

⁶³ MPF. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.lavajato.mpf.mp.br>. > Acesso em 30 Mai 2020, às 16:40 hs.

⁶⁴ TCU - Tribunal de Contas da União. Acórdão 272/2016 – Plenário. Relator VITAL DO RÊGO. Disponível em <http://www.tcu.gov.br>. > Acesso em 17 Nov 2019, às 15:13. “Pelos dados fornecidos, houve um volume de aquisições no período informado, de 1º/1/2011 a 30/4/2014, da monta de R\$ 368,9 bilhões, sendo 82% serviços e 18% bens. Esse valor corresponde a cerca de 695 mil contratações (694.962), que se distribuem em 44% de serviços e 56% de bens. (...) A mesma análise, tendo como base o número de contratações e não o valor, traz um percentual de 95% de aquisições não precedidas de licitação. Dos 5% que passaram por processo licitatório, o percentual licitado na modalidade convite foi de 98%”.

⁶⁵ Decreto federal nº 2.745/98 (revogado): “3.1.3 - CONVITE - é a modalidade de licitação entre pessoas físicas ou jurídicas, do ramo pertinente ao objeto, em número mínimo de três, inscritas ou não no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS. (...) 5.6 - O convite será convocado por carta expedida pelo Presidente da Comissão de licitação ou pelo servidor especialmente designado, às firmas indicadas no pedido da licitação, em número mínimo de três, selecionadas pela unidade requisitante dentre as do ramo pertinente ao objeto, inscritos ou não no registro cadastral de licitantes da PETROBRÁS. 5.6.1 - A carta-convite será entregue, aos interessados, contra recibo, com antecedência mínima de três dias antes da data fixada para a apresentação das propostas. A carta-convite será acompanhada das características e demais elementos técnicos da licitação e deverá conter as indicações mínimas, necessárias à elaboração das propostas.

(três) empresas cadastradas na companhia para a entrega das respectivas propostas no prazo de 3 (três) dias. A simplicidade e rapidez das contratações era de tal sorte, que praticamente todas as contratações da Petrobras foram realizadas sob dispensa ou inexigibilidade de licitação; e quando a licitação era realizada, a maioria dos processos tramitava sob a modalidade convite, de menor ou nenhuma publicidade.

Nesse contexto, além daquilo que já estava previsto no art. 142 da Lei 6.404/76, o artigo 18 da Lei federal 13.303/16 consignou novas competências ao Conselho de Administração, tais como: práticas de governança corporativa, relacionamento com *stakeholders*, política de gestão e código de conduta dos agentes. Previu-se também a implementação de sistemas de gestão de riscos e de controle interno (*compliance*); política de uniformização da comunicação interna; política de avaliação dos diretores. E, por fim, o artigo 19 garantiu a participação de representante dos empregados e acionistas minoritários no Conselho de Administração. Inegável que a Lei das Estatais, no capítulo dedicado às competências do C.A., dispensou especial atenção aos mecanismos de gestão de riscos.

Para ULHOA, o Conselho de Administração tem a função de agilizar o processo decisório, sobretudo nas decisões de maior envergadura e repercussão à companhia que, em princípio, deveriam ser objeto de deliberação daqueles que detêm participação no capital social. No entanto, se a companhia dependesse das deliberações da assembleia geral para o exercício de suas atividades, haveria morosidade e dificuldade na tomada de decisões, razão pela qual a delegação ao Conselho de Administração, com regras mais ágeis de convocação e funcionamento, conferem maior celeridade nos assuntos de relevância⁶⁶.

Dentre as diversas competências, o Conselho de Administração deve refletir sobre objetivos futuros da companhia, *antecipando riscos e vislumbrando oportunidades*⁶⁷. Ele exerce o direcionamento estratégico; é guardião dos princípios e valores; e deve *monitorar a diretoria, atuando como elo entre esta e os sócios*⁶⁸.

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 2 (livro eletrônico). Direito de Empresa. 2ª ed. em e-book baseada na 21ª ed. impressa. Capítulo 23, 3 – Conselho de Administração. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁶⁷ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. O papel do conselho de administração na estratégia das organizações. São Paulo, SP, 2017. (Série IBGC Orienta), p. 7.

⁶⁸ Id., Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP, 2015, p. 39.

O Conselho de Administração tem competência decisória, mas não pratica atos de gestão, que são privativos da Diretoria. Outrossim, ele exerce o *controle de legalidade e legitimidade (interesse social, abuso e desvio de poder) dos atos praticados pelos diretores*⁶⁹⁻⁷⁰.

Em regra, a lei relaciona as matérias de competência privativa do Conselho, mas não impede que outras atribuições sejam definidas no estatuto ou regimento do colegiado⁷¹. Para a CVM, o Conselho de Administração “deve” ter um regimento interno que normatize suas responsabilidades, atribuições e regras de funcionamento⁷².

Depreende-se, portanto, que as atribuições do Conselho de Administração deverão pautar-se em dois pressupostos: a) regras gerais (art. 142 da Lei das SA); e b) regras específicas, dispostas em regimento interno ou estatuto do Conselho. Essas regras – gerais, advindas da lei; e específicas, do regimento ou estatuto – é que definirão as responsabilidades dos membros e serão objeto de maior debate nos capítulos seguintes. Nada obstante existam regras que possam definir a posição de garante e, conseqüentemente, a responsabilidade dos membros integrantes do Conselho, é a investigação criminal que definirá a contribuição efetiva, por ação ou omissão, de cada um dos membros. Sendo assim, em que pese a existência de regulamentação mais rigorosa ou mais flexível, a atuação específica do Conselho em cada caso concreto é que indicará a responsabilidade a ser imputada sobre os autores do ato ilícito.

No caso da compra da Refinaria de Pasadena (Texas, EUA), em que foi constatado um sobrepreço de USD 354 milhões à Petrobras⁷³, o Conselho de Administração, apesar de não aprovar a aquisição da segunda metade da refinaria, tinha conhecimento de que a operação da compra daquele ativo, por oferta

⁶⁹ CARVALHOSA, Modesto. KUYEN, Fernando. Tratado de Direito Empresarial – Vol. 3 – Ed. Revista dos Tribunais. 2018, Capítulo XV – Administração. 1 – Conceito de órgãos de Administração.

⁷⁰ Conforme adiante será demonstrado, há casos em que as deliberações do C.A. são comparadas a autênticos atos de gestão, a divergir do conceito da lei societária.

⁷¹ MORAES, Luiza Rangel. Da transferência, pelo conselheiro, do poder-dever de votar nas deliberações do Conselho de Administração. Incompatibilidade com o regime legal vigente (47). Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais Direito Empresarial. Capítulo IV – Acionistas e controle da Sociedade Anônima. Ano 1, Vol. III, Dezembro 2010.

⁷² CVM - Comissão de Valores Mobiliários. Instrução Normativa nº 480/09: Dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários / Anexo 29-A: Informe sobre o Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas.

⁷³ PETROBRAS: Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/dez-perguntas-e-respostas-para-entender-a-compra-de-pasadena.htm>. > Acesso em 30 Mai 2020, às 17:00 hs.

superfaturada, estava em andamento. Em 03/03/2008, o Conselho de Administração não autorizou o fechamento do negócio e determinou que a matéria sobre a compra dos 50% remanescentes fosse reapresentada com informações complementares. Em nova reunião do colegiado em 08/05/2008 o Conselho transferiu a decisão para a reunião seguinte. No entanto, entre março e maio de 2008, quando o assunto ainda estava sendo submetido à consideração do Conselho de Administração da Petrobras, a Carta de Intenções (*LOI – Letter of Intention*), que acabou vinculando o negócio por preço exorbitante, já estava assinada desde dezembro de 2007⁷⁴. A considerar que a aprovação para a compra de ativos era de competência do Conselho de Administração da Petrobras⁷⁵, remanesce a seguinte questão: como admitir que uma proposta formal (*LOI*) estava em andamento com a ratificação da Diretoria Executiva, mas sem a aprovação do Conselho? Independentemente de existir regulamentação específica – estatuto ou regimento interno – a norma legal atribuiu àquele colegiado a diligência mínima e necessária para a proteção da companhia. Neste caso, mesmo sem a autorização do C.A., a *LOI* acabou vinculando a Petrobras ao negócio economicamente desvantajoso.

Este fato enseja o debate sobre o *enforcement* do Conselho de Administração: existe um efetivo poder do C.A. de interferir na dinâmica dos fatos, com autoridade e jurisdição para impedir uma determinada ação? Somos da opinião que o C.A. tem a competência de agir e tem a alçada para efetivar o cumprimento de uma ordem. Caso a Diretoria não a respeite, o C.A. deverá convocar imediatamente uma Assembleia Geral a comunicar o fato aos acionistas.

Segundo a Lei das S.A., o art. 142 fixa a competência do Conselho de Administração, nos termos de seus incisos:

“I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia”. Trata-se das diretrizes do Conselho de Administração para o planejamento estratégico da companhia, cujo escopo é a programação para médio e longo prazo; com avaliação

⁷⁴ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1099/2019 – TCU – Plenário. Trecho do Voto do Ministro Relator, Vital do Rêgo: *“(...) Essa expressiva diferença pode explicar as razões de o Conselho de Administração não ter aprovado os valores da Carta de Intenções ainda que a Diretoria Executiva tenha concordado com o exorbitante valor firmado pelo Sr. Nestor Cerveró e corroborado pelo Sr. José Gabrielli mediante assinatura da LOI. Lembro que o processo de submissão a aqueles colegiados só ocorreu cerca de cinco meses após a negociação dos citados responsáveis com o grupo belga”*.

⁷⁵ PETROBRAS. Regimento Interno do Conselho de Administração, aprovado em 28/06/2002: *“3.2 Compete privativamente ao Conselho de Administração deliberar sobre as seguintes matérias: (...) 3.2.5 constituição de subsidiárias, participações em sociedades controladas ou coligadas, ou a cessação dessa participação, bem como a aquisição de ações ou cotas de outras sociedades;(...)”*.

de ameaças e oportunidades e seus impactos positivos e negativos; avaliação de alterações societárias (fusões, aquisições etc.); *grau de tolerância admitida para a equação risco/retorno*; e as necessidades e expectativas dos *shareholders* e *stakeholders*⁷⁶. O orçamento geral, plano de investimentos, controle interno, temas críticos⁷⁷ devem ser contemplados no conceito de orientação geral dos negócios da empresa⁷⁸. Portanto, ainda que a lei defina, a princípio, uma atribuição genérica, o estudo do tema conduz a conceitos mais detalhados e determinados, afastando o conceito abstrato, trazendo concretude à competência definida na norma.

“II - *eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto*”. No caso da compra da Refinaria de Pasadena (Texas, EUA) descrito anteriormente, caso entendesse que a ratificação da *LOI* teria interferido na esfera de decisões privativas do colegiado, o Conselho de Administração teria competência legal para iniciar o processo de destituição dos diretores responsáveis. No caso da Companhia VALE SA, por exemplo, o Estatuto Social Interno admite que o Conselho de Administração eleja, avalie e destitua, a qualquer tempo, um diretor executivo⁷⁹. Esta competência do inciso II é a resposta ao *enforcement* que o C.A. necessita, uma vez que o descumprimento de uma orientação será objeto de advertência aos demais administradores que poderão ser destituídos por deliberação do Conselho.

“III - *fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos*”. Trata-se do poder-dever de vigiar os atos praticados pelos diretores no exercício da gestão da companhia. Conforme WALD, aos diretores cabe *a representação da companhia e a prática dos atos necessários*

⁷⁶ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. O papel do conselho de administração na estratégia das organizações. São Paulo, SP, 2017. (Série IBGC Orienta), pág. 22.

⁷⁷ Id., A responsabilidade dos administradores e o dever de diligência. GT Interagentes, 2014.

⁷⁸ PETROBRAS. Estatuto Social, aprovado na AGE de 30/09/2019. “Art. 29 – O Conselho de Administração é o órgão de orientação e direção superior da Petrobras, competindo-lhe: (...) II – aprovar, por proposta da Diretoria Executiva, o plano estratégico, os respectivos planos plurianuais, bem como planos e programas anuais de dispêndios e de investimentos, promovendo, anualmente, análise quanto ao atendimento das metas e dos resultados na execução dos referidos planos, devendo publicar suas conclusões e informá-las ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União”. Fonte: Disponível em: https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/15817/9512_714974..pdf. > Acesso em 24 Feb 2020, às 11:50 hs

⁷⁹ Companhia VALE SA. Estatuto Social aprovado na AGO e AGE em 13/04/2018. “Art. 14 - Compete ao Conselho de Administração: I. *eleger, avaliar e destituir, a qualquer tempo, os Diretores Executivos da sociedade, e fixar-lhes as suas atribuições*”. Fonte: Disponível em: http://www.vale.com/PT/investors/corporate-governance/Documents/EstatutoSocial_p.pdf. > Acesso em 24 Feb 2020, às 12:14 hs.

ao seu funcionamento regular⁸⁰, logo, compete ao Conselho de Administração supervisionar os atos de administração da diretoria que estiverem em desacordo com as boas práticas de governança corporativa e, sobretudo, estejam em desacordo com o estatuto, os valores, o objetivo e a responsabilidade social da empresa. O “manter-se atento” é pressuposto para o exercício da função de fiscalizar⁸¹; é ferramenta de cautela e atenção para o exercício do papel de guardião. Para o IBGC⁸² o Conselho de Administração deve exercer o *monitoramento permanente* para que as decisões da diretoria estejam alinhadas com os princípios e valores da sociedade. A violação ao dever de fiscalizar poderá caracterizar a responsabilização dos membros integrantes do colegiado por *culpa in vigilando* quando houver o *conhecimento efetivo ou potencial dos atos irregulares praticados*⁸³, exceto nos casos em que, ou não era a incumbência do Conselho ou a irregularidade não era perceptível ao homem ativo e probo (v. art. 153⁸⁴, *caput*, da Lei das S.A.). A atividade empresarial exige que o administrador tenha postura *profissional e especializada*, portanto, não basta que a diligência promovida pelo Conselho de Administração mantenha-se apenas na análise superficial dos fatos ou documentos⁸⁵. Se a lei determina (art. 153, Lei das S.A.) que o administrador deve empregar o *cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios*, caberia ao membro do Conselho de Administração, aprofundar-se no estudo dos assuntos relevantes para a atividade da companhia. E se o objeto da análise foge à sua esfera de competência técnica, poderia valer-se dos demais instrumentos colocados à sua disposição, tais como o Comitê de Auditoria⁸⁶ ou outros comitês técnicos, a exemplo do Comitê de

⁸⁰ WALD, Arnold. A evolução do regime legal do Conselho de Administração, os acordos de acionistas e os impedimentos dos conselheiros decorrentes de conflitos de interesses. Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais Direito Empresarial. Capítulo II – A evolução do conselho de administração na prática negocial. Ano 1, Vol. III, Dezembro 2010.

⁸¹ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. A responsabilidade dos administradores e o dever de diligência. GT Interagentes, 2014, pag. 14.

⁸² Id., Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP, 2015, p. 40.

⁸³ Tribunal de Contas da União. Acórdão 8799/2019 Primeira Câmara. Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Benjamin Zymler.

⁸⁴ Lei Federal nº 6.404/76. “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

⁸⁵ HENTZ, Luiz Antonio Soares. SABONGI, Camila Martinelli. O administrador e o seu dever de diligência nas sociedades anônimas. Revista de Direito Empresarial – RDEmp. Belo Horizonte, ano 13, n. 3, Set/Dez. 2016, pag. 8.

⁸⁶ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Orientações sobre comitês de auditoria: melhores práticas no assessoramento ao conselho de administração / Instituto Brasileiro de

Estratégia, de Finanças, de Riscos, de Sustentabilidade⁸⁷, entre outros. Cumprirá ao conselheiro a comprovação de que ele esgotou os meios disponíveis dentro da estrutura da sociedade. Sobre a atuação negligente do Conselho de Administração, a CVM⁸⁸ assim deliberou:

“(…) 29. Reconheço que a Acusação não se aprofunda no exame da conduta dos conselheiros, e parece assumir que os graves problemas identificados na Inspeção não poderiam ter perdurado sem a atuação no mínimo negligente do conselho de administração.

30. Noto, contudo, que embora não se possa atribuir ao conselho de administração as funções executivas próprias da diretoria, também não se pode aceitar que esse tenha um papel meramente passivo. No caso em tela, não há nenhum elemento que denote que o conselho de administração tenha tomado qualquer tipo de cuidado ou providência com o objetivo de estabelecer algum tipo de fiscalização sobre a gestão dos diretores. Nesse ponto, é importante ressaltar que a Companhia declaradamente buscava acessar o mercado de capitais, captando recursos junto ao público investidor para, supostamente, financiar o desenvolvimento de suas atividades.

31. Em um momento tão importante, os conselheiros de administração têm uma função importante a cumprir e devem estabelecer rotinas para acompanhar o trabalho da diretoria no processo de registro. Embora não se possa definir *ex ante* critérios específicos acerca do nível de profundidade dessa supervisão, que dependerá sempre das circunstâncias do caso concreto, não se pode admitir que o conselho de administração se furte de fiscalizar a diretoria, exercendo a competência que lhe é atribuída no artigo 142, inciso III, da Lei nº 6.404/76”.

Em nova deliberação, a CVM⁸⁹ ressaltou que, para evitar os efeitos da revisão judicial, o Poder Judiciário americano criou a chamada “regra da decisão negocial” (*business judgement rule*). Uma vez que a decisão negocial do Conselho de Administração pode ser revisada judicialmente, cria-se o efeito do “medo de decidir”, com efeito inibitório nas decisões mais significativas para a sociedade. Assim, na “regra da decisão negocial” a preocupação refugia-se no *processo que levou à decisão e não com o seu mérito*, exceto quando no mérito é constatado o elemento do dolo ou quando há manifesta incompetência ou desconhecimento⁹⁰. Conforme

Governança Corporativa, Instituto dos Auditores Independentes do Brasil. São Paulo, SP : IBGC/IBRACON, 2017.

⁸⁷ Id., Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP, 2015, p. 58.

⁸⁸ CVM - Comissão de Valores Mobiliários – Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2016/8914.

⁸⁹ Idem. Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2005/1443.

⁹⁰ O administrador não pode alegar falta de competência ou conhecimento técnico (cf. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 2005/1443), nem se alienar do processo decisório (cf. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 2005/8542).

exposto no julgamento da CVM⁹¹, o administrador, para não ser responsabilizado por não emprego do dever de diligência, deve adotar os seguintes princípios:

- “(i) Decisão informada: A decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação;
- (ii) Decisão refletida: A decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio; e
- (iii) Decisão desinteressada: A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os standards do dever de lealdade (*duty of loyalty*)”.

Portanto, o exercício do dever de diligência exigirá do administrador uma atuação proativa. Obviamente não se espera que o administrador seja um “sabe tudo” ou que faça uma completa e pormenorizada revisão de todos os atos da Diretoria. Seria uma tarefa árdua estabelecer um *critério para distinguir atos que o conselho de administração teria a obrigação de ter sabido*⁹². No entanto, seria exigível um mínimo de vontade em examinar os atos de gestão e, se dessa análise resultar em dúvida fundada, é dever do administrador investigar mediante, se preciso for, ajuda dos comitês ou de grupos constituídos especialmente para a anatomia de um determinado fato. O dever de investigar é corolário do dever de diligência, devendo o administrador analisar criticamente as informações que lhe são fornecidas e, ainda, apurar se tais informações carecem de complementação⁹³. Para

⁹¹ CVM – Comissão de Valores Mobiliários – Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2009/2610.

⁹² PAULIN, Luiz Alfredo. A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da Lei Bancária. Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial. Organizadores Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. Ano 1, Vol. III, Outubro 2010. Capítulo V – Desconsideração da Personalidade Jurídica. 51 – A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária.

⁹³ CVM - Comissão de Valores Mobiliários – Processo Administrativo Sancionador CVM nº 18/2008. Item 59. Fonte: Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2010/20101214_PAS_18_08.pdf. > Acesso em 17 Abr 2020, às 22:43 hs.

fins de responsabilização, toda conduta deve ser lida pela lente do dever de diligência⁹⁴.

Também o Código de Governança Corporativa alemão estabelece a obrigatoriedade de o Conselho de Administração assumir um papel ativo de fiscalização, além de condicionar este objetivo ao aperfeiçoamento da *cultura de discussão no interior* do colegiado⁹⁵.

Conforme o art. 158⁹⁶, § 1º, da Lei das S.A., o membro do Conselho de Administração não será responsável pelos atos ilícitos da Diretoria, *salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir*. No caso deste dispositivo legal deve prevalecer a regra da responsabilidade pessoal e subjetiva do administrador⁹⁷.

Ainda sobre o dever de diligência investido na competência de fiscalização, a decisão da Suprema Corte de Delaware (EUA, 11/06/1984), no caso *Smith versus Van Gorkom*, considerou culpado o Conselho de Administração em face da violação ao dever de diligência, uma vez que não informou corretamente os acionistas sobre a vantajosidade da operação de fusão entre duas companhias⁹⁸.

“IV - convocar a assembleia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132”. Se considerarmos que o Conselho de Administração é o elo de ligação entre Diretoria Executiva e Acionistas, eventual constatação de irregularidade nos atos de gestão, quando não puder ser resolvida dentro do espectro de atribuições do Conselho – a exemplo da necessidade de alteração do estatuto social, de competência privativa da Assembleia Geral –, poderão ser levados ao conhecimento

⁹⁴ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1087.

⁹⁵ ALBUQUERQUE, Roberto de Araújo Chacon. A proteção ao investidor no Código de Governança Corporativa alemão. Revista Direito GV, vol. 4, nº 1. São Paulo Jan./Jun.2008. *“O Conselho de Administração deve assumir um papel ativo na fiscalização do funcionamento da empresa (Código, art. 3.4, § 1.º), o que não será alcançado sem o aperfeiçoamento da cultura de discussão no interior do próprio Conselho de Administração”*.

⁹⁶ Lei Federal nº 6.404/16: “Art. 158 (...) § 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral”.

⁹⁷ CVM - Comissão de Valores Mobiliários – Processo Sancionador nº 03/1997. Fonte: Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2004/20040909_PAS_03_97.pdf. > Acesso em 18 Abr 2020, às 18:00 hs.

⁹⁸ EUA. Suprema Corte de Delaware. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1985/488-a-2d-858-4.html>. > Acesso em 24 Fev 2020, às 18:21 hs

dos acionistas mediante convocação extraordinária da assembleia geral (art. 123 da Lei das S.A.).

“V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria”. Da mesma forma em que nos posicionamos pela necessidade do dever de diligência, na ocasião do comentário ao inciso III do art. 142 da Lei das S.A., a análise e deliberação sobre o relatório da administração exigirá a cautela própria de um profissional do mercado e que conheça o segmento de atuação da companhia. Se a sociedade atuar no mercado financeiro, é prudente que o Conselho de Administração seja composto por profissionais experientes na área financeira e de governança corporativa também neste segmento. Nesse caso, se o conselheiro manifestar desconhecimento técnico sobre algum assunto relacionado à administração ou às contas da diretoria, poderá requerer avaliação do comitê especializado e, assim, munido do laudo técnico, poderá chegar a uma *decisão informada, refletida e desinteressada (business judgement rule)*⁹⁹ com base em informações razoavelmente disponíveis e relevantes para a tomada de decisão, caso contrário poderá comprometer-se por não demonstrar o dever de diligência¹⁰⁰. O conceito de “diligência” contempla, também, a ação de zelar pelas estruturas de controle interno¹⁰¹ e, especialmente, zelar pela eficácia do sistema, sob pena de violar o “dever de cuidado” do C.A.¹⁰².

⁹⁹ CVM - Comissão de Valores Mobiliários – Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2005/1443.

¹⁰⁰ Id., Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2005/8542: “(...) 52. Nos trechos acima transcritos, o Indiciado confessou que não exerceu qualquer ponderação, censura, reparo, revisão, análise ou julgamento sobre as decisões de realizar as operações discutidas neste processo e, o que é pior, confirmou sua total alienação ao processo, ao imputar a decisão de compra dos ativos a terceiro não contratado (ou habilitado) para a função. Enfim, *confessou a falta de diligência* e, portanto, eu já poderia concluir aqui pela sua condenação, especialmente porque essa *alienação ao processo decisório* não é desmentida nas defesas, nem nelas se traz argumentos para relativizar a falta da diligência assumida explicitamente na resposta acima transcrita”.

¹⁰¹ Id.: “*Não é razoável que se presuma que conselheiros que não raro nem têm expertise financeira sequer reconheçam, em alguns casos, red flags que, para especialistas, seriam evidentes. Mas esses conselheiros devem, por outro lado, preocupar-se com a adequação dos controles internos, com a capacidade que estes têm de impedir determinadas situações ou de gerar sinais de alerta. Vale dizer, diligência é, também, zelar pela estruturação dos controles internos daqueles mecanismos com que se lidará com a complexidade do ambiente em que a companhia atua. E isso, a bem da verdade, não é invencionice: trata-se tão-somente de leitura dos deveres de "bem administrar" e de "vigiar", que sempre estiveram no núcleo do mais amplo dever de diligência. É a mesma diligência, mas, aplicada a uma situação mais complexa.*” - voto do Diretor Otávio Yazbec, proferido nos autos do PAS 18/08, julgado em 14.02.2010.

¹⁰² Id., Processo Sancionador nº 01/2011. Banco Panamericano. “*Sistemas de controles internos e de riscos ineficazes constituem violação ao dever de cuidado da alta administração em exigir que eles fossem adequados às operações realizadas pela diretoria*”.

“VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir”. O preceito legal dispõe, de forma genérica e ampla, sobre o dever de manifestação sobre *atos ou contratos*, desde que o estatuto assim exigir. Com base nesta premissa, voltamos ao questionamento se o Conselho de Administração *pode* ou *deve* avaliar atos ou contratos da companhia. Obviamente, no caso em que o *estatuto assim o exigir*¹⁰³, não remanescerá qualquer dúvida de que o Conselho deverá manifestar-se, em juízo de análise e deliberação, sobre eles. Como dito anteriormente, seria uma tarefa árdua (ou, na nossa opinião, quase impossível) do Conselho revisar todos os atos de gestão da Diretoria, razão pela qual a interpretação razoável do presente dispositivo é aquela em que o Conselho de Administração deveria se manifestar sobre os *atos e contratos de importância*¹⁰⁴, ou seja, aqueles que tenham por objeto *assuntos* de maior relevância e de repercussão considerável nas atividades da empresa. Caso contrário, o Conselho de Administração se tornaria órgão de revisão ou ratificação dos atos de gestão, o que nos parece inviável. A análise das matérias relevantes e que possam trazer efeitos civis (de reparação; indenização) ou criminais (p.ex.: crimes ambientais¹⁰⁵; crimes de exposição a perigo¹⁰⁶) à companhia, estas sim merecem a análise e manifestação do colegiado. Ainda assim, subsistirá a dúvida se o Conselho de Administração só deve se manifestar nos *atos e contratos* relevantes à empresa, ou podem os conselheiros, independentemente de previsão regimental, avocar a análise da matéria. Consoante mencionado nos capítulos anteriores, subsiste o dever de diligência nas matérias submetidas à deliberação do Conselho de Administração e, ainda, o dever de fiscalização e monitoramento dos atos da Diretoria, pois, conforme

¹⁰³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. No relatório que fundamentou o Acórdão nº 2284/2017 – Plenário, foi dada nova interpretação ao inciso VI do art. 142: “(...) 92. A legislação societária brasileira, Lei 6.404/76, em seu art. 142, dispõe sobre as competências do conselho de administração. Dentre elas destacamos aquelas dispostas nos incisos I, III e VI, quais sejam: ... *manifestar-se previamente sobre atos e contratos, quando o assunto assim o exigir*”.

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 2 (livro eletrônico). Direito de Empresa. 2 ed. em e-book baseada na 21ª ed. impressa. Capítulo 23, 3 – Conselho de Administração. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁰⁵ Lei Federal nº 9.605/1998: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

¹⁰⁶ CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Art. 132: “Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: ...”.

apontado por ULHOA¹⁰⁷, o Conselho de Administração é órgão *deliberativo e fiscalizador*.

A respeito desse assunto – de análise de atos e contratos – nos parece que há dois evidentes exemplos brasileiros: no primeiro, a competência do Conselho de Administração é baseada em descrições genéricas, como no caso da regulamentação interna da companhia VALE S.A. O Regimento Interno do Conselho de Administração da VALE¹⁰⁸ consigna no capítulo V, que compete ao Conselho de Administração a orientação geral dos negócios, a estratégia, o acompanhamento e avaliação da gestão.

Este exemplo de *descrição* (mais) *genérica* das atribuições do Conselho de Administração foi, inclusive, indicado no julgamento do HC 1.029.985-02.2018.4.01.0000¹⁰⁹, que resultou no trancamento da ação penal em relação aos membros do Conselho de Administração da empresa Samarco, conforme excerto do Acórdão: “(...) Ao Conselho de Administração, que se reúne quadrimestralmente, incumbe somente a orientação geral da companhia; não a execução de obras recomendadas pelos órgãos técnicos”.

Já no segundo exemplo, o Conselho de Administração é alçado à posição de permanente fiscal dos atos e contratos. No caso do *Estatuto Social* da Petrobras¹¹⁰, o art. 29, VI, consignou que o Conselho de Administração deverá aprovar atos ou

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 2 (livro eletrônico).Direito de Empresa. 2ª ed. em e-book baseada na 21ª ed. impressa. Capítulo 23, 3 – Conselho de Administração. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁰⁸ VALE SA. Regimento Interno do Conselho de Administração: “5.1 Em linhas gerais, o Conselho de Administração será responsável por estabelecer a orientação geral dos negócios, definir a estratégia da Sociedade e de suas controladas e acompanhar e avaliar a gestão, exercendo as atividades de sua competência estabelecidas na legislação aplicável, no Estatuto Social e nas normas internas da Sociedade”. Fonte: Disponível em: http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/leadership/board/Documents/18ea%20-%20REGIMENTO%20INTERNO%20CA%20v12_2018.pdf. > Acesso em 25 Fev 2020, às 11:55 hs.

¹⁰⁹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – TRF4 – no Processo nº 1029985-02.2018.4.01.0000: “(...) Além disso, a figura jurídico-penal do art. 13 do Código Penal se reporta a deveres de agir impostos à pessoa natural, enquanto a denúncia aponta, indevidamente, na posição de garantidor, o Conselho Administrativo da Samarco, órgão que, de resto, não exerce a gestão nem a execução da política gerencial da empresa, que fica a cargo da Diretoria Operacional. Ao Conselho de Administração, que se reúne quadrimestralmente, incumbe somente a orientação geral da companhia; não a execução de obras recomendadas pelos órgãos técnicos (Estatuto – art. 15)”. No julgamento dos HCs 70.468-62.2016.4.01.0000 e 1.016.801-42.2019.4.01.0000 foi utilizado o mesmo fundamento para o trancamento das ações penais dos respectivos conselheiros.

¹¹⁰ Petrobras. Estatuto Social. Aprovado na Assembleia Geral Extraordinária de 30 de setembro de 2019. “Art. 29 - ... VI- aprovar o valor acima do qual os atos, contratos ou operações, embora de competência da Diretoria Executiva ou de seus membros, deverão ser submetidos à aprovação do Conselho de Administração.”. Fonte: Disponível em: https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/15817/9512_714974..pdf. > Acesso em 25 Fev 2020, as 11:34 hs.

contratos acima de determinado valor. Corroborando com este intuito fiscalizatório, o *Regimento Interno* do Conselho de Administração da Petrobras¹¹¹, constou expressamente a competência delegada a “cada conselheiro”, o acompanhamento da gestão da Diretoria, examinando e solicitando esclarecimentos sobre contratos e quaisquer outros atos, antes ou depois de celebrados. Neste caso específico, o regimento atribuiu responsabilidade individual para que cada conselheiro exerça o dever de vigilância, conforme preconizado no art. 158, § 1º, da Lei das S.A.¹¹².

“VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição”. Sob o contexto do risco à companhia e à responsabilidade individual do conselheiro, a emissão de ações com o propósito de captação de recursos ou aumento do capital social, em desacordo com o art. 13¹¹³ (emissão de ações por preço inferior ao seu valor nominal), ou ao § 7º do art. 171 (falta de justificativa adequada do critério contábil), ambos da Lei das S.A., podem imputar responsabilidade penal por não cumprimento ao dever de diligência.

“VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros”. O inciso VIII do art. 142 também reserva importantes decisões para o Conselho de Administração. Neste caso, diferentemente dos incisos anteriores em que a competência é definida *“quando previsto no estatuto”* ou *“quando o estatuto assim o exigir”*, a decisão de autorização para determinados atos da companhia ocorre *“se o estatuto não dispuser em contrário”*, logo, sendo o estatuto silente sobre esta alçada decisória, a atribuição do inciso VIII passa a ser obrigatória no espectro de decisões do Conselho. A *alienação de bens do ativo não circulante* (venda de bens registrados na contabilidade da companhia como aqueles que têm relação com o funcionamento ou desempenho das atividades); a *constituição de ônus reais* (são as obrigações, constringências ou gravames sobre os

¹¹¹ PETROBRAS. Regimento Interno do Conselho de Administração, aprovação em 29-05-2019. Fonte: Disponível em: https://www.investidorpetrobras.com.br/fck_temp/1013_39/file/Regimento%20Interno%20do%20Conselho%20de%20Administra%C3%A7%C3%A3o_aprov%20CA%2029-05-2019.pdf. > Acesso em 25 Fev 2020, às 11:41 hs.

¹¹² Lei Federal nº 6.404/76: “Art. 158 - ... § 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. (...)”.

¹¹³ Lei federal nº 6.404/76: “Art. 13. É vedada a emissão de ações por preço inferior ao seu valor nominal. § 1º A infração do disposto neste artigo importará nulidade do ato ou operação e responsabilidade dos infratores, sem prejuízo da ação penal que no caso couber”.

bens da companhia); e a *prestação de garantias a obrigações de terceiros* (conceder garantias sem que o terceiro tenha lastro financeiro suficiente a arcar com eventual execução daquela garantia, pode ser caracterizado como ato de *gestão temerária*¹¹⁴; ou, ainda, dar ensejo a operações de garantia em percentuais não permitidos em relação ao patrimônio líquido da instituição financeira). Como visto, trata-se de alçada decisória de relevância para os negócios da empresa.

“IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver”. Juntamente com os incisos I a V do art. 142, o inciso IX também se encontra adstrito à órbita das matérias de competência privativa do Conselho de Administração. Conforme a Instrução CVM nº 480/09, o Conselho de Administração deverá zelar pela *independência dos auditores independentes*¹¹⁵ impedindo que seja realizada a contratação de auditor independente que tenha prestado serviços de auditoria interna na companhia há menos de três anos. A auditoria independente reportar-se-á ao Conselho de Administração por meio do Comitê de Auditoria¹¹⁶. Este comitê tem por atribuição opinar ao Conselho de Administração sobre a escolha ou destituição do auditor independente (pessoa física ou jurídica), bem como: supervisionar a independência e objetividade do auditor; monitorar a qualidade dos serviços entre outras atribuições¹¹⁷.

No mesmo diapasão da Lei das S.A., a Lei das Estatais (Lei 13.303/16) regulamentou a atuação dos auditores independentes, estabelecendo, no art. 24, a obrigatoriedade de possuir o Comitê de Auditoria Estatutária – CAE, como órgão auxiliar do Conselho de Administração. E, ao CAE, competirá *supervisionar as atividades dos auditores independentes, avaliando sua independência, a qualidade dos serviços prestados e a adequação de tais serviços às necessidades*¹¹⁸ da empresa estatal.

¹¹⁴ Lei Federal nº 7.492/86. Define os crimes contra o sistema financeiro brasileiro.

¹¹⁵ CVM - Comissão de Valores Mobiliários. Instrução Normativa nº 480/09. Anexo 29-A, item 24.

¹¹⁶ Id., Instrução Normativa nº 509/11. Dispõe sobre a instalação de Comitê de Auditoria Estatutário – CAE.

¹¹⁷ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – Orientações sobre comitês de auditoria: melhores práticas no assessoramento ao conselho de administração / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, Instituto dos Auditores Independentes do Brasil. São Paulo, SP: IBGC/IBRACON, 2017.p.23.

¹¹⁸ Lei Federal nº 13.303/2016. “Art. 24 - ..., § 1º Competirá ao Comitê de Auditoria Estatutário, sem prejuízo de outras competências previstas no estatuto da empresa pública ou da sociedade de economia mista: I - opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente; II - supervisionar as atividades dos auditores independentes, avaliando sua independência, a qualidade dos serviços prestados e a adequação de tais serviços às necessidades da empresa pública ou da sociedade de economia mista”.

Em relação às competências definidas pelo art. 142 da Lei das S.A. nota-se que os três primeiros incisos investem o conselheiro de considerável dever de vigilância sobre atos da diretoria (orientação dos negócios; eleição e destituição de diretores; e fiscalização da gestão e dos negócios da empresa). No nosso entendimento o exercício da vigilância não está restrito aos atos de administração praticados pela Diretoria, mas poderá estender-se também em relação às fontes de perigo de outros departamentos ou subordinados, levadas ao conhecimento do C.A. O poder de destituição do diretor assim como a competência para fixar-lhe as atribuições, é demonstração do poder coercitivo (*enforcement*) a que o conselheiro está investido no exercício de seu dever de vigilância.

2.2 Controle de Legalidade da Sociedade

A questão que se apresenta é se ao Conselho de Administração, de fato, cabe o controle da legalidade e legitimidade, mediante atividade de fiscalização dos atos de gestão dos diretores, bem como o exame dos livros, papéis, contratos celebrados ou a celebrar, conforme preconizado no inciso III do art. 142 da Lei 6.404/76; e se esse controle da legalidade indicado no preceito legal teria como resultado a atribuição da posição de garante ao Conselho de Administração¹¹⁹.

CARVALHOSA assevera que cabe ao Conselho de Administração o controle da legalidade e da legitimidade (interesse social, abuso e desvio de poder) dos atos praticados pelos diretores. *O exercício permanente do controle de legalidade e da legitimidade dos atos dos diretores enquadra-se entre os deveres de diligência.* E, ainda, qualquer membro do Conselho, mesmo sem prévia autorização do colegiado, é competente para requerer informações relevantes aos diretores¹²⁰.

Para o IBGC, referido órgão colegiado tem o dever de fiscalizar os Atos da Diretoria, sendo um “poder-dever” que *impõe aos administradores o controle da legalidade e legitimidade de todos os negócios dos quais a Companhia faça parte.* O

¹¹⁹ Soma-se à questão *sub examine*, o fato de que o Conselho de Administração das empresas Estatais recebeu novas competências previstas no art. 18 da Lei 13.303/76, a exemplo da implementação e supervisão de sistemas de gestão de riscos e de controle interno para prevenção e mitigação dos principais riscos a que está exposta a estatal. Ou seja, o legislador não só atribuiu as competências do art. 142 da Lei 6404/76, como também criou novas alçadas de fiscalização.

¹²⁰ CARVALHOSA, Modesto. Sociedades anônimas [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 2. ed. -- São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018. Coleção Tratado de direito empresarial; v. 3 / coordenação Modesto Carvalhosa. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo XV. Administração. 2. Competências do Conselho de Administração.

mesmo Instituto assevera que o Conselho pode convocar os diretores para prestar esclarecimentos nas reuniões do órgão deliberativo, o que pressupõe amplo poder de fiscalização sobre os atos da Diretoria¹²¹.

De toda forma, o exercício do controle da legalidade tornaria o Conselho de Administração guardião dos atos praticados pela Diretoria. Conforme já citado, o Conselho de Administração tem por atribuição antecipar os riscos¹²² e, ainda, exercer a função de guardião dos princípios e valores, além de monitorar os atos da diretoria, sendo o elo entre esta e os sócios¹²³.

Conforme dito anteriormente, não é possível que o Conselho de Administração exerça um “juízo de revisão” de todo e qualquer ato gerencial praticado pela Diretoria, mas o colegiado irá dispor de ferramentas (grupos, comissões ou comitês) que podem auxiliá-lo na mineração dos dados. Ao surgir sinais de alerta, o administrador tem o dever de investigar, sob pena de violar do dever de diligência previsto no art. 142, III; art. 153, *caput*¹²⁴; e art. 158, §1º; todos da Lei das S.A.¹²⁵

Os comitês técnicos poderão fazer o trabalho de depuração da informação, assim como o departamento responsável pelo programa de integridade (*compliance*) poderá exercer a função de “garimpo” para selecionar, dentre o volume bruto de informações, aquelas que, de fato, podem representar algum risco à companhia.

Para que o Conselho de Administração estivesse na posição de garante, a norma deveria ser clara ao determinar que os conselheiros tivessem o “dever jurídico de agir”. Mas é o cargo de administrador que determinará a posição de garantidor? Ou deverá existir elemento que resulte na incontroversa atribuição do membro integrante do Conselho de Administração que estipule o “dever de agir”?

¹²¹ IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. A responsabilidade dos administradores e o dever de diligência. GT Interagentes, 2014, p. 25/6.

¹²² Id., O papel do conselho de administração na estratégia das organizações. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP, 2017. (Série IBGC Orienta), p. 7.

¹²³ Id., Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP, 2015, p. 39.

¹²⁴ Lei Federal nº 6.404/76. “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

¹²⁵ CVM - Comissão de Valores Mobiliários: “[u]ma vez detectados sinais de alerta que levem o administrador a suspeitar de que algo não está correto, incide sobre ele o dever de investigar esses pontos, buscando esclarecimentos até que esteja seguro de que está lidando com a situação corretamente.” Na mesma oportunidade, afirmou-se que, “(...) caso diante da existência dessas circunstâncias de alerta o administrador se omita em seu dever de investigar, ocorre então uma quebra no dever de diligência. PAS CVM nº 25/03, Rel. Dir. Eli Loria, julgado em. 25.3.2008.

E, ainda, o art. 158, § 1º, da Lei das SA, teria conferido esta posição de garante aos administradores? A análise literal do texto legal pode conduzir a conclusões diversas. Mesmo assim, na sua literalidade, o preceito do art. 158, § 1º, estabeleceu que o administrador será responsável pelos atos ilícitos: (i) se com eles for *conivente*; se, ainda que não tenha conhecimento, (ii) *negligenciar* em descobri-los; ou, por fim, se deles tiver conhecimento, (iii) *deixar de agir*. Em uma primeira abordagem sobre a responsabilidade penal dos membros integrantes do Conselho de Administração, ESTELLITA afirmou que a expressão “atos ilícitos” referem-se à matéria civil, não penal, uma vez que a interpretação do parágrafo primeiro juntamente com o *caput* do art. 158, indica responsabilidade civil¹²⁶.

A expressão *ser conivente* permite concluir que o administrador participou de forma comissiva ou omissiva do ato ilícito, contribuindo de alguma forma para a consumação da conduta típica, nos termos do artigo 29, *caput*, do Código Penal Brasileiro¹²⁷. Havendo prova de que houve contribuição efetiva para a consumação do delito, a responsabilidade penal, neste caso, será incontroversa.

Quanto à *negligência em descobrir* os atos ilícitos, seria necessário determinar a dimensão do poder-dever de investigação do Conselho de Administração. Caberia ao Conselho fiscalizar todo e qualquer ato e contrato da Diretoria, instalando na companhia verdadeira instância de validação dos atos de administração? Acreditamos que este não seja o propósito do dispositivo legal, uma vez que o Conselho deixaria de exercer sua função de orientação geral dos negócios da companhia para dedicar-se, exclusivamente, ao reexame do grande volume de atos gerenciais da Diretoria. Contudo, este entendimento não permite concluir que o Conselho de Administração não deva ocupar-se da fiscalização dos atos e contratos, muito pelo contrário, a vigilância deve existir dentro de critérios que estabeleçam um equilíbrio na atuação do colegiado, não se admitindo o excesso de atuação que inviabilize o exercício da competência originária do Conselho, mas não permita a omissão do dever de investigar aquilo que possa ser identificado como fonte de perigo.

¹²⁶ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1ª ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.41.

¹²⁷ Código Penal Brasileiro. Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Por outro lado, o Conselho de Administração não pode ser responsabilizado por informações relativas à gestão da empresa “*que não chegaram ao conhecimento do conselho para providências ou decisões*”¹²⁸. Complementando esta posição, mormente com base no § 1º do art. 158 da Lei das S.A., *os membros do conselho de administração não respondem por atos da diretoria dos quais não tiveram conhecimento, exceto se negligenciarem em descobri-los*¹²⁹.

Para o relator do acórdão na Apelação Criminal nº 2005.61.81.002883-8, o Desembargador FAUSTO DE SANCTIS, ao administrador – diretores – incide a regra do art. 158, § 1º, da Lei das SA que “*deixa claro o dever de evitar o resultado*” assim como “*posição de garante dos administradores de Sociedades Anônimas*”¹³⁰. Neste caso, ao mencionar o art. 158, § 1º, que também se aplica aos membros do Conselho de Administração, o dever de diligência conduz ao dever de vigilância, o que, conforme o citado relator, avoca o dever de evitar o resultado.

Ainda sobre o dever de diligência, ADAMEK leciona que o administrador diligente deve: ser ativo; possuir juízo crítico; buscar informações relevantes às decisões de maior importância; aprimorar-se no exercício de sua função; e desconfiar de tudo “*por dever de ofício*”. No entanto, reconhece o autor que é compreensível a confiança em seus pares e subordinados em determinadas situações sob pena de exigir “*diligência extraordinária*” do conselheiro¹³¹.

¹²⁸ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Direito Empresarial, Societário - vol. 1. Doutrina, processos e procedimentos. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1 ed. Em e-book baseada na 1 ed impressa. 2015. Cap. 5 – Sociedades em Espécie.

¹²⁹ PAULIN, Luiz Alfredo. A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da Lei Bancária. Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial. Organizadores Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. Ano 1, Vol. III, Outubro 2010. Capítulo V – Desconsideração da Personalidade Jurídica.

¹³⁰ TRF 3ª Região. Apelação Criminal n.º 2005.61.81.002883-8, Rel. Desembargador Federal Fausto De Sanctis, Décima Primeira Turma, TRF3, julgado em 21.02.2018, DJe 23.02.2018: “(...) 9-Os diretores possuem a responsabilidade de proteger o bem jurídico e, portanto, de impedir condutas lesivas atentatórias ao Sistema Financeiro Nacional ao assumirem seus encargos. *Nesses termos, incidem as regras do artigo 158, § 1º, da Lei nº. 6.404/1976, que deixa claro o dever de evitar o resultado, e do artigo 13, §2º, "a", do Código Penal, quanto à posição de garante dos administradores de Sociedades Anônimas, com fundamento no dever legal.* As empresas das quais os acusados eram diretores são Sociedades Anônimas, fazendo valer a regra que os obriga ao dever de cuidado. Portanto, houve omissão penalmente relevante por ambos os acusados, responsáveis que são pelo delito, isto é, ambos deram causa ao resultado delituoso omitindo-se do dever de evitar as irregularidades na operacionalização do RENDCONTA, já que a lei impunha a eles obrigação de cuidado e vigilância, bem como a obrigação de agirem no sentido de evitar tais irregularidades. Não se trata de responsabilização objetiva, mas de imputação *àqueles que se omitiram dolosamente quando, pela lei, tinham o dever de agir*”.

¹³¹ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatas. São Paulo. Ed. Saraiva, 2009, p. 135/136.

Caberia, portanto, ao Conselho, separar dentre os inúmeros atos de administração, aqueles que podem representar algum perigo à companhia ou representar algum tipo de risco que possua relevância penal. Seriam os Comitês ou o Departamento de *Compliance* os órgãos que poderiam fazer esta separação daquilo que realmente interessa ao Conselho para o exercício de controle? Nos parece que, se ao Conselho é dada a competência para criar as ferramentas de investigação ou monitoramento, ele teria condições de encontrar as fontes de perigo e realizar a supervisão com maior aprofundamento nos pontos que, sob a óptica dos órgãos técnicos, haveria risco.

A omissão ao dever de agir pode eclodir na hipótese de o Conselho de Administração receber uma determinada informação que permita o conhecimento de um ato ilícito. Nesse caso, talvez a forma com que a informação tenha chegado aos ouvidos dos conselheiros – *v.g.* canal de denúncia¹³², investigação interna, Comitê de Auditoria¹³³ ou outra forma de obtenção de informação – não tenha grande relevância. O que importa é que o conhecimento de um fato que revele a existência de uma fonte de perigo ou, por exemplo, que um dos diretores apresentou um relatório com informações falsas, coloca a companhia em situação de risco a exigir uma ação efetiva dos conselheiros. Para ROXIN IMME, há um dever de *intervenção do administrador do negócio quando irregularidades vêm à tona*¹³⁴. Se a conduta ilícita é prejudicial às atividades da empresa, ou se impactará os interesses dos *shareholders* ou *stakeholders*, o Conselho de Administração não pode manter-se inerte, sob pena de responsabilização dos membros por omissão imprópria, assunto que será tratado com mais detalhe no próximo capítulo.

Neste caso, o art. 142 da Lei das S.A. teria atribuído a posição de garante ao Conselho de Administração?

Analisando mais uma vez o disposto no art. 142, há competências auto-aplicáveis, ou seja, não precisam de instrumento interno para definição da competência, tais como os incisos: *I - fixar a orientação geral dos negócios da*

¹³² CARVALHO, André Castro. ALVIM, Tiago Cripa. Linha ética: funcionamento da denúncia, papel do denunciante e uso do canal de denúncias. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.161.

¹³³ Lei Federal nº 13.303/2016. “Art. 24 - ... § 2º O Comitê de Auditoria Estatutário deverá possuir meios para receber denúncias, inclusive sigilosas, internas e externas à empresa pública ou à sociedade de economia mista, em matérias relacionadas ao escopo de suas atividades”.

¹³⁴ ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. Tradução de Alaor Leite e Adriano Teixeira. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Caderno Especial – 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais. 2015. p. 73.

companhia; III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos; IV - convocar a assembleia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132; V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria; IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

Há, entretanto, competências que dependerão da previsão do estatuto ou regimento interno, tais como: *II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto; VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir; VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição; VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros.*

Assim, independentemente de previsão estatutária ou regimental, o Conselho de Administração terá por competência, portanto, dever legal de: a) fiscalizar a gestão dos diretores; b) examinar a qualquer tempo atos, contratos, livros e papéis da companhia; c) manifestar-se sobre o relatório e contas da diretoria. Estas competências colocam os conselheiros na posição de garantes? Seriam eles responsáveis por descobrir o balanço fraudulento destinado a aumentar o bônus da diretoria ou, em outro exemplo, pela omissão na manutenção da estabilidade das barragens, nas tragédias de Mariana e Brumadinho? É possível controlar toda e qualquer fonte de perigo?

Em uma análise mais rigorosa, é possível interpretar que a Lei, ao indicar a responsabilidade do Conselho em face da negligência em descobrir as fontes de perigo à Companhia, parece ter entregue nas mãos de cada membro integrante do colegiado a função de descobrir aquilo que pode causar dano à empresa. Nesse sentido, trata-se de uma delegação do dever de vigilância dos acionistas – verdadeiros proprietários da companhia – aos membros do Conselho. E como toda delegação, há pressupostos para que o outorgado tenha condições de exercer os poderes e atribuições da delegação. Se ao Conselho é dado todos os meios possíveis para descobrir fontes de perigo, tais como: recursos financeiros, comitês técnicos, *compliance* e amplo acesso às informações da companhia, a não descoberta daquilo que seria possível descobrir com a atuação diligente do

Conselho, avocaria a responsabilidade ao colegiado. Em outras palavras, o Conselho negligenciou em identificar um risco existente, perceptível, acessível e reconhecível. Para eximir-se da responsabilidade, caberia ao Conselho ou ao conselheiro provar que o fato ilícito se encontrava inacessível ou impossível de ser descoberto com as ferramentas legais, técnicas e jurídicas, colocadas à disposição.

A situação parece ficar um pouco pior se o Conselho, tendo conhecimento do fato ilícito, deixou de agir de forma eficaz.

Sob outra perspectiva, se o fato criminoso é tratado de forma sigilosa no âmbito da Diretoria, mas o Conselho, mesmo tendo atuação proativa não encontrou meios de descobri-lo, é o caso de exoneração da responsabilidade. Vale dizer que, dentre os meios que lhe foram disponibilizados, tenha exercido o dever de diligência esperado de qualquer administrador probo e, ainda assim, não teve condições de apurar o ilícito, seria o caso de impossibilidade de imputação sobre um ato de delinquência que não foi descoberto, mesmo com a atuação diligente. Nesta circunstância, nos parece que o Conselho não tinha condições de identificar a fonte de perigo, pois a mesma era tratada de forma sigilosa.

Mais questões: a existência de previsão legal – art. 142, incisos I, III, IV, V e IX, da Lei das SA – poderia indicar a conduta para tipificar o crime por omissão imprópria, previsto no art. 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal¹³⁵ a ser imputado aos conselheiros? Tendo o poder de agir e evitar o resultado, já que o Conselho de Administração detém competências que lhe permitem a investigação – sobretudo o inciso III do art. 142 da Lei das S.A. – estariam os conselheiros na posição de garantidores de vigilância ou proteção?

A posição de garantidor exige: a) a clareza na atribuição de responsabilidade do dever de agir e de proteção do bem jurídico tutelado pela norma; b) a competência para agir; c) a existência de meios que pudessem permitir a detecção da fonte de perigo; e d) uma vez identificado o ilícito ou a fonte de perigo, é necessária a existência do *poder de mando*¹³⁶, dotado de *enforcement* a impedir que o ilícito ocorra ou que a fonte de perigo seja controlada.

¹³⁵ Código Penal Brasileiro: “13, § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância”. b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

¹³⁶ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe da APn470 do STF. 3.4. Domínio do fato, posição de comando e responsabilidade do superior por fato de terceiros. Revista Brasileira de Ciências

Ao comparar os preceitos legais contidos no *caput* e incisos do artigo 142 da Lei das SA e, ainda, no art. 158, § 1º, do mesmo diploma federal, em relação ao disposto no art. 13, § 2º e alíneas, do CP; exsurge a dúvida: é possível que a Lei das S.A. tenha estabelecido *obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*, ao conselheiro? Vejamos a Tabela 1:

Tabela 1 - Comparação entre os artigos 142, 153 e 158 da Lei das S.A. com o art. 13, § 2º, do Código Penal

| LEI DAS AS | CÓDIGO PENAL – ART. 13 |
|--|--|
| <p>Art. 142. Compete ao conselho de administração:</p> <p>(...) III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos; (..)</p> <p>V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria.</p> <p>Art. 158, § 1º:</p> <p>§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. ...”.</p> | <p>§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:</p> <p>a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;</p> <p>b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;</p> <p>c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.</p> |

Fonte: o próprio autor.

Para ROXIN IMME, a criação da empresa já seria, por si só, uma fonte de perigo a ser monitorada, na medida em que suas atividades podem afetar os bens jurídicos de terceiros. Nessa posição, o administrador da empresa seria um garantidor da vigilância – restrito às atividades da empresa –, a manter a fonte de perigo sob controle, para que as atividades da companhia não acarretem danos penalmente relevantes a terceiros¹³⁷. Da mesma forma CRESPO vê a empresa como um “foco de perigo” e, portanto, o empresário se converteria naturalmente em “garante-vigilante”¹³⁸.

Sob outra óptica, os membros do Conselho de Administração não podem ser responsabilizados por ilícitos da Diretoria que não chegarem ao seu conhecimento. Se as informações sobre abuso de poder ou infração à lei ou ao estatuto forem sonegadas ao conhecimento, o colegiado não pode ser responsabilizado¹³⁹. Mas este posicionamento passivo do Conselho de Administração encontra resistência de outros autores.

¹³⁷ ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. Tradução de Alaor Leite e Adriano Teixeira. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Caderno Especial – 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais. 2015. p. 67.

¹³⁸ CRESPO, Eduardo Demetrio. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. Ed. Colex, 2008, Espanha. p. 81.

¹³⁹ ZAITZ, Daniela. Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas e por quotas de responsabilidade limitada. RT 740/11, jun. 1997.

O dever de diligência (art. 153 da Lei das S.A.¹⁴⁰) obrigaria o membro integrante do Conselho de Administração a agir de forma ativa, desconfiando sempre da completude das informações. Nesse sentido, o dever de diligência se decompõe em outros comportamentos do conselheiro, tais como: *dever de se informar*¹⁴¹, que compreende a procura de informações sobre os negócios da companhia e os riscos da atividade, pois só assim haveria espaço para uma diligente tomada de decisão; *dever de vigilância sintético* – portanto, não analítico – que corresponde um monitoramento geral dos atos da administração; o *dever de investigar* decorre do dever de se informar e demonstra postura ativa do conselheiro, a indagar fatos que despertem a atenção, bem assim, questione a completude, extensão, riscos e correição das informações; *dever de intervir*, ou dever de agir, ante a um indício de irregularidade; e, por fim, o *dever de assiduidade* integra o dever de diligência na medida em que obriga o conselheiro a comparecer às reuniões¹⁴², sobretudo naquelas em que na pauta consta a necessidade de decisões relevantes para a sociedade anônima.

Acerca da culpabilidade somente pela ocupação do cargo, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional da Primeira Região¹⁴³, fazendo referência à Ação

¹⁴⁰ Lei Federal nº 6.404/76. “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

¹⁴¹ Dever de estabelecer mecanismos organizativos para evitar a existência de perigos proibidos ou minimizá-los até que se tornem riscos permitidos. Sobre este assunto Ricardo Robles PLANAS, dispõe: “*Tal dever implica o dever de procurar os conhecimentos necessários sobre aqueles perigos tipicamente empresariais, o que em grandes empresas requererá, por sua vez, uma adequada estrutura organizativa com respeito aos fluxos de informação interempresariais*. Se não se trata de um risco empresarial ou, em o sendo, dispuseram-se dos mecanismos organizativos adequados – incluindo os mecanismos relativos à *obtenção de informação* – e, contudo, produzem-se resultados lesivos, estes somente podem ser explicados como realização de riscos em si permitidos. (...) Também aqui vigora o dever de *buscar conhecimentos sobre o desempenho destas atividades*”. In Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, Teoria do Delito e Direito Penal Econômico – Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 6, Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Ed. D’Plácido. 2016. p. 250).

¹⁴² CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1105 – 1110.

¹⁴³ TRF 1ª Região. ACR 0033993-37.2008.4.01.3800, Juiz Federal FABIO MOREIRA RAMIRO, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 21/11/2018. “*Penal. Processual Penal. Crime contra o sistema financeiro nacional (art. 4º, parágrafo único, da lei nº 7.492/86). Gestão fraudulenta. Crime habitual impróprio. Litispendência. AP 470 (STF). Ausência de provas da autoria. Absolvição com fundamento no art. 386, inciso V do Código de Processo Penal mantida. Apelação desprovida. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa no sentido de considerar o crime de gestão fraudulenta como crime habitual impróprio, em que uma só ação tem relevância para configurar o tipo, ainda que a sua reiteração não configure pluralidade de crimes. Portanto, a sequência de atos fraudulentos perpetrados já integra o próprio tipo penal, razão pela qual não há falar em outros crimes da mesma espécie durante o denominado Mensalão Mineiro (STJ, AgRg no AREsp 608.646/ES, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 10/11/2015; STJ, REsp 1520203/SP,*

Penal nº 470/MG julgada no âmbito do STF, consignou que “*é inadmissível a condenação de alguém simplesmente pelo fato de pertencer à diretoria e ao conselho de administração de uma instituição financeira*”. Para o relator da Apelação Criminal nº 0033993-37.2008.4.01.3800, a responsabilidade penal só poderia restar configurada se a “*condição de garante*” estivesse plenamente caracterizada, sob pena de aplicação da responsabilidade penal objetiva. Conforme o voto do relator, a simples posição de conselheiro não atrai responsabilidade penal automática. Para a condenação extreme de dúvidas é necessária a investigação criminal que demonstre alguma contribuição, por ação ou omissão, do membro do conselho. Os fatos descritos no voto condutor da Apelação Criminal nº 0033993-37.2008.4.01.3800 dão conta que o Banco Rural S/A concedeu vultosos empréstimos a empresas de Marcos Valério¹⁴⁴, à época em que tais empresas já estavam sendo acionadas judicialmente pelo mesmo Banco Rural por inadimplência, bem como realizando renovações de mútuos sem garantias ou amortizações¹⁴⁵, fato que ficou evidenciado a partir do escândalo do chamado “Mensalão Mineiro”. Nestes fatos descritos na referida Apelação, chamou a atenção o fato de que, em nenhum momento questionou-se a atribuição legal do art. 142, III, ou art. 158, § 1º, da Lei das SA, para averiguar eventual responsabilidade do Conselho de Administração. Somente uma

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015; STJ, AgRg no REsp 1398829/SC, JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015). Na mesma linha segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 89364, JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008). 2. No processo penal vige a regra do juízo de certeza, ou seja, as provas devem ser produzidas de maneira clara e convincente, não deixando margem para meras suposições ou indícios. 3. “*É inadmissível a condenação de alguém simplesmente pelo fato de pertencer à diretoria e ao conselho de administração de uma instituição financeira. Da mesma forma, deve ser afastada a possibilidade de qualquer administrador, por omissão, responder por atos fraudulentos praticados por seus pares, principalmente se a sua condição de garante não estiver plenamente caracterizada, sob pena de agasalharmos a tão repudiada responsabilidade penal objetiva.(...)*”.

¹⁴⁴ MARCOS VALÉRIO foi condenado a 37 anos de prisão no processo do mensalão pelos crimes de peculato, corrupção ativa e lavagem de dinheiro. Fonte: Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-09/stf-condenado-no-mensalao-marcos-valerio-vai-para-regime-semiaberto>. > Acesso em 30 Mai 2020, às 23:30 hs

¹⁴⁵ TRF 1ª Região. ACR 0033993-37.2008.4.01.3800. Trecho do Relatório do juiz Relator, mencionando trecho da sentença: “*Por conseguinte, entendo que está devidamente caracterizada nos autos a materialidade do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, consistente nas condutas que tiveram início no ano de 1998, por meio de empréstimos fictícios às empresas controladas por Marcos Valério Fernandes de Souza e seus sócios, sem a exigência de garantias efetivas, contrárias aos pareceres técnicos, sem informações econômico-financeiras idôneas dos contratantes, sem observância da capacidade econômico-financeira dos avalistas e, principalmente, com a existência de créditos fictícios pelos devedores, afrontando assim os princípios da seletividade, garantia e liquidez, em total desacordo com as normas da boa gestão e segurança bancária, bem como através da liquidação dos mesmos com recursos próprios, inclusive com o emprego de expedientes fraudulentos, condutas essas que se intensificaram a partir de 2003, no contexto do ‘escândalo do mensalão’.*”

investigação criminal poderia identificar se, de fato, os membros do Conselho de Administração do Banco Rural tiveram conhecimento das operações fraudulentas e, em relação a elas, teriam se omitido; ou se, não tendo informações sobre os atos de gestão fraudulenta, negligenciaram em descobri-los.

O IBGC ao descrever as melhores práticas ao Conselho de Administração informou que o conselheiro deve: a) comprometer-se a uma participação atenta; b) dedicar tempo necessário às suas funções; e c) além dos deveres fiduciários de diligência e de lealdade com as partes interessadas¹⁴⁶. Nesse mesmo sentido o julgamento da CVM consignou que o dever de diligência impõe dedicação de tempo para a tomada de decisões refletidas¹⁴⁷.

É possível concluir que a posição de garantidor exige clareza e previsão expressa da lei e, subsidiariamente, dos instrumentos formais da companhia, para que o membro do Conselho de Administração tenha conhecimento do seu dever de garante. A posição de garantidor decorre dos instrumentos legais, sobretudo da Lei das S.A., com base nos seguintes indicadores: a) dever de fiscalização dos atos da companhia (art. 142, III); b) poder de fixar as atribuições dos diretores e de destituí-los *ad nutum*¹⁴⁸; c) dever de agir, quando tiver conhecimento de alguma conduta ilícita (art. 158, § 1º); c) dever de vigilância (art. 158, § 1º); e d) dever de diligência (art. 153).

Na nossa opinião, o legislador não pretendeu que os administradores devam imiscuir-se uns na tarefa dos outros, sob pena de, como dito anteriormente, os

¹⁴⁶ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015, pág. 47: *“Ao assumir uma cadeira em um Conselho de Administração, o conselheiro deve ter em mente não apenas os deveres fiduciários de diligência, de lealdade e de informar, previstos em lei, mas também a responsabilidade assumida com as partes interessadas, que contam com seu comprometimento e participação atenta para que o valor da organização seja preservado e elevado ao longo do tempo. Para exercer esse papel, o conselheiro deve observar minuciosamente os compromissos pessoais e profissionais em que já está envolvido e avaliar se poderá dedicar o tempo necessário ao novo Conselho. A participação de um conselheiro vai além da presença nas reuniões do Conselho e da leitura da documentação prévia”*.

¹⁴⁷ CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº RJ2013/11703. Voto do Diretor Gustavo Gonzalez: *“[o] dever de diligência impõe aos administradores que se informem acerca dos assuntos que lhes são submetidos e dediquem tempo (dentro das possibilidades) para a tomada de decisões refletidas. Nesse cenário, embora se reconheça que o juízo de razoabilidade do administrador é, a princípio, insindicável, não se pode proteger decisões irracionais. Afinal de contas, não se pode conceber que um administrador qualificado, atuando de forma leal e diligente e tendo como norte os interesses da companhia, tome uma decisão teratológica.”*

¹⁴⁸ CARVALHOSA, Modesto. Sociedades anônimas [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 2. ed. -- São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018. Coleção Tratado de direito empresarial; v. 3 / coordenação Modesto Carvalhosa. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo XV. Administração.1. Conceito de órgãos de administração.

administradores tornarem-se investigadores uns dos outros. Ocorre que ao Conselho de Administração foram conferidas competências específicas, tais como a de fiscalização dos atos da diretoria (art. 142, III, Lei 6404/76) e o dever de agir perante um ato ilícito (art. 158, § 1º, Lei 6.404/76). O contrário não é verdadeiro: a Diretoria não tem competência de fiscalizar ou vigiar o Conselho de Administração. Por pressuposto legal, ao Conselho foi atribuído o dever de fiscalização¹⁴⁹, portanto, dever de controle. CARVALHOSA ao se referir ao art. 142, III, da Lei das S.A., indicou que o “poder de fiscalizar” equivale ao controle da legalidade e da legitimidade sobre os atos de gestão¹⁵⁰.

O fato de os instrumentos formais da Companhia não determinarem expressamente a posição de garantidor, não afasta por completo o dever de vigilância uma vez que a legislação confere indicadores que levam a este encargo. Se, comprovadamente, o Conselho de Administração estava munido de todos os meios materiais e técnicos para descobrir atos ilícitos e, ainda assim, negligenciou em descobri-los; ou, tendo conhecimento da conduta ilícita, deixou de intervir e impedir o resultado; nossa opinião é que exsurge a posição de garante ao membro integrante do Conselho de Administração que obriga sua intervenção para evitar o resultado lesivo aos bens jurídicos da companhia ou de terceiros.

2.3 Estatuto Social da Companhia e Regimento Interno do Conselho de Administração como instrumentos subsidiários a indicar a responsabilidade do administrador

O simples fato de integrar o Conselho de Administração não torna o conselheiro penalmente responsável sob pena de atribuir-lhe responsabilidade penal objetiva, incabível no atual ordenamento penal pátrio¹⁵¹. O Ministro Edson Vidigal, no

¹⁴⁹ Fiscalização: *controle* (Dicionário Michaelis). Lei Federal nº 8443/92: “Art. 41. Para assegurar a eficácia do *controle* e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a *fiscalização* dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, ...”.

¹⁵⁰ CARVALHOSA, Modesto. Sociedades anônimas [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 1. ed. -- São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2016. Coleção Tratado de direito empresarial. Capítulo XV. Administração. 2. Competência do Conselho de Administração.

¹⁵¹ STJ. Recurso Ordinário em Habeas Corpus - 111747. Ministro Relator JOEL ILAN PACIORNIK. 28/11/2019. “... tendo afirmado apenas que o recorrente era membro do Conselho de Administração e seria o responsável pela sonegação de imposto, .reconhecimento da inépcia da denúncia”.

Habeas Corpus nº 5647 asseverou que “*ser acionista, sócio ou membro de conselho consultivo não é crime*”¹⁵².

O Estatuto ou o Regimento Interno são instrumentos internos da companhia que indicam as competências dos membros do Conselho e se prestam a ratificar o ordenamento legal e, além disso, complementá-lo com o detalhamento das atribuições do Conselho de Administração. Havendo maior detalhamento da competência e das responsabilidades do Conselho, a identificação de uma eventual omissão ficaria mais clara. Ocorre que cada companhia possui sua regulamentação interna a identificar o espectro de deveres do Conselho de Administração, construindo-se um arcabouço de regras infralegais. A comparação entre os estatutos ou regimentos das companhias de capital aberto mostra que existe uma heterogeneidade explícita: em alguns casos, o regimento é extremamente detalhado a descrever, de forma minuciosa e com critérios objetivos, a gama de funções que se enquadram na esfera de atuação do conselheiro. Outros regulamentos, na mão oposta, revelam traços abstratos dando a ideia de que ao conselheiro é dada a função genérica de orientação geral dos negócios da companhia, abstraindo-se de uma função específica – do art. 142, III, da Lei 6404/76 – que é a fiscalização dos atos da Diretoria.

Dessa forma, se o próprio estatuto ou regimento da companhia não definem a função de fiscalização do conselheiro, ainda assim teria o Conselho de Administração o dever de controle (e vigilância) descrito na Lei?

Para ESTELLITA o preceito legal do art. 142, III, da Lei das S.A., ao dispor sobre a competência de “fiscalizar”, atribuiu o dever de vigilância aos membros em relação aos *atos de gestão da diretoria*, excepcionando esse dever quanto à fiscalização sobre os demais empregados da empresa¹⁵³.

No caso específico da Petrobras, além do *estatuto social* mencionar as atribuições do Conselho de Administração há também um *regimento interno* específico para as atividades deste colegiado. No estatuto da Petrobras, o artigo

¹⁵² STJ. HC - Habeas Corpus - 5647 1997.00.16083-1, Edson Vidigal, 29/09/1997: “2. *Ser acionista, socio ou membro de conselho consultivo não é crime. Assim, a invocação dessa condição sem a descrição de condutas específicas não basta para viabilizar a peça acusatória, por impedir o pleno direito de defesa. 3. inépcia da denúncia configurada. 4. Ordem concedida para trancar a ação penal quanto ao ora paciente*”.

¹⁵³ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p. 229.

23¹⁵⁴ indica a responsabilidade individual e solidária dos membros do Conselho de Administração pelos atos que praticarem e pelos prejuízos que causarem à companhia. No art. 29, inciso XIV, do mesmo diploma, há uma competência que chama a atenção por não estar explicitamente prevista na Lei das S.A., mas na Lei das Estatais¹⁵⁵. Trata-se da implementação de sistemas de gestão de riscos e de controle interno para a prevenção e mitigação dos principais riscos envolvidos com a atividade econômica desempenhada pela empresa, inclusive no que diz respeito a fraude ou corrupção¹⁵⁶. O sistema de gestão de riscos e de controle interno é ferramenta jurídica que proporciona a vinda do maior número de informações necessárias à atividade fiscalizatória. Logo, se o próprio estatuto obriga a implementação deste controle, depreende-se que não se trata de uma faculdade, mas um dever direcionado ao Conselho de Administração para que, por meio de atividades de monitoramento e vigilância, exerça o controle sobre a atividade da companhia. Ainda no estatuto da Petrobras, o art. 31 coloca à disposição do Conselho de Administração o poder de realizar inspeções, auditorias ou tomadas de contas na empresa, assim como poderá o colegiado requerer a contratação de especialistas que possam emitir pareceres técnicos sobre o assunto sob análise¹⁵⁷.

No caso *Caremark*, julgado na Corte de *Delaware/EUA* – a respeito da comissão recebida por empregados pela indevida indicação de medicamentos – verificou-se a falta de supervisão do Conselho de Administração e o quanto era necessária a supervisão e manutenção de sistemas de controle de riscos¹⁵⁸.

¹⁵⁴ PETROBRAS. Estatuto Social. Aprovado na Assembleia Geral Extraordinária de 30 de setembro de 2019.

“Art. 23 - Os membros do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva responderão, nos termos do art. 158, da Lei das Sociedades por Ações, individual e solidariamente, pelos atos que praticarem e pelos prejuízos que deles decorram para a Companhia, sendo-lhes vedado participar na deliberação acerca de operações envolvendo outras sociedades em que participem ou tenham ocupado cargo de gestão em período imediatamente anterior à investidura na Companhia”. Fonte: Disponível em: https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/15817/9512_714974..pdf. > Acesso em 25 Fev 2020, às 11:34 hs.

¹⁵⁵ Lei federal 13.303/16, art. 18, inciso II.

¹⁵⁶ PETROBRAS. Estatuto Social. Aprovado na Assembleia Geral Extraordinária de 30 de setembro de 2019. “Art. 29 - ... XIV - implementar, diretamente ou por intermédio de outros órgãos da Companhia, e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e a mitigação dos principais riscos, inclusive os riscos relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e àqueles relacionados à ocorrência de corrupção e fraude;”.

¹⁵⁷ Id., Estatuto Social. Aprovado na Assembleia Geral Extraordinária de 30 de setembro de 2019. “Art. 31- O Conselho de Administração poderá determinar a realização de inspeções, auditorias ou tomadas de contas na Companhia, bem como a contratação de especialistas, peritos ou auditores externos, para melhor instruírem as matérias sujeitas a sua deliberação”.

¹⁵⁸ PARENTE, Norma Jonssen. Mercado de capitais [livro eletrônico] / Norma Jonssen Parente. -- 2. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. -- (Coleção tratado de direito empresarial; v. 6 /

No que se refere ao Regimento Interno do Conselho de Administração da Petrobras, instrumento subsidiário ao Estatuto Social, as atribuições foram complementadas, inserindo-se o dever de aprovação de critérios de integridade e *compliance* (subitem 3.1.1 do Regimento Interno); dever de aprovação do “*apetite a riscos da companhia*” assim como o acompanhamento da gestão de riscos (subitem 3.1.3); dentre outras competências¹⁵⁹. E, por fim, o Regimento Interno fixou aquilo que compete a cada conselheiro (subitem 3.3) a tornar o membro integrante do Conselho de Administração um fiscal autônomo, independentemente das atividades coletivas do órgão colegiado. Dentre estas competências individuais, estão: o acompanhamento da gestão da Diretoria e o exame a qualquer tempo dos documentos que possam produzir alguma fonte de perigo; acompanhamento da qualidade dos controles internos; participação permanente em treinamentos que possam qualificá-lo na atividade de conselheiro. Nota-se que existe um detalhamento das funções do Conselho assim como a descrição subsidiária da competência de cada membro.

Como instrumento de comparação, podemos citar a regulamentação interna da empresa VALE S.A. O Estatuto Social¹⁶⁰, art. 14, definiu as atribuições do Conselho de Administração sem grande detalhamento no capítulo das competências, conferindo ao colegiado, funções que não chegam a definir com clareza a atividade fiscalizatória. Na mesma linha generalista, o Regimento Interno do Conselho de Administração da empresa VALE¹⁶¹, mediante a redação do subitem 5.1, ratificou a competência de orientação geral dos negócios da empresa, avaliação da gestão e, por fim, referiu-se ao exercício das atividades prevista na legislação aplicável, sem prender-se ao detalhamento das atribuições coletivas ou individuais.

coordenação Modesto Carvalhosa). 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Caso *Caremark: Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

¹⁵⁹ PETROBRAS. Regimento Interno do Conselho de Administração _ aprov CA 29-05-2019. Fonte: Disponível em: https://www.investidorpetrobras.com.br/fck_temp/1013_39/file/Regimento%20Interno%20do%20Conselho%20de%20Administra%C3%A7%C3%A3o_aprov%20CA%2029-05-2019.pdf. > Acesso em 25 Fev 2020, às 11:41 hs

¹⁶⁰ COMPANHIA VALE SA. Estatuto Social aprovado na AGO e AGE em 13/04/2018. Fonte: Disponível em: http://www.vale.com/PT/investors/corporate-governance/Documents/EstatutoSocial_p.pdf. > Acesso em 24 Fev 2020, às 12:14 hs.

¹⁶¹ Id., Regimento Interno do Conselho de Administração: “5.1 *Em linhas gerais, o Conselho de Administração será responsável por estabelecer a orientação geral dos negócios, definir a estratégia da Sociedade e de suas controladas e acompanhar e avaliar a gestão, exercendo as atividades de sua competência estabelecidas na legislação aplicável, no Estatuto Social e nas normas internas da Sociedade*”. Fonte: Disponível em: http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/leadership/board/Documents/18ea%20-%20REGIMENTO%20INTERNO%20CA%20v12_2018.pdf. > Acesso em 25 Fev 2020, às 11:55 hs.

Se comparadas as duas regulações internas – da Petrobras e da Vale – é possível identificar substancial diferença, mormente porque a primeira descreve com detalhes – conferindo maior objetividade – a atividade do Conselho e até as competências individuais do conselheiro. Já a normatização interna da VALE apresenta uma característica mais generalista e entrega ao intérprete um critério de maior subjetividade sobre aquilo que deve ser de responsabilidade do Conselho de Administração.

O Regimento Interno do Conselho de Administração da Petrobras, aprovado em 28/08/2019, estabelece, por exemplo, que “compete a cada conselheiro” “acompanhar a gestão dos membros da Diretoria Executiva”; e, ainda, “acompanhar a qualidade de seus controles internos”¹⁶².

A disposição jurídico-normativa da companhia poderá conferir maior clareza na assunção das obrigações e responsabilidade por parte do Conselho de Administração.

No caso da B3¹⁶³ o Conselho de Administração tem uma série de competências de natureza deliberativa, tais como a autorização prévia à celebração de contratos de qualquer natureza¹⁶⁴. Neste caso, o Conselho de Administração terá poder de mando para avaliar e deliberar a respeito da autorização para determinado negócio que possa ser uma fonte de perigo à companhia, *devendo e podendo* agir para evitar algum resultado que atente contra os bens jurídicos da empresa.

Por sua vez o Estatuto Social da CONAB estabelece que ao Conselho de Administração caberá a atribuição formal da responsabilidade pelas áreas de Gestão de Riscos, Conformidade e Controles Internos a membros da Diretoria Executiva¹⁶⁵.

Não há dúvida que o conjunto jurídico-normativo formado pelo dispositivo legal e pela norma interna (estatuto social ou regimento interno) pode definir com

¹⁶² PETROBRAS. Regimento Interno do Conselho de Administração, *Idem*.

¹⁶³ B3 S.A. - BRASIL, BOLSA, BALCÃO.

¹⁶⁴ Id. Estatuto Social: “Artigo 29. Compete ao Conselho de Administração: (...) (g) autorizar previamente a celebração de contratos de qualquer natureza, bem como transações e renúncias a direitos, que resultem em obrigações para a Companhia em montante superior ao Valor de Referência, conforme definido no Parágrafo único deste Artigo, e que não estejam previstos no orçamento anual, ressalvado o disposto na alínea “k” do Artigo 37 e observado o disposto no §3º deste Artigo,(...)”. Fonte: Disponível em: https://ri.b3.com.br/ptb/4271/21610_693846..pdf, > Acesso em 03 Abr 2020, às 19:04 hs.

¹⁶⁵ CONAB - Companhia Nacional de Abastecimento. Estatuto Social: “Art. 66. Compete ao Conselho de Administração: (...)XXVI - atribuir formalmente a responsabilidade pelas áreas de Área de Gestão de Riscos, Conformidade e Controles Internos a membros da Diretoria Executiva; (...)”. Fonte: Disponível em: https://www.conab.gov.br/images/arquivos/normativos/10000_sistema_institucional/Estatuto_Social_Conab_Versao_AGE_Out_2019.pdf, > Acesso em: 03 Abr 2020, às 19:20 hs.

maior clareza a órbita de responsabilidade do membro integrante do Conselho de Administração. O STJ, ao julgar recurso sobre delito de gestão fraudulenta¹⁶⁶, atribuiu o crime aos membros do Conselho de Administração, uma vez que o estatuto social atribuía competências de gestão da instituição. No caso, os fatos demonstraram que a “administração de fato” era exercida pelo órgão colegiado, uma vez que as concessões de empréstimos e administração dos recursos da entidade eram objeto de deliberação do Conselho de Administração. Também neste caso, a regulamentação interna, a complementar a Lei das S.A. (art. 142, VI¹⁶⁷), previu instância de aprovação de determinado ato e, portanto, poder e dever de agir.

Nos autos do Habeas Corpus nº 0070468-62.2016.4.01.0000/MG¹⁶⁸, o relator, Desembargador Olindo Menezes, entendeu que o Conselho de Administração não estava na posição de garantidor, uma vez que a ele incumbia somente a orientação geral da companhia, conforme o art. 15 do Estatuto Social¹⁶⁹. Neste caso, um dos elementos de convencimento do relator foi a disposição (generalista) do Estatuto Social afastando-se o julgador da análise da legislação societária, sobretudo quanto ao dever de fiscalização (art. 142, III, da Lei das S.A.).

Em análise nitidamente diferente do caso descrito no parágrafo anterior, o STJ, em sede recursal, confirmou a condenação cível do conselheiro administrativo que negligenciou aos interesses da companhia e acionistas ao deixar de avaliar os impactos e riscos possíveis do negócio. Reiterou o dever de obediência às

¹⁶⁶ STJ. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.140.011 - MT (2017/0177475-0): “(...) 1. A autoria do delito de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei n. 7.492/86) pode ser reconhecida para aqueles que não ostentem a condição do art. 25 da Lei n. 7.492/86 quando os referidos atos ilícitos são praticados por administradores de fato da instituição financeira, em razão do disposto nos artigos 29 e 30 do CP. 1.1. No caso em tela, a gestão fraudulenta foi deliberada em coautoria por administradores e membros do conselho de administração”.

¹⁶⁷ Lei Federal nº 6.404/76: “Art. 142. Compete ao conselho de administração: (...) VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;”.

¹⁶⁸ Tribunal Regional Federal da Primeira Região - TRF1 – ordem concedida à unanimidade para trancamento da Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822/MG, em relação ao paciente José Carlos Martins, membro integrante do Conselho de Administração da empresa Samarco Mineração S.A., no caso do rompimento da barragem de Fundão, no município de Mariana/MG. Trânsito em julgado em 07/12/2018.

¹⁶⁹ Id., Habeas Corpus N. 0070468-62.2016.4.01.0000/MG: “Além disso, a figura jurídico-penal do art. 13 do Código Penal se reporta a deveres de agir impostos à pessoa natural, enquanto a denúncia aponta, indevidamente, na posição de garantidor, o Conselho Administrativo da Samarco, órgão que, de resto, não exerce a gestão nem a execução da política gerencial da empresa, que fica a cargo da Diretoria Operacional. Ao Conselho de Administração, que se reúne quadrimestralmente, incumbe somente a orientação geral da companhia; não a execução de obras recomendadas pelos órgãos técnicos (Estatuto – art. 15, documento 07)”.

*disposições legais, “sem contar as que decorreram do próprio estatuto da sociedade anônima”*¹⁷⁰.

Independentemente da previsão no Estatuto ou no Regimento, o artigo 158¹⁷¹ da Lei das S.A. foi expresso ao indicar a possibilidade do defeito no dever de diligência e a necessária responsabilização daquele que, tendo conhecimento do ilícito, deixar de agir.

Em outro posicionamento, as normas administrativas, regulamentos, portarias ou decretos não seriam aptos a atribuir a posição de garantidor¹⁷².

Contudo, na Ação Penal nº 295 (STJ) o Ministro Relator JORGE MUSSI consignou em seu voto que, diante da instrução processual, o membro do Conselho de Administração possuía poderes de gestão, uma vez que o próprio estatuto social assim definia: “*Art. 20 – O BANCO será administrado por um Conselho de Administração, com função deliberativa colegiada e uma Diretoria Executiva*”. Estando presente nas reuniões para aprovar e ratificar as operações mais importantes da casa bancária, é penalmente responsável o membro do Conselho de Administração, concluiu o ministro relator¹⁷³.

Inobstante o fato de o Estatuto Social da empresa ser omissivo quanto à responsabilidade dos administradores, nada impede que a análise dos fatos leve à conclusão de que o delito foi cometido pelo membro do Conselho de Administração¹⁷⁴. Neste mesmo sentido caminhou o voto do Ministro JOEL ILAN

¹⁷⁰ STJ. AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 882.520 - SP (2016/0065385-2)

¹⁷¹ Lei Federal nº 6.404/76. Art. 158. (...) § 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral”.

¹⁷² SIQUEIRA, Flávia. COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos da imputação objetiva: alternativas limitadoras à ingerência indevida do poder punitivo. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 83-111, jan./jun. 2016. p. 100.

¹⁷³ STJ. AÇÃO PENAL Nº 295 - RR (2003/0229654-3). 12/02/2015. RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI. “(...) 3. O membro do Conselho de Administração de Banco Estadual é penalmente responsável pela gestão da casa bancária, mormente quando, além da existência dessa previsão no estatuto da instituição, atua periodicamente em reuniões com o fim de aprovar e ratificar as operações mais relevantes”.

¹⁷⁴ STJ. AgRg no AREsp 1061456/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 28/11/2017: “(...) 2. A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira classifica-se como crime próprio, exigindo-se do sujeito ativo a condição especial constante no artigo 25 da Lei nº 7.492/86 (controladores, administradores, diretores, gerentes e equiparados). **Todavia**, tal situação não impede que, mediante a norma de extensão prevista no artigo 29 do Código Penal, a condição especial do gestor da instituição financeira se comunique a terceiros estranhos a ela, desde que tal circunstância de caráter

PACIORNIK, ao assinalar que não se trata de responsabilidade penal objetiva simplesmente por integrar o Conselho de Administração, mas de condenação daqueles que contribuíram para a gestão fraudulenta de instituição financeira “*mesmo que fosse considerada suposta ausência poderes estatutários para tanto*” (sic) ¹⁷⁵.

No sentido de norma aberta, que carece da complementação do texto legal, WELZEL indica que o delito de omissão imprópria é, em parte, descrito pela lei e, e em outra parte, deve ser complementado pelo juiz¹⁷⁶. Para BACIGALUPO, em oposição aos delitos próprios de omissão que estão expressamente previstos na lei, nos delitos impróprios por omissão não há previsão expressa na lei ou, se houver, estão indicados de forma muito geral¹⁷⁷. Em determinadas circunstâncias de evidente situação de perigo, o dever contratual é ofuscado pela assunção fática de uma função de proteção ao bem jurídico desamparado; o dever contratual de natureza cível torna-se mero coadjuvante da *posição de garantidor de natureza jurídico-penal*¹⁷⁸.

O Código Penal Espanhol, artigo 11, ao regular o delito de omissão imprópria, previu expressamente a obrigação legal ou contratual de atuar¹⁷⁹. Também KAUFMANN entende que a posição de proteção ao bem jurídico pode ser baseada

peçoal, por ser elementar do tipo (artigo 30 do CP), seja conhecida dos demais comparsas estranhos à diretoria”.

¹⁷⁵ STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1140011 2017.01.77475-0. 19/02/2019: “(...) *No caso em tela, a gestão fraudulenta foi deliberada em coautoria por administradores e membros do conselho de administração*”.

¹⁷⁶ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traduzido por José Cerezo Mir. Ed. BDEF. Argentina. 2004. p. 69.

¹⁷⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. La teoría del delito*. Ed. Temis. Colômbia. 1996. .p. 226.

¹⁷⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar do caos. Direito Penal, parte geral. Coord. Luís Greco. São Paulo: Ed. Marcial Pons. 2013. p.166

¹⁷⁹ ESPANHA. Código Penal. “*Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará a la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*”. Fonte: Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=17&tn=1&p=20150331#a11>. > Acesso em 19 Mai 2020, às 21:47 hs.

na *assunção fática de deveres contratuais*¹⁸⁰. Também neste mesmo sentido BOTTINI defende que o dever de agir pode originar-se de um dever contratual¹⁸¹.

As normas da companhia – estatuto social e regimento interno – , a depender da forma com que detalham as competências do Conselho de Administração podem deixar mais clara a posição de garantidor de vigilância ou, ao contrário, se à míngua de disposições claras, sonegar ao Conselho o conhecimento das decisões relevantes e até da função que lhe é atribuída legalmente, como a fiscalização¹⁸².

Por fim, TAVARES pondera que o dever de agir não pode se limitar apenas a fontes formais, uma vez que a omissão encerra um *componente pré-jurídico inafastável* que é o sentido social existente nas relações interpessoais, no entanto, reconhece que a posição de garantidor só terá validade se houver amparo legal¹⁸³.

Dessume-se que o Estatuto Social da Companhia assim como o Regimento Interno do Conselho de Administração são instrumentos aptos a detalhar ou, em sentido inverso, empalidecer a função do órgão colegiado. Como se viu, há instrumentos de normatização interna que, além de descrever minuciosamente as competências do Conselho de Administração, estabelecem, ainda, a atribuição individual dos seus membros. A normatização interna deixaria mais clara a gama de competências do Conselho de Administração e aproximaria, com mais objetividade, a responsabilidade do conselheiro. Contudo, mesmo que remanesçam cláusulas genéricas e pouco precisas das atribuições do conselheiro, a investigação trará ao processo a real contribuição dada pelo Conselho de Administração para o ato ilícito,

¹⁸⁰ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. 2006. Barcelona. p. 290.

¹⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. Pág. 71. “*Da mesma forma, o salva-vidas tem o dever contratual de zelar pela segurança dos banhistas e esse dever fundamenta a imputação da morte por afogamento de algum deles sob seus cuidados*”.

¹⁸² ESTELITTA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1ª ed. Ed. Marcial Pons. 2017. Pág. 195: “*Advirta-se, porém, que as normas societárias concretas da companhia podem atribuir competências de organização e mesmo de gestão ainda maiores ao Conselho, ou lhe reservar as competências mínimas vedando-lhe, por exemplo, delimitar atribuições dos diretores. Nestes casos, essa regulação terá consequências quanto aos âmbitos de vigilância dos conselheiros, bem como quanto ao conteúdo concreto de seus deveres. (...) Isso não altera a qualidade da possibilidade jurídica de atuar dos conselheiros, que se mantém limitada, há, porém, impacto na intensidade dos deveres de vigilância dos próprios conselheiros eventualmente designados para presidir ou coordenar tais comitês individualmente, com a intensificação para os designados e parcial desoneração para os não designados*”.

¹⁸³ TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. I, Julho 2011. Capítulo 1 – Teoria da Lei e Dogmática Penal, 6 - Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos (46).

tanto nos atos comissivos quanto nos comissivos por omissão, especialmente quando o Conselho participa da esfera de aprovação ou ratificação dos atos de gestão, participando como coautor dos atos da Diretoria.

2.4 A deliberação do Conselho de Administração pode comportar atos de gestão?

O § 1º do art. 138 da Lei das S/A definiu o Conselho de Administração como sendo órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores. Ao diretor cabe a representação orgânica da sociedade assim como os atos de gestão, de execução.

Conforme CARVALHOSA, *as resoluções do conselho de administração produzem efeitos, seja com referência aos diretores, seja com respeito à assembleia geral, seja no que toca a terceiros (art. 142 da Lei Societária)*¹⁸⁴.

O IBGC, por sua vez, faz um alerta ao Conselho de Administração sobre a frequente confusão entre assuntos estratégicos e operacionais, uma vez que a qualificação do conselheiro, geralmente de formação executiva, pode pretender avocar questões operacionais¹⁸⁵.

Se interpretado literalmente o art. 25 da Lei federal 7.492/86¹⁸⁶ e, ainda, o art. 138, § 1º, da Lei 6.404/76¹⁸⁷, os atos de gestão da companhia são privativos da diretoria, não havendo, a princípio, responsabilidade penal que possa ser imputada aos membros do Conselho de Administração por funções operacionais. Nesse sentido, vale mencionar o veto parcial do Presidente da República ao trecho final do art. 25 da Lei 7.492/86: na mensagem nº 252¹⁸⁸ excluiu-se o trecho em que era

¹⁸⁴ CARVALHOSA, Modesto. Sociedades anônimas [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 2. ed. -- São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018. Coleção Tratado de direito empresarial; v. 3 / coordenação Modesto Carvalhosa. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo XV. Administração. 2. Competências do Conselho de Administração.

No mesmo sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Thomson Reuters. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. E-book [2016]. 11 ed. Capítulo XV. Administração. Item 2 – Competência do conselho de administração.

¹⁸⁵ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa O papel do conselho de administração na estratégia das organizações. São Paulo, SP, 2017. Pág. 39.

¹⁸⁶ Lei Federal nº 7.492/86. “Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (vetado)”.

¹⁸⁷ Lei Federal nº 6.404/76. “Art. 138. ... § 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores”.

¹⁸⁸ Mensagem de Veto nº 252 ao Projeto de Lei nº 273/83, que definiu os crimes contra o sistema financeiro nacional. “(...) No art. 25, a expressão “e membros de conselhos estatutários”, porque, de

explícita a imputação da responsabilidade aos membros de conselhos estatutários. A justificativa apresentada foi a de que a inclusão dos membros de conselhos estatutários, “*de abrangência extraordinária, institui uma espécie de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal*”. Como se vê, o próprio legislador incluiu os membros dos conselhos estatutários, removido posteriormente na sanção presidencial, razão pela qual a exclusão dos conselheiros do art. 25 foi proposital.

Embora o Conselho de Administração possa emitir autorização para um determinado negócio, a função executiva continua sob a tutela da Diretoria, pois estes é que assinam o contrato¹⁸⁹.

No entanto, na prática, os membros integrantes do Conselho de Administração podem tornar-se administradores de fato quando assumem o papel decisório em atos que, a princípio, seriam da competência originária da Diretoria. Não é incomum encontrar decisões administrativas emanadas do Conselho. Nesse sentido, WALD assevera que o “*conselho de administração transformou-se num verdadeiro órgão de gestão de segundo grau*”, decidindo e atuando como órgão operacional¹⁹⁰. No conhecido caso da falência da empresa ENCOL¹⁹¹, o presidente do Conselho de Administração foi condenado pelo crime de sonegação fiscal uma vez que detinha a “*última palavra em relação às decisões tomadas*” dentre as quais se inclui a de deixar de recolher tributos mediante a falsificação de documentos devidos à receita¹⁹².

abrangência extraordinária, institui uma espécie de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/Msg/VepL7492-86.pdf. > Acesso em 11 Abr 2020, às 18:47 hs.

¹⁸⁹ MAGANO, Octavio Bueno. Sociedades por ações. *RDB* 15/79, jan. 2002. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial 3/97, dez. 2010.

¹⁹⁰ WALD, Arnold. A evolução do regime legal do Conselho de Administração, os acordos de acionistas e os impedimentos dos conselheiros decorrentes de conflitos de interesses. *Revista dos Tribunais*. Doutrinas Essenciais Direito Empresarial. Capítulo III – Administração e Órgãos da Sociedade Anônima. Item 39. Ano 1, Vol. III, Dezembro 2010.

¹⁹¹ BRASIL. Senado Federal. Biblioteca. “*A usina de falcatruas da Encol*”. Fonte: Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/183652/000525327.pdf?sequence=1>. > Acesso em 04 Mai 2020, às 23:16 hs.

¹⁹² TRF 1ª Região. Apelação Criminal nº 0018600-60.1998.4.01.3400, JUIZ FEDERAL KLAUS KUSCHEL, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 07/04/2009 PAG 321: “(...) Não há que se falar em inépcia da denúncia em relação ao acusado Pedro Paulo de Souza, uma vez que a peça acusatória narra de maneira clara que o mesmo, enquanto Presidente do Conselho de Administração da ENCOL, teve participação decisiva nos delitos perpetrados, uma vez que era responsável pela nomeação dos demais diretores da empresa, bem como detinha a última palavra em relação às decisões tomadas, dentre as quais se inclui a de deixar de recolher os tributos devidos mediante a falsificação de DCTF's”.

O STJ, ao julgar recurso cujo mérito tratou do delito de gestão fraudulenta, atribuiu o crime aos membros do Conselho de Administração, uma vez que o estatuto social atribuía *competências de gestão* da instituição. Para alguns atos da companhia, a instrução processual demonstrou que a “administração de fato” era exercida pelo órgão colegiado, uma vez que as concessões de empréstimos e administração dos recursos da entidade eram objeto de deliberação do Conselho de Administração¹⁹³.

No mesmo sentido, de atribuir competências operacionais aos membros do Conselho de Administração, o julgamento de Apelação na Justiça do Trabalho identificou que o conselheiro administrativo era o responsável pelas decisões da empresa¹⁹⁴.

Na Ação Penal nº 295, novamente o STJ, na relatoria do Ministro JORGE MUSSI, avaliou a conduta do membro do Conselho de Administração de instituição bancária Estadual e identificou que o colegiado “*detinha poderes de gestão, tanto que participava de reuniões com o intuito de aprovar e ratificar as operações mais importantes daquela instituição*”¹⁹⁵.

Em outro julgamento proferido pelo STJ votou-se pela imputação de responsabilidade penal não só àqueles que, fisicamente, executam a atividade criminosa, mas também àqueles que dão suporte moral ou material ao agente, concorrendo, de qualquer forma, para a consumação do ilícito. O acórdão complementou que a conduta omissiva pode ser verificada, inclusive, aos membros

¹⁹³ STJ. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.140.011 - MT (2017/0177475-0): “(...) 1. A autoria do delito de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei n. 7.492/86) pode ser reconhecida para aqueles que não ostentem a condição do art. 25 da Lei n. 7.492/86 quando os referidos atos ilícitos são praticados por administradores de fato da instituição financeira, em razão do disposto nos artigos 29 e 30 do CP. 1.1. No caso em tela, a gestão fraudulenta foi deliberada em coautoria por administradores e membros do conselho de administração”.

¹⁹⁴ TRT 15ª R. – AP 2252-1993-003-15-00-9 – (20388/05) – 9ª C. – Rel. Juiz Nildemar da Silva Ramos – DOESP 13.05.2005 – p. 45. “SOCIEDADE ANÔNIMA – RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES, CONSELHEIROS E DIRETORES – Os atos praticados por membro do conselho de administração de sociedade anônima devem ser considerados atos de gestão, daí ser aplicável à hipótese os artigos 145 e 158 da Lei nº 6404/76. Tais dispositivos estabelecem que os administradores, conselheiros e diretores da sociedade anônima respondem pelos prejuízos que causarem por dolo ou culpa, com violação da lei ou do estatuto. Na qualidade de conselheiro, o agravante foi responsável pelas decisões da empresa na época de vigência do contrato de trabalho do reclamante. A lesão causada aos direitos trabalhistas deste implicou em violação da lei. Daí não estar o agravante isento de responsabilidade”.

¹⁹⁵ STJ. AÇÃO PENAL Nº 295 - RR (2003/0229654-3). 12/02/2015. RELATOR : Ministro Jorge Mussi: “(...) Ora, o acusado, na condição de membro do Conselho de Administração do Banco estadual, detinha poderes de gestão, tanto que participava de reuniões com intuito de aprovar e ratificar as operações mais importantes daquela instituição”.

de conselho e órgão técnico que, tendo conhecimento e poder para impedi-la, não o fizeram¹⁹⁶.

No entanto, no Habeas Corpus nº 0070468-62.2016.4.01.0000/MG, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região trancou a Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822 (comarca de Ponte Nova/MG), na apuração dos crimes de inundação (art. 254 do Código Penal Brasileiro), de desabamento (art. 256 do CPB) e de homicídios (art. 121 do CPB), no caso do rompimento da barragem do Fundão, de propriedade da empresa de mineração Samarco S.A., no Município de Mariana. No seu voto, o relator (acompanhado à unanimidade pelos demais desembargadores que compuseram a Turma julgadora) indicou que os *membros do Conselho de Administração* não estão na posição de garantidores pois não exercem a gestão nem a execução da política gerencial da empresa, que fica a cargo da Diretoria Operacional¹⁹⁷. Neste caso vale ressaltar que o magistrado de primeira instância, quando recebeu a acusação dos demais membros do Conselho de Administração, rejeitou a denúncia, utilizando o fundamento do Habeas Corpus nº 0070468-62.2016.4.01.0000/MG ao afirmar que inexistente responsabilidade penal dos membros do Conselho de Administração uma vez que, *“apesar de possuírem funções deliberativas, não executavam atos de gestão e execução no âmbito da Samarco”*¹⁹⁸.

A jurisprudência não é unânime se ato de gestão é, de fato, de exclusiva titularidade da Diretoria. Porém, consoante demonstraram alguns julgados já

¹⁹⁶ STJ. Habeas Corpus - 92822, relator Min. Arnaldo Esteves de Lima. 13/10/2008.

¹⁹⁷ Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRFQ – Habeas Corpus N. 0070468-62.2016.4.01.0000/MG: *“(…) Além disso, a figura jurídico-penal do art. 13 do Código Penal se reporta a deveres de agir impostos à pessoa natural, enquanto a denúncia aponta, indevidamente, na posição de garantidor, o Conselho Administrativo da Samarco, órgão que, de resto, não exerce a gestão nem a execução da política gerencial da empresa, que fica a cargo da Diretoria Operacional. Ao Conselho de Administração, que se reúne quadrimestralmente, incumbe somente a orientação geral da companhia; não a execução de obras recomendadas pelos órgãos técnicos (Estatuto – art. 15, documento 07)”*.

¹⁹⁸ Id., TRF1. Processo N° 0002725-15.2016.4.01.3822 - 1ª VARA - PONTE NOVA: *“(…) Entretanto, o TRF/1ª Região, como já explicitado acima, não reconheceu, no rompimento da Barragem de Fundão, a responsabilidade dos membros do Conselho de Administração como garantidores, pois, apesar de possuírem funções deliberativas, não executavam atos de gestão e execução no âmbito da Samarco. A fortiori, os fundamentos utilizados pelo Tribunal para isentar os membros do Conselho de Administração de responsabilidade aplicam-se aos membros dos Comitês e Subcomitês da Samarco, que são órgãos colegiados, de natureza meramente consultiva, não possuindo, também, poderes para intervir na gestão da empresa, e, portanto, assumirem o status de garantidores. Enfim, as falhas porventura ocorridas no âmbito do aconselhamento ao CA não são suficientes para ensejar a responsabilização penal”*.

mencionados (STJ, RHC 14151¹⁹⁹; e STJ, APN 295²⁰⁰; STJ, HC 92.822/SP²⁰¹; STJ, AgReAgREsp – 1.140.011²⁰²) o membro do Conselho de Administração foi responsabilizado criminalmente, uma vez que, nos casos avaliados, revelou-se uma conduta operacional do conselheiro administrativo.

Em outro julgado, REsp 265.075/SP, o acórdão, de forma unânime, imputou responsabilidade penal aos integrantes dos Conselhos de Administração das instituições financeiras, sempre que exercerem atribuições, em natureza, de direção ou gerência. Isso porque entendeu o relator min. Hamilton Carvalhido, que os atos complexos de gestão requisitam a participação de mais de um órgão de formação de seu conteúdo, conforme art. 142, VI, da Lei federal nº 6.404/76. O Recorrido (membro do Conselho de Administração) teria praticado ato de gerência ao votar pela aprovação e viabilização da operação de crédito, para a qual subsistia alto risco²⁰³.

A importância das disposições do Estatuto Social para a responsabilidade penal do administrador é externada no voto divergente do Desembargador federal FAUSTO DE SANCTIS que havia dever e poder de agir para evitar o resultado nas disposições do Estatuto Social, o que evidencia a posição de garante²⁰⁴.

¹⁹⁹ STJ. ROHC - 14151 2003.00.34754-0, Paulo Gallotti. 04/12/2006: "(...) Esta Corte tem entendido que a expressão *diretores e gerentes* utilizada no art. 25 da Lei nº 7.492/86 para definir os penalmente responsáveis pelos delitos ali previstos abrange os *integrantes dos conselhos de administração* das instituições financeiras".

²⁰⁰ Id., AÇÃO PENAL nº 295, relator Min. Jorge Mussi. 12/02/2015: "(...) O membro do Conselho de Administração de Banco Estadual é penalmente responsável pela gestão da casa bancária, mormente quando, além da existência dessa previsão no estatuto da instituição, atua periodicamente em reuniões com o fim de aprovar e ratificar as operações mais relevantes".

²⁰¹ Id., HC 92.822/SP, "A conduta omissiva não deve ser tida como irrelevante para o crime ambiental, devendo da mesma forma ser penalizado aquele que, na condição de diretor, administrador, *membro do conselho* e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica, *tenha conhecimento da conduta criminosa e, tendo poder para impedi-la, não o fez*" (Voto vencedor, relator min. Napoleão Nunes Maia Filho. Com o vencedor votaram os srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz. Com o voto vencido do min. Arnaldo Esteves Lima votou o min. Jorge Mussi que concediam a ordem.)

²⁰² Id., AgReg no AgREsp - 1140011. 19/02/2019: "(...) No caso em tela, a gestão fraudulenta foi deliberada em coautoria por administradores e membros do conselho de administração".

²⁰³ Id., REsp. 265.075 – SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. 25/08/2004: "(...) 2. A disposição final da norma inserta no artigo 25 da Lei nº 7.492/86 - "assim considerados os diretores, gerentes" - contrariamente ao entendimento que, à força de uma interpretação estritamente formal de dispositivos isolados de diplomas legais diversos, fundou o acórdão impugnado, longe de excluir os integrantes dos Conselhos de Administração das instituições financeiras, integra-os no elenco dos penalmente responsáveis, sempre que exerçam atribuições, em natureza, de direção ou gerência".

²⁰⁴ TRF 3ª Região, 11ª Turma, HC - Habeas Corpus - 5023496-21.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Jose Marcos Lunardelli (vencido), julgado em 27/05/2019, Intimação via sistema DATA: 28/05/2019: Divergência do Des. Fausto De Sanctis: "(...) O cargo assumido pelo paciente junto à Diretoria da Cooperativa impunha-lhe o dever de fiscalização das operações e serviços, conforme consta do Estatuto da Cooperativa, uma vez que ele fazia parte da Diretoria. (...)

O Conselho de Administração, como visto, poderá assumir competência para atos de gestão se o Estatuto Social ou Regimento Interno assim o determinar e, ainda, mesmo que a normatização interna seja omissa, a função operacional poderá ser identificada na própria conduta de fato do Conselho de Administração. As deliberações podem, portanto, ser interpretadas como atos de gerência quando se revelam como “instância ratificadora” ou como avocação dos atos da diretoria.

2.5 Deliberações do Conselho: apenas uma compilação de votos ou o resultado do confronto de opiniões?

A deliberação do Conselho é externada na vontade dos seus membros pela compilação dos votos. Os relatórios técnicos, a opinião dos Comitês, a manifestação do *Compliance Officer*, todos devem ser avaliados para a formação da convicção de cada membro e, em conjunto, constituírem a manifestação de vontade una do órgão²⁰⁵.

A deliberação do órgão colegiado confere maior segurança à tomada de decisão pois é “*fruto de discussões, apresentação de argumentos diversos, confronto de ideias e opiniões, e não pela discricionariedade de apenas um membro*”²⁰⁶.

No julgamento do REsp 265.075/SP descrito no capítulo anterior, houve imputação de responsabilidade penal aos membros do Conselho de Administração exceto àqueles que votaram contra a aprovação da operação de crédito, para a qual subsistia alto risco²⁰⁷. Naquele caso houve o confronto de ideias. Os integrantes do conselho que não aprovaram a operação de crédito concluíram que o valor atribuído aos bens oferecidos em garantia era questionável e que a avaliação desses bens seria de alto custo, não constando claramente da proposta a quem caberia suportar o ônus. Com efeito, o voto dissidente demonstrou que o Conselho de Administração detinha informações suficientes a concluir pelo alto risco da operação, fato que levou ao debate e à votação. Não se tratou de mera votação protocolar apenas para

O paciente, da análise do Estatuto Social da Cooperativa, devia e podia agir para evitar o resultado, mormente porque figura na posição de garante”.

²⁰⁵ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 2011. p.104.

²⁰⁶ ABREU, Máira Leitoguinhos de Lima. Invalidação das Deliberações do Conselho de Administração. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p..70/71.

²⁰⁷ STJ. REsp. 265.075 – SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. 25/08/2004.

homologar uma decisão política da companhia. É imprescindível que seja incentivado um ambiente aberto ao contraditório, favorecendo o debate, a resultar no fato de que as decisões mais discutidas tendem ser as *mais robustas*²⁰⁸.

Sobre esse assunto, ganha relevo o nível e detalhamento das informações que chegam aos conselheiros. Ainda que os relatórios não sejam suficientes, o Conselho de Administração poderá requisitar informações e papéis, requerer o parecer de auditores ou a instalação de comitê técnico. O que pode soar estranho é o silêncio do conselheiro quanto ao *dever de se informar* sobre questões técnicas que permeiam a pauta de votação. Sendo ele figura indispensável ao controle de legalidade, a atuação proativa do conselheiro poderá identificar atos ilícitos; por outro lado, a omissão da investigação e a inatividade na busca pelo conhecimento dos detalhes de uma operação revela o preceito contido no § 1º do art. 158 da Lei das Sociedades por Ações: “O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se ... negligenciar em descobri-los ...”²⁰⁹.

A Comissão de Valores Mobiliários não deixou de manifestar-se sobre o assunto na Instrução Normativa CVM nº 480 ao indicar a necessidade de o colegiado constituir um perfil diversificado de conselheiros além de manter um debate efetivo de ideias²¹⁰.

Também o Tribunal de Contas da União, no relatório técnico que subsidiou o Acórdão nº 2284/2017 – Plenário, ressaltou que o Conselho de Administração delibera sobre questões relevantes e que cada reunião deve ser precedida de discussões, exposição de diferentes argumentos e pontos de vista, não devendo ser apenas uma compilação de votos²¹¹. O administrador diligente deve ser ativo, deve

²⁰⁸ GUERRA, Sandra. A caixa-preta da governança. 1 ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2017. P. 50.

²⁰⁹ Id., A caixa-preta da governança. P. 119: “Essa percepção de que os conselheiros vão para as reuniões sem saber o que está acontecendo é confirmada pela pesquisa de Guerra e Santos. Quando perguntados sobre o que mais atrapalha o bom funcionamento do CA, 95% dos respondentes citaram conselheiros que não se preparam para as reuniões”.

²¹⁰ CVM - Comissão de Valores Mobiliários. Instrução Normativa nº 480/09. Anexo 29-A, item 10: “Em relação ao princípio 2.2: “O conselho de administração deve ter membros de perfil diversificado, número adequado de conselheiros independentes, e tamanho que permita a criação de comitês, o debate efetivo de ideias e a tomada de decisões técnicas, isentas e fundamentadas”.

No mesmo sentido: GUERRA, Sandra. A caixa-preta da governança. 1 ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

²¹¹ Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 2284/2017 – Plenário. Fonte: Disponível em: <https://www.tcu.gov.br>. > Acesso em: 11 Abr 2020, às 19:38 hs.

participar das reuniões e ter juízo crítico e não apenas chancelar as ordens de outros órgãos ou dos demais conselheiros²¹².

Apesar da diretriz empreendida pela doutrina, a verificação pragmática é a de que, em parte das reuniões de Conselhos de Administração, são votados assuntos de ordem geral sem grande empenho na função fiscalizatória, ou a “ordem do dia” é cumprida com votações pré-definidas, de forma unânime, a referendar os interesses dos acionistas majoritários impostos aos conselheiros. Nestes casos, o dever de vigilância do Conselho de Administração dá lugar ao comportamento passivo, constituindo plateia para aplaudir os atos da Diretoria.

2.6 Criação de Comitês Técnicos

O Conselho de Administração poderá requisitar informações técnicas que não sejam do domínio dos conselheiros. O conselheiro não deve aventurar-se em assuntos nos quais lhe falta perícia, hipótese em que poderá requerer opinião especializada²¹³. Nesses casos, o Conselho tem a prerrogativa de requerer o apoio de *grupos de trabalho setoriais encarregados de opinar técnica e juridicamente sobre determinadas matérias*²¹⁴, formados por especialistas em determinado assunto de interesse para aquela deliberação cuja especialidade trará maior qualidade, detalhe e profundidade na informação. Uma vez que a informação passada ao Conselho de Administração é dotada de maior confiabilidade, as deliberações poderão retratar com maior exatidão a resposta à necessidade de todas as partes interessadas, com maior detalhamento e abrangência analítica²¹⁵. Para o IBGC os comitês são órgãos acessórios ao Conselho de Administração com função de suporte técnico, mediante a emissão de propostas para subsidiar as

²¹² ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e ações correlatas. São Paulo/Saraiva, 2009, p. 135.

²¹³ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1103.

²¹⁴ CARVALHOSA, Modesto. Sociedades anônimas [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 2. ed. -- São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018. Coleção Tratado de direito empresarial; v. 3 / coordenação Modesto Carvalhosa. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo XV. Administração. 2.4 Comitês do Conselho.

²¹⁵ B3 S.A. Regimento Interno do Conselho de Administração. Item 9.”. Fonte: Disponível em: <https://ri.b3.com.br/ptb/4213/Regimento%20Interno%20do%20CA.pdf>, > Acesso em: 03 Abr 2020, às 19:09 hs.

deliberações a cargo exclusivo dos conselheiros²¹⁶. CARVALHOSA assevera que, *por delegação do C.A.*, os comitês podem exercer as funções de *controle da legalidade e da legitimidade (interesse social, abuso e desvio de poder) dos atos praticados pelos diretores*²¹⁷.

Importante ressaltar que os comitês são órgãos colegiados de natureza meramente consultiva e não possuem, portanto, poder de mando ou poder de intervir na gestão da empresa²¹⁸. O comitê não é responsável pela conformidade legal da empresa, cabendo tal responsabilidade à auditoria externa ou ao órgão interno²¹⁹.

Por outro lado, os órgãos consultivos e técnicos estatutários, como é o caso dos comitês de auditoria, de controle e gerenciamento de riscos, estão acometidos de idêntica responsabilidade dos administradores, conforme disposto no art. 160 da Lei das S.A.²²⁰⁻²²¹.

Apesar de não possuírem poder de voto nas deliberações e tampouco a competência dos administradores (v. art. 139 da Lei das S.A.²²²), os coordenadores dos comitês devem participar da preparação da pauta das reuniões do Conselho de Administração. Mesmo sendo de natureza consultiva, os comitês são órgãos técnicos relevantes dentro da estrutura de governança corporativa, pois podem ser os responsáveis por monitorar e notificar o Conselho de Administração, no caso de riscos acima da tolerância permitida pela companhia. Com base nas informações técnicas dos comitês, o Conselho de Administração terá maiores condições de

²¹⁶ IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. O papel do conselho de administração na estratégia das organizações. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2017, pág. 23.

²¹⁷ CARVALHOSA, Modesto. Sociedades anônimas [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 2. ed. -- São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018. Coleção Tratado de direito empresarial; v. 3 / coordenação Modesto Carvalhosa. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo XV. Administração. 2.4 Comitês do Conselho.

²¹⁸ TRF 1ª Região. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Processo Nº 0002725-15.2016.4.01.3822 - 1ª VARA - PONTE NOVA: Ação penal no caso do rompimento da barragem do Fundão, de propriedade da empresa de mineração Samarco S.A., no Município de Mariana/MG.

²¹⁹ OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. Governança corporativa na prática: integrando acionistas, conselho de administração e diretoria executiva na geração de resultados / Djalma de Pinho Rebouças de Oliveira. -- 3. ed. -- São Paulo : Atlas, 2015, p. 63.

²²⁰ PARENTE, Norma Jonssen. Mercado de capitais [livro eletrônico] / Norma Jonssen Parente. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. -- (Coleção tratado de direito empresarial ; v. 6 / coordenação Modesto Carvalhosa). 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo IX. Ilícitos Penais.

²²¹ Lei Federal nº 6.404/76. "Art. 160. As normas desta Seção aplicam-se aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores".

²²² Idem, "Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto".

exercer sua competência fiscalizatória, de que trata o art. 142, III, da Lei das S.A. No caso da empresa VALE S.A., o Regimento Interno do Comitê de Segurança de Barragens prevê expressamente a responsabilidade do Comitê pelo assessoramento ao Conselho de Administração, fornecendo-o o diagnóstico das condições de segurança das barragens no Brasil utilizados pela companhia e, ainda, recomendará as medidas de segurança a serem tomadas²²³. Neste caso, o Comitê se coloca na posição de garantidor da informação imprescindível à tomada de decisão do Conselho de Administração, não exonerando, contudo, os deveres residuais de vigilância que permanecerão na esfera de responsabilidade do C.A..

No caso do Estatuto Social da B3 S.A., o Comitê de Auditoria – conforme CARVALHOSA, é o mais importante dentre eles²²⁴ – deve reportar-se ao Conselho de Administração, competindo-lhe, dentre várias competências, a de “*avaliar a efetividade e suficiência dos sistemas de controle de riscos, abrangendo riscos legais, tributários e trabalhistas*” e, também, “*avaliar e monitorar as exposições de risco da Companhia*” (art. 47, alíneas “h” e “l”, respectivamente). Com relação ao Comitê de Riscos e Financeiro, o mesmo Estatuto determina que compete a este Comitê *submeter periodicamente ao Conselho de Administração relatório sobre os resultados do monitoramento dos riscos corporativos ... e que possam afetar o atendimento aos seus objetivos*” (art. 52, alínea “d”)²²⁵.

A CVM, ao mencionar a obrigatoriedade do comitê de auditoria, dispôs que, entre suas atribuições, o comitê deve assessorar o Conselho de Administração no “*monitoramento e controle da qualidade das demonstrações financeiras, nos controles internos, no gerenciamento de riscos e compliance*”²²⁶. A mesma CVM, no Processo Sancionador nº 18/2008 asseverou que os pareceres dos auditores externos não eximem a responsabilidade dos administradores²²⁷.

²²³ VALE S.A. Regimento Interno do Comitê Independente Extraordinário sobre Segurança de Barragens da VALE S.A., de 15 de fevereiro de 2019. Fonte. Disponível em: http://www.vale.com/brasil/PT/investors/corporate-governance/board-committees-councils/Documents/Regimento%20CIAESB_p.pdf#search=regimento%20interno. > Acesso em: 12 Abr 2020, às 18:05 hs.

²²⁴ CARVALHOSA, Modesto. Sociedades anônimas [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 2. ed. -- São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018. Coleção Tratado de direito empresarial; v. 3 / coordenação Modesto Carvalhosa. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo XV. Administração. 2.4 Comitês do Conselho.

²²⁵ B3 S.A. Estatuto Social. Fonte: Disponível em: https://ri.b3.com.br/ptb/4271/21610_693846..pdf, > Acesso em 03 Abr 2020, às 19:04 hs.

²²⁶ CVM - Comissão de Valores Mobiliários . Instrução Normativa nº 480/09. Anexo 24, item 22.

²²⁷ Id., Processo Sancionatório nº 18/2008: “(...) *Por fim, quanto ao argumento de que a companhia recebeu pareceres sem ressalvas dos seus auditores externos, é fundamental que se compreenda*

A Lei Federal nº 13.303/2016 – Lei das Estatais – na seção dedicada ao Comitê de Auditoria Estatutário (art. 24²²⁸) estabelece, dentre as várias competências, a de avaliação e monitoramento de exposições de risco da empresa estatal, como atividade a auxiliar o Conselho de Administração. Sob uma análise mais detalhada, o IBCG juntamente com o IBRACON, preconizam que o comitê de auditoria deve “*monitorar a eficácia dos controles internos e das políticas e procedimentos de proteção em relação a fraudes, conflitos de interesse e demais desvios de conduta que possam impactar a organização*”²²⁹.

A atuação desses comitês tem grande relevo, sobretudo sobre o prisma da responsabilidade penal. É possível concluir que, diante das competências dos comitês, dentre elas a de monitorar e avaliar situações de riscos, bem como a de entregar informações detalhadas a subsidiar o completo conhecimento do assunto ao conselheiro de administração, a atuação dos comitês impacta diretamente no nexo de causalidade na eventual apuração de responsabilidade penal do membro integrante do Conselho de Administração. Isso porque o conselheiro, para alguns assuntos técnicos, irá proferir seu voto e o Conselho, por conseguinte, emitirá sua deliberação, com base naquelas informações expedidas pelos comitês²³⁰.

Também, a regulamentação interna da Companhia – Estatuto Social e Regimento Interno – é determinante para definir a abrangência do trabalho dos comitês, que podem partir da concepção de meros órgãos opinativos e de assessoramento passivo, como também podem assumir postura ativa de monitoramento e vigilância de riscos, a entregar ao Conselho de Administração

que tais pareceres não eximem a responsabilidade dos administradores – não os isenta dos deveres de monitorar e se informar. As eventuais irregularidades praticadas pelos auditores externos, se constatadas, devem ser avaliadas oportunamente”. Fonte: Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2010/20101214_PAS_1808.pdf. > Acesso em 17 Abr 2020, às 23:12 hs.

²²⁸ Lei federal nº 13.303/16. “Art. 24. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão possuir em sua estrutura societária Comitê de Auditoria Estatutário como órgão auxiliar do Conselho de Administração, ao qual se reportará diretamente”.

²²⁹ IBGC/IBRACON. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Orientações sobre comitês de auditoria: melhores práticas no assessoramento ao conselho de administração / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, Instituto dos Auditores Independentes do Brasil. São Paulo, SP :, 2017. p. 9.

²³⁰ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – regime jurídico*. 2 ed. revisada e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, págs. 405 e 406: “*A propósito, saliente-se que os administradores podem e devem confiar nas informações contidas em relatórios ou estudos que lhes são fornecidos por subordinados, auditores e outros profissionais. Tal confiança somente é quebrada caso verifiquem algum fato ou encontrem-se diante de algum sinal de alerta (red flag) que os faça suspeitar da existência de alguma irregularidade ou inconsistência de dados. Este princípio fundamenta-se no fato de que seria impossível, especialmente nas grandes companhias abertas, exigir-se que o administrador, por mais diligente que seja, conferisse pessoalmente a veracidade de todas as informações levadas a seu conhecimento*”.

informações detalhadas que provocarão uma deliberação sobre o tema objeto da investigação promovida pelo comitê. Quando solicitado, por pressuposto lógico e de confiabilidade, o comitê deve prestar informação técnica idônea e fundamentada.

A partir do momento em que o Conselho de Administração votou determinado assunto com base na opinião técnica do comitê, dessume-se que o órgão colegiado foi induzido àquele posicionamento exarado por especialistas. Caso a informação prestada pelo comitê seja inidônea ao mesmo tempo em que os membros tenham atuado com a diligência esperada, apesar da lesão ao bem jurídico, haverá grande possibilidade de romper-se o nexo de causalidade entre *conduta e resultado*, oportunidade em que os conselheiros administrativos poderão exonerar-se da imputação.

O nexo de causalidade estabelecerá o liame que unirá a conduta ilícita do conselheiro administrativo ao resultado lesivo ao bem jurídico²³¹. No caso das decisões do Conselho de Administração o amarriho que conecta a deliberação ao resultado, será identificado na ação ou omissão de cada membro integrante do Conselho de Administração.

O laço entre a ação ou omissão ao resultado lesivo, no entanto, poderá ser quebrado. Trata-se da chamada ruptura do nexo de causalidade. Ao tecer comentários sobre o art. 7º da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) OSÓRIO assevera que a existência de mecanismos de controle interno, a exemplo dos programas de integridade (*Compliance*) podem produzir a ruptura do nexo de causalidade²³².

O liame de causalidade vincula o comportamento irresponsável ao dano. No entanto a existência de portas “corta-fogo”, como é o caso do *Compliance*, dos Comitês ou órgãos internos dedicados ao controle interno a supervisionar, monitorar e avaliar situações de risco, podem romper o laço que vincula o dever de diligência ao resultado lesivo.

Conforme será visto no capítulo seguinte, para ROXIN a posição de garante do omitente torna irrelevante a análise da causalidade, uma vez que o autor se

²³¹ Sobre nexo de causalidade nas corporações, CARVALHOSA, Modesto. Sociedades anônimas [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 2. ed. -- São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018. Coleção Tratado de direito empresarial; v. 3 / coordenação Modesto Carvalhosa. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo II. Conceito, Características e Espécies. 6. Responsabilidade civil da companhia perante seus investidores de mercado.

²³² OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador [livro eletrônico] / 2. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. Impressa. Capítulo 5 – Teoria da Responsabilidade do Agente. Item 5.5 Responsabilidade das Pessoas Jurídicas.

encontra em posição que não o permitiria escolher entre agir e não agir; o resultado será imputado objetivamente ao omitente por não ter impedido o resultado²³³.

Na esteira do dever de diligência, retomamos o debate sobre o disposto no art. 142, III, combinado com o disposto no art. 153, ambos da Lei das S.A. A atuação do administrador deve ser aquela que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios, logo, a atuação deve ser ativa, diligente, atenta e investigativa, pois, a desatenção pode custar ao “homem de negócio” o seu próprio sustento. Não é à toa que o Conselho de Administração deve ser composto por pessoas qualificadas e dispostas a empregar uma parte significativa de seu tempo nas atividades do Conselho, a desempenhar atividades não de homem médio, mas de profissional qualificado para trazer lucros à companhia em favor da qual ele atua²³⁴. Ao comentar a exposição de motivos do anteprojeto que, posteriormente, transformou-se na Lei 6.404/76, CAMPOS indicou que a composição desejável do Conselho de Administração compreende membros de *variadas formações, experiências e especialidades*, destinadas à melhor orientação geral dos negócios da companhia²³⁵. Repita-se a lição de ADAMEK, para o qual o membro do Conselho de Administração deve possuir juízo crítico; interessar-se nas informações relevantes às decisões de maior destaque; e desconfiar de tudo “*por dever de ofício*”²³⁶.

A diversidade de qualificação dos membros do C.A., o dever de diligência, o ímpeto em imiscuir-se nos assuntos da companhia, deveriam, pelo menos em tese, indicar capacidade (funcional e mental) para que os assuntos submetidos à apreciação e deliberação do conselho sejam compreensíveis a quem é titular da decisão.

²³³ ROXIN, Claus. *La imputación objetiva em el Derecho Penal*. Tradutor y editor: dr. Manuel A. Abanto Vásquez. Ed. IDEMSA. Lima, Peru. 1997. p.15/16.

²³⁴ CVM. Processo Sancionador nº 18/2008. “(...) O padrão para o dever de diligência de administradores de companhias abertas não é o do pater familiae e sim o do administrador profissional competente, que visa à consecução do objeto social, com a obtenção de lucros para a companhia”. Fonte: Disponível em:

http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2010/20101214_PAS_18_08.pdf. > Acesso em 17 Abr 2020, às 22:43 hs.

²³⁵ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1096. No mesmo sentido: GUERRA, Sandra. A caixa-preta da governança. 1ª ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

²³⁶ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatas. São Paulo. Ed. Saraiva, 2009, p. 135/136.

Ao declinar-se sobre a análise da capacidade de compreensão, percepção e entendimento (*cognoscibilidade*) dos assuntos submetidos à avaliação do autor dos crimes de omissão imprópria, BOTTINI defende a imputação objetiva quando era possível ao omitente ter a percepção do contexto fático de que a inação conduziria ao resultado lesivo²³⁷.

Tendo à sua disposição os comitês que prestarão suporte técnico nas decisões de relevo, ao Conselheiro caberá a análise aprofundada do tema para proferir seu voto, obedecendo aos interesses da companhia. No entanto, mesmo tendo à disposição o auxílio de especialistas, a sua não utilização poderá impingir a responsabilidade pela decisão ao Conselho e a seus membros. E com todos os deveres – de diligência, lealdade – além das competências que lhe são próprias pela legislação e estatuto social, a decisão errada não pode ser justificada por desconhecimento quando a informação, se não estava disponível, era possível obtê-la. No entanto, esta conduta comissiva por omissão que conduz à consumação de um ilícito, de forma dolosa ou culposa, será demonstrada no resultado probatório de uma investigação pelos órgãos de controle ou autoridades policiais. É inaceitável alegar desconhecimento do assunto, como defesa para exonerar-se de uma possível culpa²³⁸.

Da mesma forma que o art. 158, § 1º, da Lei das S.A., impõe dever de diligência aos membros do Conselho de Administração, o art. 160²³⁹ do mesmo diploma federal vincula este dever de diligência aos membros de quaisquer órgãos criados pelo estatuto social da empresa para assessorar o Conselho de Administração, a exemplo dos comitês ou grupos de trabalho com funções técnicas e suporte aos administradores. Para a CVM, nos autos do Processo Sancionatório nº 18/2008, o Conselho de Administração falhou no “*dever de se informar*” – uma das facetas do dever de diligência –, pois “*deveriam conhecer o fluxo de informações*

²³⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1ª edição. Ed. Marcial Pons. 2018. p. 46/49. “*Além da capacidade física para agir de acordo com a norma, deve o omitente conhecer – ou ter a capacidade de conhecer – o contexto fático diante do qual a norma exige a atuação, bem como a possibilidade de agir de acordo com ela, controlando o perigo ou empreendendo o salvamento de maneira eficaz. (...) No âmbito das organizações complexas, como empresas e entidades públicas, a medida do conhecível se dá pela análise das atribuições específicas do agente concreto, seu papel na organização, levando-se em consideração a capacidade funcional de alguém que ocupasse cargo similar de conhecer irregularidades ex ante*”.

²³⁸ GONZALEZ, Roberto Sousa. Governança Corporativa – O poder de transformação das empresas. São Paulo: Trevisan Editora, 2012. p.42.

²³⁹ Lei Federal nº 6.404/76. “Art. 160. As normas desta Seção aplicam-se aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores”.

atrelado ao exercício de controle da política financeira” da empresa²⁴⁰. Neste mesmo processo, a CVM indicou que o dever de se informar é constituído pela *conferência, investigação e supervisão das fontes*.

Indubitável que a assimetria de informações faz parte do mundo corporativo, mas o mau julgamento somente será escusável se restar demonstrada a impossibilidade de o administrador – minimamente diligente – obter a informação necessária à deliberação²⁴¹.

A existência dos Comitês – com deveres de diligência iguais aos dos membros do Conselho de Administração – permite que, como dito, informações técnicas que nem sempre são de domínio dos membros do Conselho, possam subsidiar as deliberações²⁴². É possível depreender duas situações claras de ruptura do nexo de causalidade. A primeira delas ocorre quando, instado a se manifestar sobre determinado assunto, o Comitê técnico emite parecer com informações inidôneas ou insuficientes ao Conselho de Administração. Neste caso é imprescindível que a informação inadequada seja apta a confundir o juízo do Conselho de Administração conduzindo-o a uma decisão equivocada baseada na informação prestada pelo Comitê. Este seria uma hipótese defensável de ausência de causalidade. Se, ao contrário, o parecer do Comitê é impróprio, errado ou inconsistente, cuja impropriedade é perceptível a qualquer homem ativo e probo na administração de seus próprios negócios (art. 153 da Lei das S.A.), o Conselho ficaria mais próximo de uma eventual responsabilização. A segunda hipótese ocorre quando a companhia não depende exclusivamente da competência fiscalizatória do Conselho de Administração para o aprofundamento ou a investigação de fontes de perigo, uma vez que o Estatuto Social determina a constituição de comitês técnicos

²⁴⁰ CVM. Processo Sancionatório nº 18/2008: “(...) O dever de se informar compreende, justamente, obter as informações necessárias para o desenvolvimento do negócio social. No caso em análise, isso não significa que os conselheiros deviam saber detalhes sobre as operações realizadas, mas saber que a Diretoria Financeira desempenhava um papel extremamente sensível para a companhia”.

²⁴¹ ABREU, Máira Leitoguinhas de Lima. Invalidação das Deliberações do Conselho de Administração. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.206/207.

²⁴² Mais recentemente, no âmbito do julgamento do PAS nº RJ2014/8013, em 31.7.2018, o Diretor Relator Gustavo Gonzalez, amparado em ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial sistematizou “as condições necessárias para que o assessoramento por terceiros possa, de fato, blindar os administradores de responsabilidade”. *Dentre essas condições, têm relevo no presente caso (i) a qualificação do assessor, pois ‘a informação na qual os administradores irão se fiar deve ter sido preparada por um terceiro que tenha expertise na matéria’; (ii) a divulgação de informações ao assessor, pois ‘os administradores devem fornecer todas as informações relevantes para o assessoramento’; e (iii) a análise de sinais de alerta (red flags), pois ‘o administrador não pode ser simples receptor e aplicador da informação recebida, tendo o dever de analisar criticamente o material que lhe é apresentado’.* ‘As outras condições relacionadas no voto são a efetiva confiança no assessor, o nexo de causalidade entre o assessoramento e a decisão, e a atuação de boa-fé.’”

destinados ao monitoramento de riscos da atividade da companhia ou dos atos de gestão da Diretoria.

Quanto à transmissão dos deveres de cumprimento às normas de cuidado, entendemos que seja possível a delegação dos deveres de vigilância ou proteção. O Conselho de Administração poderá transmitir os deveres de vigilância e proteção a delegados, tais como comitês técnicos ou programa de integridade, desde que se trata de riscos permitidos, tolerados. Se se tratar de riscos não permitidos, a delegação também é possível, mas sob severas ressalvas. Conforme exemplifica BOTTINI, o diretor de uma empresa construtora que determina a construção irregular de uma barragem, oferecendo riscos à comunidade ou ao meio ambiente, pode delegar o dever de proteção desde que o delegado que assume a função de salvamento tenha ciência da gravidade e dos detalhes da sua atribuição, sendo indispensável, ainda, que ele tenha capacidade (qualificação e condições físicas) para evitar o resultado²⁴³

É recomendável que a decisão dos administradores seja amparada por programas de integridade (*compliance*) ou de assessoramento jurídico, que possam alertá-los acerca das consequências pelas decisões ilícitas, muitas vezes advindas de práticas convencionais dentro dos padrões da companhia, tanto de empregados como dos administradores²⁴⁴.

Depreende-se que, havendo a delegação de funções, com atribuições claras de fiscalização ao comitê que possuirá o dever de monitoramento, rompe-se o nexo causal entre o dever de fiscalização do Conselho de Administração e o resultado do ato ilícito. A delegação da possível posição de garante exigirá uma gama de requisitos para consolidar-se sob pena de, na ausência destes pressupostos da delegação, a competência outorgada ser novamente atraída ao outorgante, restituindo-se a ele a posição de responsável exclusivo pelo dever de agir²⁴⁵.

A considerar que a relação entre Conselho de Administração e Comitê técnico pode ficar tumultuada, na medida em que a atribuição de responsabilidade por algum ato ilícito pode ser o objeto de negação recíproca, é prudente que os

²⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. p. 281/282.

²⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. *Capítulo 10 - Responsabilidades individuales em estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier: Barcelona, 2013. p.282.

²⁴⁵ Este assunto da delegação e dos pressupostos de regularidade da transmissão de poderes/deveres, será tratado com mais detalhe no capítulo 3.5.

membros do Conselho de Administração não participem dos comitês técnicos, a manter a isenção das posições: (i) do comitê, por opinar tecnicamente sobre um determinado tema; e (ii) do Conselho de Administração, por deliberar livremente com base no parecer técnico, seguindo-o ou discordando dele.

No caso do Banco Panamericano (em que vários administradores foram condenados pela CVM por fraude contábil) o comitê de auditoria foi responsável pela ineficácia do sistema de controles da companhia²⁴⁶. No entanto, ao atestar a qualidade e efetividade desse sistema, o Conselho de Administração tomou por base a situação de estabilidade e segurança dentro da companhia, o que pode ter induzido a uma decisão equivocada, tendo em vista que o colegiado se valeu de informações inidôneas prestadas pelo comitê técnico. Neste caso específico, alguns membros do Conselho de Administração foram condenados administrativamente pela CVM; na Justiça Federal ainda tramita apelação criminal²⁴⁷.

Nesse diapasão, se o Conselho de Administração, valendo-se do suporte técnico do comitê ou acreditando que o sistema de controle de riscos era eficaz, não havendo qualquer evidência de falha na informação, ou não sendo constatada qualquer fonte de perigo aos olhos dos membros do colegiado (sob a análise de profissionais qualificados, probos e exercendo a competência na melhor intenção à companhia e às partes interessadas), há elementos para romper-se a causalidade, uma vez que as ferramentas jurídicas destinadas ao dever de diligência foram utilizadas. Neste exemplo, não haveria liame de causalidade entre a deliberação do conselho (e o comportamento individual de seus membros) e o injusto penal. O dever de supervisão e vigilância foram atendidos com a confiança na atuação do Comitê, estando ausente o dolo e a culpa na decisão dos conselheiros²⁴⁸.

Será preciso investigar a qualidade das informações que chegam aos conselheiros, uma vez que a responsabilidade está restrita aos relatórios ou fatos

²⁴⁶ CVM. Processo Sancionador nº 01/2011. Banco Panamericano. Fl. 88, itens 123 e 124 do julgamento. Fonte: Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2018/012011_Banco_Panamericanocx.pdf. > Acesso em 18 Abr 2020, às 18:41 hs.

²⁴⁷ TRF 3ª Região. Processo nº 0000310-82.2011.403.6181 – segredo de justiça.

²⁴⁸ STF. HC 138637 / SP. Ministro Celso de Mello: “*Sem que haja relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o resultado morte, não pode ele ser responsabilizado por esta (TACrSP, Julgados 78/210; RT 529/368), sendo inadmissível, no Direito Penal, a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva (STF, RTJ 111/619)*”. E, ainda: “Como relembrado pelo impetrante, já tive o ensejo de acentuar, em voto proferido no RE 130.764/PR (no qual se discutia, entre outros elementos, o tema do nexa causal, ainda que *em perspectiva civil*), que se revela de essencial importância a questão da relação de causalidade entre o comportamento do agente e a consumação do dano”.

que eram de conhecimento do conselho. No entanto, se a informação era, à época da deliberação, disponível, o membro do C.A. poderá ser responsabilizado. É possível, ainda, conceber-se uma circunstância em que o órgão colegiado, ou alguns de seus membros, tem conhecimento de *onde* e *como* obter as informações técnicas para subsidiar sua decisão, mas propositalmente não as obtém, colocando-se, intencionalmente, em posição de desconhecimento (Teoria da Cegueira Deliberada).

2.7 O voto dissidente como possível excludente de culpabilidade

Os votos dos membros do conselho de administração representam a vontade dos acionistas majoritários ou controladores, além dos interesses minoritários e, inclusive, dos funcionários da companhia (no caso de empresas estatais, art. 19, *caput*, da Lei Federal 13.303/2016), desde que sejam mantidos os princípios da preservação da empresa, das boas práticas de governança corporativa, do interesse social.

A princípio, os membros do Conselho de Administração são responsáveis coletivamente, exceto se expressamente tiverem manifestado sua discordância, conforme previsto na segunda parte do § 1º do art. 158 da Lei das Sociedades por Ações²⁴⁹.

Na exata medida em que a responsabilidade penal é *pessoal e subjetiva*²⁵⁰, a atuação individual dos membros do Conselho de Administração será fundamental a identificar o grau de contribuição para o cometimento do delito. Trata-se, portanto, de avaliar o efeito da posição individual de cada membro para fins de responsabilidade penal. Nesse diapasão, uma determinada decisão do Conselho que acaba por permitir um dano a terceiros ou a bens jurídicos protegidos por lei, indicará os autores da conduta delituosa na medida de sua participação. A votação unânime indicará que todos os membros contribuíram para aquela decisão, e serão

²⁴⁹ Lei Federal nº 6.404/76. “Art. 158 - ... § 1º - ... Exime-se de responsabilidade o *administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração* ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral”.

²⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal [livro eletrônico]: parte geral: volume 1, 1ª ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017. PARTE III - Princípios Fundamentais Do Direito Penal. I. Princípios Fundamentais Do Direito Penal. 6. *Princípios da pessoalidade e da individualização da pena*.

responsáveis solidários no caso de um ilícito civil; já na esfera penal responderão individualmente na medida de sua culpabilidade.

No mesmo exemplo, mas em outra circunstância, eventual voto dissidente pode não interferir na deliberação do colegiado, uma vez que a maioria dos votos indicará a decisão tomada. No entanto, a dissidência eximirá o dissidente da responsabilidade, uma vez que sua discordância foi expressa e, ainda, será conhecida por todos, inclusive acionistas, uma vez que as deliberações do Conselho de Administração são acessíveis a qualquer uma das partes interessadas na companhia. Conforme texto expresso do § 1º do art. 158, da Lei das S.A., “*exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata*”.

Para o IBGC, o conselheiro deverá consignar sua divergência como medida para eximir-se da responsabilidade. Se, por algum motivo, houver impedimento de declarar a dissidência, deverá registrar o fato à Assembleia Geral de Acionistas²⁵¹. Também a CVM asseverou a responsabilidade colegiada, exceto quando o conselheiro consignar a discordância sobre os atos praticados²⁵². Uma vez manifestada por meio de declarações de voto ou protestos verbais ou por escrito, a divergência deverá ser registrada e arquivada na companhia²⁵³. As razões da dissidência devem ser feitas por instrumento em separado e protocolado pelo secretário da reunião.

No caso do rompimento da Barragem de Fundão que acabou por devastar a cidade de Mariana/MG, a produzir várias mortes, o desembargador relator que julgou o Habeas Corpus, teve entendimento peculiar em relação à deliberação do Conselho de Administração, ao afirmar que, em verdade, não há uma individualidade no voto, senão uma vontade da maioria que prevalece, e que eventual divergência desaparece na vontade geral²⁵⁴. Embora não concordemos

²⁵¹ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. A Responsabilidade dos Administradores e o Dever de Diligência. GT Interagentes. 2014, FL. 06. Fonte: Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=23609>. > Acesso em 12 Abr 2020, às 21:27 hs

²⁵² CVM - Comissão de Valores Mobiliários –. Processo Sancionador nº 18/2008.

²⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2 [livro eletrônico]. 3. ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019. 3. ed. e-book baseada na 22. ed. impressa. Quarta Parte - A Sociedade Anônima. Capítulo 23. Órgãos Societários. 2.6. Ata.

²⁵⁴ Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRFQ – Habeas Corpus N. 0070468-62.2016.4.01.0000/MG: “(...) *Na deliberação dos órgãos assembleares, que ocorre por maioria (atos colegiais), não há individualidade nem pluralidade válida (e eficaz) de declarações (votos), senão uma vontade, a da maioria, que prevalece. As vontades individuais, mesmo diferentes, desaparecem na expressão da vontade geral*”.

com esta posição, a decisão tem certa razão sob aspecto de que a maioria sempre prevalecerá sobre a vontade da minoria, no entanto, a individualidade do voto divergente é que assegura a isenção da responsabilidade daquele que foi contra a decisão que acabou por permitir o resultado ilícito. Ademais, o voto dissidente grita e ecoa, a chamar a atenção dos acionistas para um delito que está na iminência de ser produzido sob os olhos dos administradores. O voto dissidente é ação física erigida para evitar o resultado; trata-se do exercício do dever de agir, do poder e dever de cuidado. O conselheiro que discorda da posição da maioria, a oferecer resistência para a decisão que admite o risco não permitido, embora saiba que sua vontade não prevalecerá, emprega energia física e mental para evitar o resultado, saindo da inércia e passividade para isentar-se do crime comissivo por omissão.

Ao mencionar o conhecido caso *Lederspray*²⁵⁵, julgado pelo Tribunal Alemão (BGH), SILVEIRA alertou a respeito das decisões de órgãos colegiados e da identificação dos membros votantes e não votantes (omissos) sob o aspecto da possibilidade da imputação pela conduta criminosa a título de comissão por omissão²⁵⁶. Uma vez que a decisão do órgão colegiado é determinante para o resultado penalmente relevante, a instrução criminal irá averiguar se a decisão colegiada foi unânime ou houve alguma divergência, capaz de chamar a atenção para que a empresa pudesse agir de forma lícita. A análise mais aprofundada poderia sugerir uma situação diferente, em que, por previsão estatutária, a maioria dos votos do Conselho de Administração seria suficiente à tomada de decisão. Para SILVEIRA, mesmo aqueles membros que não votaram (ou o fizeram após computada a maioria de votos) também poderiam ser responsabilizados a título de omissão²⁵⁷. Ainda sobre o caso do *Lederspray*, ROXIN não se furtou a asseverar que não basta que o membro do colegiado justifique sua passividade em face de possuir um voto isolado e que não fará diferença em face da maioria; para que a responsabilidade penal seja afastada, este membro deverá demonstrar que fez tudo o que era possível e exigível para defender a decisão correta²⁵⁸.

²⁵⁵ *LEDERSPRAY* – produto (spray) de origem alemã, destinado à proteção de sapatos e roupas de couro. Era produzido e comercializado por duas empresas que se omitiram ao constatarem o potencial lesivo ao ser humano, mantendo-o no mercado com a conseqüente morte de pessoas.

²⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime*. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2016, p. 159/160.

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 162.

²⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas. 2015. Pág. 777. “En esta cuestión el sujeto no puede exonerarse alegando que su

No caso julgado pela CVM – CFLCL e ALLIANT – embora tendo maioria de votos, a deliberação do Conselho de Administração foi questionada por uma conselheira, ao entender que a aprovação da contratação de crédito que elevaria o débito total da companhia a patamar acima de 6% deveria ser aprovada por quórum qualificado, o que não teria sido respeitado. Inobstante tenha sido a conselheira acusada de violação à legislação societária – posto que não há autorização para a atuação isolada de membro do C.A. e que tal conduta teria violado os arts. 153 e 154 da Lei das S.A. – a absolvição parcial foi fundamentada na convicção de que não havia outra alternativa para defender os interesses da companhia e que a conselheira não agiu por falta de diligência. Remanesceu à conselheira apenas a sanção de advertência, uma vez que a irresignação deveria ter sido tratada *interna corporis*, e não levada ao conhecimento das instituições financeiras onde seria obtido o crédito²⁵⁹.

Como visto, o membro integrante do Conselho de Administração tem o dever de fiscalização (controle) e, havendo notícia de um ilícito penal, tem o dever de agir. Mesmo sendo um colegiado e ainda que existam pressões internas para determinada ação (decisão para que algo seja feito em relação ao ilícito) ou omissão (ausência de investigação ou inércia ante o delito), o conselheiro não deve ser visto como portador de um dever solidário, mas sim como pessoa agindo de forma individual, “*sobre quem recai o mandato normativo de realizar determinada ação para afastar a ocorrência do resultado*”²⁶⁰. Posição mais drástica ainda é aquela em que o administrador que não concorda com a decisão tomada deve fazer menção expressa à sua reprovação ou, caso mantida, demitir-se²⁶¹.

Embora, na teoria, o voto de divergência seja um exercício livre e desimpedido do conselheiro administrativo, a situação prática mostra contornos

esfuerzo por llevar a cabo la decisión colegiada requerida hubiera sido infructuoso debido a que los otros participantes en caso de pugná-lo lo habrían vencido por mayoría de votos. Sólo se exoneraría de su responsabilidad penal compartida si él hubiera hecho todo lo que le era posible y exigible para lograr la decisión debida”.

²⁵⁹ CVM – Comissão de Valores Mobiliários – Processo Administrativo Sancionador (PAS) nº 2007/4476, de 12/03/2008.

²⁶⁰ TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. I, Julho 2011. Capítulo 1 – Teoria da Lei e Dogmática Penal, 6 - Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos (60).

²⁶¹ LEITE, Fernando Rudge. Doutrinas Essenciais. Direito Penal Econômico e da Empresa. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. Ano 1. Vol. VI. Julho/2011. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. 3-Da responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas no direito brasileiro e no comparado.

consideravelmente diferentes. Ante uma situação de conflito com seus valores morais ou quando uma tomada de decisão poderá criar um risco não permitido, a oposição de um conselheiro à vontade da maioria do C.A. pode representar uma situação de confronto à vontade dos acionistas controladores (representada na vontade da maioria votante). A pressão exercida pelos demais conselheiros e a própria situação desconfortável de suspender a pauta de votação, para exercer o direito de vista das informações e, com isto, melhor fundamentar o voto, pode colocar o conselheiro em posição isolada do grupo. O isolamento de um membro em processos decisórios de órgãos colegiados sempre será uma circunstância de maior ou menor *stress*.

Sobre a difícil sustentação desta posição minoritária, SILVA SÁNCHEZ aponta uma tendência da minoria seguir a posição majoritária do grupo, uma vez que o membro está propenso a ter medo de sofrer rejeição quando não segue a diretriz do líder ou da maioria do grupo e, por isso, tende a participar do posicionamento do grupo mesmo quando oposto à sua convicção²⁶².

²⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. *Capítulo 10 - Responsabilidades individuales em estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier: Barcelona, 2013. p.276/277

3 OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

A responsabilidade penal poderá ser imputada quando a omissão dos membros do Conselho de Administração é penalmente relevante. Conforme o artigo 13, § 2º, do Código Penal, a omissão passa a ter relevância penal quando aquele que deixa de agir, possuía condições mentais e físicas para evitar o resultado e, sobretudo, *podia* e *devia* interferir na dinâmica dos fatos para evitar o resultado.

O Código Penal, ao referir-se ao delito cometido pela administração de sociedades anônimas, menciona a diretoria, no entanto, deverá incluir também o conselho de administração²⁶³, uma vez que, como visto no capítulo anterior, há atos de administração complexos, a exigir a atuação do Conselho de Administração como instância de aprovação ou, em alguns casos, o conselho pratica atos de gestão.

Ao mencionar as condutas e responsabilidades dos administradores, previstas na Lei das S.A., CAMPOS assinala que toda conduta, para fins de responsabilização, deve ser lida pela lente do dever de diligência²⁶⁴.

Quando os membros estiverem na condição de garantes, possuem capacidade intelectual para identificar o problema e, ainda, tiverem capacidade de agir, deverão atender à expectativa daqueles que esperam sua ação. O membro na posição de garante é aquele de quem se tem a expectativa da proteção de bens e interesses jurídicos relevantes.

A responsabilidade estará restrita à sua posição dentro do processo de deliberação do Conselho. O voto divergente, por sua vez, poderá retirar o membro do Conselho de Administração da órbita de responsabilidade. Existirá a responsabilidade penal do administrador sob o prisma da omissão imprópria quando a ele foi atribuída a posição de garante. Nessa esteira, a depender dos termos do estatuto social da companhia, ou dos instrumentos normativos internos, os membros do Conselho de Administração poderão ser tutelares dos bens jurídicos da sociedade.

²⁶³ PARENTE, Norma Jonssen. Mercado de capitais [livro eletrônico] / Norma Jonssen Parente. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. -- (Coleção tratado de direito empresarial; v. 6 / coordenação Modesto Carvalhosa). 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo IX. Ilícitos Penais.

²⁶⁴ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1087.

Há também elementos que podem romper o nexo de causalidade entre a conduta do conselheiro e o resultado danoso aos bens jurídicos protegidos pela sociedade, afastando dos membros do Conselho de Administração a posição de garante. No entanto, a delegação ou, ainda, a transferência do dever de cuidado é matéria que guarda especial complexidade na medida em que a obrigação, objeto de delegação, exigirá uma série de pressupostos que deverão ser atendidos sob pena de o delegante avocar a responsabilidade pelo dever de vigilância delegado. Ainda que a delegação seja feita sob os critérios rígidos de transmissão de poderes, remanescerá o dever residual de vigilância sobre os atos praticados pelo delegado.

Em se tratando de responsabilidade pessoal e subjetiva, é imprescindível à responsabilização penal o aprofundamento – mediante investigação criminal idônea e eficaz – sobre a individualização da conduta de cada um dos membros do Conselho de Administração. O nível de conhecimento técnico exigido do membro integrante do C.A. ou a especialização requerida para que o colegiado decida sobre determinados assuntos de grande relevância para a Companhia, aumentam ou diminuem a atração da responsabilidade penal.

Um “parecer técnico” inconclusivo ou insuficiente que possa induzir o Conselho de Administração a decisões equivocadas poderá ser determinante à identificação do responsável. Se a falha ou a insuficiência do parecer técnico é flagrante, perceptível a qualquer indivíduo probo e com conhecimento razoável a ocupar a posição de membro do Conselho de Administração, a situação é de maior atração à responsabilidade e ao dever de agir. No entanto, caso contrário, em que a falha do parecer induziu a deliberação, haverá menor possibilidade de o conselheiro administrativo responder pelo dano causado.

Não é possível exigir que o membro integrante do Conselho de Administração seja um “super-homem”, para detectar armadilhas ou conhecer em profundidade todos os assuntos afetos à atividade da empresa. Todavia, como dito no capítulo anterior, o estatuto social ou o regimento interno da companhia suplementará o disposto no art. 142, III; e art. 158, §1º; ambos da Lei das S.A., colocando o conselheiro na posição de garante, hipótese em que, para não subsistir a responsabilidade penal, o acusado do delito deverá comprovar que não contribuiu para a consumação do fato. Também foi tratado no capítulo anterior, a existência de casos em que a regulamentação interna, ao contrário de complementar as atribuições, acaba por desidratar as funções do C.A.

Também, sob a perspectiva da responsabilidade penal, este capítulo trará o debate sobre a possibilidade de sub-rogar a posição de garante ao *Compliance Officer*. Existe dever de vigilância do profissional responsável pelo programa de integridade da empresa? Este dever estaria dividido entre ele e o Comitê de Controle Interno e de Risco ou o Comitê de Auditoria?

Segundo ROXIN, está na posição de garante de vigilância (ou asseguração) todo aquele que cria uma fonte de perigo proibido ou, em outras palavras, todo sujeito é responsável para que as fontes de perigo iniciados por ele não terminem em um resultado antijurídico²⁶⁵. Existem pressupostos gerenciais, tais como “travas de contenção”, que poderiam, em tese, romper a causalidade, a afastar a responsabilidade penal do membro integrante do Conselho de Administração. São exemplos dessas “travas”: a seleção adequada dos diretores; o dever de informar ao as atribuições; a obrigação de coordenação e liderança, transferindo responsabilidades aos dirigentes; dever de provisão de meios econômicos, materiais e pessoais para a atividade delegada; dever de vigilância e controle; dever de reação, sob pena de omissão.

A princípio, a adoção das medidas de delegação descritas anteriormente poderia caracterizar a ruptura do liame de causa e efeito, descaracterizando a responsabilidade por omissão imprópria dos membros do Conselho de Administração.

A implementação de um programa rígido de *Compliance* poderia, em tese, também ser um elemento de excludente de tipicidade do crime de omissão imprópria, na medida em que o Conselho de Administração teria adotado todas as medidas de prevenção, transferindo a responsabilidade penal ao *Compliance Officer*.

3.1 Princípio da Capacidade

A escolha do conselheiro pelos acionistas deverá revestir-se da necessária avaliação de aptidão mental e moral. O conselheiro administrativo que vota para deliberar sobre determinada matéria deve ter condições de compreender a dimensão e as consequências de seu voto. Não será exigido que o conselheiro seja

²⁶⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas. 2015. p.885.

expert em todas as matérias que serão submetidas à decisão do órgão colegiado, mas será vindicado que ele requisite auxílio técnico, por meio dos comitês técnicos, ou exija a apresentação dos relatórios e papéis da companhia. A percepção dos fatos e dos deveres e responsabilidades reclamarão uma determinada conduta ativa. Não havendo informação suficiente a sua manifestação, o conselheiro deverá investigar a matéria; mesmo após a requisição, se a informação não for disponibilizada, o voto deverá indicar a ausência de informações e, portanto, a impossibilidade de apresentar seu voto. Sem a capacidade de compreender, de perceber os efeitos da sua atuação, a responsabilidade penal poderá ficar dividida entre o conselheiro (culpa *in vigilando* decorrente da falta de diligência) ou, em *ultima ratio* recair sobre o acionista (culpa *in eligendo*) que indicou conselheiro flagrantemente inapto ao exercício do colegiado. A *cognoscibilidade*²⁶⁶, na opinião de BOTTINI, é essencial para a imputação objetiva do resultado, uma vez que a *possibilidade de percepção do contexto* e dos meios hábeis para a evitação do resultado lesivo conduzem à reprovabilidade da conduta, *ao menos a título de culpa*, caso o produto da inação tenha ocorrido pela imprudência ou negligência do omitente²⁶⁷.

Segundo ROXIN a culpabilidade, como imputação subjetiva, depende da idoneidade do autor para ser *destinatário de normas* e, por consequência, da capacidade de autodeterminação²⁶⁸. O mesmo autor complementa: a falta de *capacidade de compreensão* coloca o autor em posição em que a *mensagem da norma* não pode alcançá-lo.

Conforme discutido no capítulo anterior, há fundada expectativa de que o conselheiro indicado pelos acionistas possua formação acadêmica e intelectual compatíveis com a importância da função, além da experiência em lidar com questões do universo corporativo, aptas ao exercício das competências dentro do

²⁶⁶ Cognoscibilidade: “Além da capacidade física para agir de acordo com a norma, deve o omitente conhecer – ou ter a capacidade de conhecer – o contexto fático diante do qual a norma exige a atuação, bem como a possibilidade de agir de acordo com ela, controlando o perigo ou empreendendo o salvamento de maneira eficaz. (...) No âmbito das organizações complexas, como empresas e entidades públicas, a medida do conhecível se dá pela análise das atribuições específicas do agente concreto, seu papel na organização, levando-se em consideração a capacidade funcional de alguém que ocupasse cargo similar de conhecer irregularidades *ex ante*”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. p. 46/49.

²⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. p. 46.

²⁶⁸ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 46. Jan/Fev.2004. Revista dos Tribunais. p.52.

Conselho de Administração. Presume-se que, qualquer que seja a formação acadêmica do conselheiro, a leitura atenta das normas mandamentais da Lei das S.A. (art. 142, art. 153 e art. 158, § 1º) e, também, das atribuições definidas no Estatuto Social ou Regimento Interno, permitem ao leitor a compreensão da dimensão do trabalho e da responsabilidade. Na esteira de ROXIN, somos da opinião de que o conselheiro qualificado é destinatário da norma e, portanto, a omissão que produza resultado maléfico relevante, irá alcançá-lo.

3.2 Da expectativa depositada sobre o Conselho de Administração

No caso dos conselheiros, a expectativa de ação é externada no § 1º do art. 158 da Lei das S.A. O administrador não será responsável por atos ilícitos de outros administradores, exceto: a) se com eles for conivente; b) se negligenciar em descobri-los; ou c) se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática.

A expectativa colocada sobre o conselheiro é de que ele tenha capacidade cognitiva e competência técnica para assumir posição de avaliação e voto sobre matérias de diversas disciplinas, sabendo da responsabilidade e do dever de investigar e, tendo conhecimento de fato que contrarie os interesses sociais da companhia, insurja-se de forma eficaz.

Para BOTTINI, a omissão passa a ser relevante na *ausência de um comportamento exigido* e, portanto, esperado pela norma jurídica²⁶⁹. Frustra-se a expectativa de que o sujeito realizará uma ação positiva de opor-se a uma situação de perigo. Ao contrário, se não há expectativa, não há omissão²⁷⁰. Os acionistas indicaram os membros do Conselho de Administração justamente para que eles exerçam os deveres de preservação da empresa e obedeçam aos interesses sociais. Conforme visto no capítulo anterior, a indicação do conselheiro é revestida de especial confiança, mesmo porque informações relevantes (e até segredos industriais e comerciais) passarão pelo seu crivo. A indicação também pressupõe expectativa de que os conselheiros votem a favor dos interesses dos acionistas que o indicaram. Nota-se, pois, que o conselheiro administrativo deliberará em nome e

²⁶⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018, p.34.

²⁷⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas. 2015. p.755.

no interesse dos acionistas e, por conseguinte, detêm a legítima expectativa de que os conselheiros decidam no melhor interesse da companhia. Tal qual um casamento, *tudo vai bem se as coisas estiverem bem*. Todavia, a atividade econômica exercida por grandes companhias reserva grandes riscos e ameaças aos bens jurídicos da empresa e da sociedade, e é neste desempenho operacional que os problemas surgem e, a depender do que a empresa causar, a omissão daquele que tem o dever de agir passa a ser penalmente relevante.

BOTTINI entende por *omissão relevante o comportamento contrário a uma expectativa de conduta positiva*. E, quanto à *omissão penalmente relevante*, como a conduta do omitente contrária à norma mandamental *respaldada em lei criminal e voltada à proteção do bem jurídico com dignidade pena*²⁷¹.

Se ao membro integrante do Conselho de Administração foi atribuído o dever de controlar os atos de gestão, é possível concluir que não lhe será possível fiscalizar o vazio, ou a falta de informação ou elementos insuficientes. Por um lado, considera-se possível exercer a fiscalização de forma passiva, ou seja, aquela em que o Conselho de Administração aguarda para ser demandado; espera que lhe seja solicitada a deliberação sobre determinado assunto. Por outro lado, no entanto, parte significativa da doutrina brasileira (conforme apresentada no capítulo anterior) inclina-se no sentido de que o Conselho de Administração deve ter postura ativa, ou seja, o conselheiro deve interessar-se nos negócios da companhia e aprofundar-se nas informações para que sua participação nas deliberações do conselho revelem o cumprimento ao dever de diligência de todo homem ativo e probo²⁷². A legislação alemã descreve o administrador como um “bom homem de negócios”²⁷³. A Lei de Sociedades Anônimas da Espanha define de forma diferente, ao preceituar que os administradores devem desempenhar seu cargo com diligência de um *empresário ordenado e um representante leal*²⁷⁴.

²⁷¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. p. 42.

²⁷² Lei 6.404/76. “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

²⁷³ ABDALA, Martín E. *Régimen de responsabilidad de los Administradores de sociedades en el Derecho Alemán*. Revista de Derecho nº.31. Barranquilla Jan./June 2009. “La imputación del deber resarcitorio a esos administradores se funda en la inobservancia de una obligación genérico de conducta, cuya formulación tiene en el Derecho germano una antigüedad de más de cien años: comportarse com cuidado y con la diligencia de un buen hombre de negocios”.

²⁷⁴ ESPANHA. Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). “Art. 127 - Deber de diligente administración - Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”. Fonte: Disponível em:

A atividade de fiscalização pressupõe que o titular deste dever terá elementos para avaliar o que está certo e o que está errado. Sendo assim, o membro do Conselho de Administração deve exigir as informações que entender suficientes a exercer seu mister fiscalizatório. Exemplificando, se ao auditor for entregue apenas informações superficiais que não lhe permitam uma análise conclusiva sobre o objeto da auditoria, por dever de cuidado e diligência este profissional deve exigir todas as informações disponíveis para avaliar os documentos com profundidade; e a pesquisa e a exploração da informação será crucial para o completo entendimento do problema.

Outrossim e a considerar que todo fiscal é visto com desconfiança por aquele que está sendo fiscalizado, na mesma esteira, o Conselho de Administração deverá desconfiar da completude daquelas informações entregues a sua análise²⁷⁵. Por oportuno, repita-se ADAMEK, para quem o administrador diligente deve possuir juízo crítico, buscar informações e desconfiar de tudo “por dever de ofício”²⁷⁶. Ao tratar do tema, o IBGC sustenta que a atribuição conferida ao conselheiro vai além da presença nas reuniões e da leitura dos relatórios, devendo ele preparar-se e participar ativamente, além de observar os deveres fiduciários da lei, tais como dever de diligência, o dever de (se) informar e o dever de lealdade com a organização²⁷⁷. O processo decisório do Conselho de Administração deve ser baseado em documentos e registros consistentes aptos a demonstrar o padrão de diligência previsto em lei, o qual refere-se aos deveres do administrador de se informar, vigiar e investigar²⁷⁸. Sobre a exigência excessiva do dever de diligência EIZIRIK aponta que o rigor demasiado do administrador pode levar a uma atitude de paralisia da atividade empresarial, sob o pretexto de não assumir quaisquer riscos²⁷⁹.

https://legislacion.vlex.es/vid/legislativo-refundido-anonimas-128218#section_21. > Acesso em 27 Abr 2020, às 22:49 hs.

²⁷⁵ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1108. “É conhecida a estratégia de junto com uma informação importante enviar uma série enorme de informações sem importância, na esperança de que a primeira se dilua no meio das demais e, assim, passe despercebida”.

²⁷⁶ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e ações correlatas. São Paulo. Ed. Saraiva, 2009, p. 135/136.

²⁷⁷ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. - São Paulo, SP, 2015, p 47.

²⁷⁸ CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº 19957.005981/2016-86 (RJ2016/7197). Voto do Presidente, Marcelo Barbosa. 19/11/2019.

²⁷⁹ EIZIRIK, Nelson. A Lei das S.A. Comentada. São Paulo, 2015, Ed. Quartier Latin, Vol. III, fl. 122.

O dever de diligência do administrador desdobra-se em cinco modalidades de conduta²⁸⁰: *dever de qualificar-se*, pois o conselheiro de administração precisa conhecer a atividade econômica da companhia para a qual ele exercerá a função de administrador; *dever de bem administrar*, para alcançar os melhores resultados no interesse da companhia sem, no entanto, estar obrigado a alcançá-lo; *dever de se informar*, buscando as informações disponíveis sobre os temas para os quais ele deverá emitir seu voto; *dever de investigar* ao verificar uma *red flag* ou perceber que as informações que lhe foram disponibilizadas são insuficientes ou inidôneas; o conselheiro não é um investigador em busca de um ilícito; todavia terá por obrigação instaurar investigação no surgimento de algo que lhe sugira desconfiança ou chame a atenção²⁸¹; e *dever de vigiar*, controlar, fiscalizar os atos e atividades da empresa, sobretudo aqueles que, conforme o risco da atividade, representam as maiores fontes de perigo²⁸². A expectativa depositada no conselheiro é o dever de diligência *ordinária*²⁸³, não a *excepcional*²⁸⁴ advinda de excessiva desconfiança que acabaria por travar os trabalhos do Conselho de Administração e, conseqüentemente, paralisaria as atividades da empresa.

A CVM, em processo administrativo sancionatório, analisou a conduta do conselheiro de forma objetiva e subjetiva. Na primeira delas comparou a conduta analisada em relação àquela que seria razoavelmente esperada, ou seja, o padrão mínimo esperado de todos os conselheiros. Quanto à análise subjetiva, é feita com base no conhecimento, habilidade ou experiência específica daquele membro do colegiado. Se ele possui maiores qualificações, sobre ele subsistirá uma expectativa maior, ou seja, será esperado um padrão mais alto de atuação que não será aguardado de alguém desempenhando as mesmas funções, mas que não disponha da mesma qualificação, logo, não seria razoável que este conselheiro atingisse o padrão mínimo uma vez que dele é aguardado um alto padrão. A frustração à expectativa representará violação ao dever fiduciário²⁸⁵.

²⁸⁰ PARENTE, Flávia. O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas. 1 ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2005. p. 102-107.

²⁸¹ Ibidem. p. 124.

²⁸² CVM – Comissão de Valores Mobiliários – no Processo Administrativo Sancionatório nº 18/2008.

²⁸³ Id., Processo Administrativo Sancionador nº 19957.005981/2016-86 (RJ2016/7197). Voto do Diretor Relator, Carlos Alberto Rebello Sobrinho (item 91) 19/11/2019.

²⁸⁴ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1101.

²⁸⁵ CVM – Comissão de Valores Mobiliários – no Processo Administrativo Sancionatório nº 18/2008, referindo-se à doutrina estrangeira: MORTIMORE, Simon. *Company Directors – Duties, Liabilities, and Remedies*. New York: Oxford. 2009, p. 287 e 288: "Se um conselheiro cumpriu com seu dever em

Existe naturalmente o intuito de não criar expectativas muito altas, superiores àquelas que, de fato, poderiam ser aguardadas dos membros do Conselho de Administração, mas, por outro lado, igualmente não se pode esperar que o conselheiro tenha uma conduta aquém daquela a demonstrar minimamente o dever de diligência²⁸⁶.

um caso concreto demandará uma análise de sua conduta, que é ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. É objetiva no sentido de que a conduta de um conselheiro será comparada com aquela que seria razoavelmente esperada de uma pessoa responsável ao desempenhar as mesmas funções que o referido conselheiro, com relação à companhia. Se a conduta do conselheiro fica aquém desse padrão objetivamente estabelecido, então ele terá violado seu dever fiduciário. O argumento de que, levando em conta o conhecimento geral, habilidades e experiência do referido conselheiro, não se poderia esperar nada melhor dele, nada tem a ver com esta questão. O padrão objetivo pode então ser considerado como a imposição de um padrão mínimo esperado de todos os conselheiros, que não pode ser reduzido por conta de referências a conhecimento geral, habilidades e experiência do conselheiro em questão. O mero fato de que um conselheiro em particular alcança o padrão objetivo, contudo, não significa que ele agiu em consonância com seu dever. Esta avaliação deve necessariamente levar em consideração o conhecimento geral, as habilidades e a experiência do próprio conselheiro. É nesse sentido que a análise de sua conduta é subjetiva. Se o conselheiro tem maior conhecimento, habilidade ou experiência do que comumente se poderia esperar de alguém desempenhando as mesmas funções em relação à companhia, um padrão de conduta mais alto pode ser esperado de tal conselheiro, e ele deve satisfazer tal padrão. Caso ele não o faça, terá violado seu dever. Não é suficiente que ele tenha atingido o padrão que razoavelmente se esperaria de alguém desempenhando as mesmas funções, mas que não disponha do mesmo conhecimento, da mesma habilidade ou da mesma experiência." Tradução livre do texto: "*Whether a director has complied with his duty in any particular case will require an assessment of his conduct which is both objective and subjective. It is objective in the sense that the director's conduct will be compared with that which may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as those carried out by the director in relation to the company. If the director's conduct thus compared falls short of this standard, objectively ascertained, then he will have breached the duty. The fact that, having regard to the general knowledge, skill and experience of the director concerned, nothing better could perhaps have been expected of him, will be nothing to the point. The objective standard may thus be regarded as imposing a minimum standard to be expected of all directors, which cannot be reduced further by reference to the general knowledge, skill, and experience of the particular director concerned. The mere fact that the particular director meets the objective standard, however, will not mean that he has acted in accordance with his duty. In order to ascertain whether or not he has, it is also necessary have regard to the general knowledge, skill, and experience of the director himself. It is in this respect that the assessment is subjective. If the director has greater knowledge, skill, and experience than might ordinarily be expected of someone carrying out the same functions as he carries out in relation to the company, a higher standard of conduct may be expected of him, and he must satisfy that higher standard. If he does not, he will have acted in breach of his duty. It will not suffice that he has reached the standard reasonably to be expected of someone carrying out the same functions but who does not have this greater knowledge, skill, and experience.*"

²⁸⁶ CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM Nº 07/02, Rel. Dir Eli Loria, julgamento em. 22/11/2004, "*Se por um lado não acredito que o amplo e irrestrito conhecimento técnico acerca das mais diversas e complexas matérias envolvendo as atividades operacionais de uma companhia aberta seja pré-requisito para alguém assumir o cargo de membro do Conselho de Administração, por outro, verifico, no caso concreto, que não existem evidências que esses conselheiros esgotaram tudo que estava ao alcance de uma pessoa mediana para avaliar a legalidade dos fatos registrados no processo em pauta, o que deixa claro que o dever de diligência não foi rigorosamente seguido.*"

Disponível

em

http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2004/20041122_PAS_0702.pdf. > Acesso em 01 Jun 2020, às 23:25 hs.

3.3 Crime de Omissão imprópria e a posição de garantidor do membro integrante do Conselho de Administração

A omissão imprópria decorre da posição de garante. Para BOTINI “a omissão imprópria exigiria uma condição especial do omitente, uma situação específica ou uma posição jurídica que faz surgir o dever de evitar o resultado – o dever de garantia”²⁸⁷. O responsável pela preservação do bem jurídico ocupa a posição de garantidor²⁸⁸.

Para a posição de garantidor, além da inação, da real possibilidade física e da situação típica, soma-se o dever de impedir o resultado²⁸⁹. No crime omissivo impróprio o não impedimento do resultado, como omissão, corresponde à produção do resultado, como ação; e a omissão diante de uma ação possível represente uma violação de uma norma mandamental²⁹⁰. Trata-se da inércia ante um fato típico, em que o sujeito – está diante de uma fonte de perigo – tem capacidade de agir e obrigatoriedade de proteger o bem jurídico sob ameaça. A omissão é conduta valorada e, por isso, ganha relevância social²⁹¹.

A diferença entre o crime omissivo próprio e impróprio reside, especialmente, porque no primeiro o omitente não guarda vinculação com o bem jurídico afetado; e no segundo, o responsável pela inação tem estreito vínculo com a vítima, uma vez que está na posição de garante de não produção do resultado²⁹². GIMBERNAT ressalta, ainda, que o crime de omissão imprópria exige que o omitente seja garante e que a não evitação do resultado equivalha a sua causação, isto é, a inatividade

²⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. p. 57.

²⁸⁸ SIQUEIRA, Flávia. COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos da imputação objetiva: alternativas limitadoras à ingerência indevida do poder punitivo. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 83-111, jan./jun. 2016. p.88.

²⁸⁹ TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. I, Julho 2011. Capítulo 1 – Teoria da Lei e Dogmática Penal, 6 - Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos (52).

²⁹⁰ Ibidem., (48).

²⁹¹ Ibidem., (3 – Valoração da omissão).

²⁹² GIMBERNAT, Enrique. La Distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). Doutrinas Essenciais Direito Penal. Revista dos Tribunais. Org. Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci. Ano 1. Vol. II. Out.2010.

desse garante é equiparável à produção do resultado mediante um comportamento positivo²⁹³, transformando um risco permitido, em proibido.

Segundo a abordagem de ESTELLITA, “*nos crimes omissivos impróprios o que sucede é que há um dever a mais, especial, que é o de agir para evitar o resultado (o dever de agir do garantidor), ao qual se soma a violação do dever objetivo de cuidado*”²⁹⁴. A omissão do garante se refere exclusivamente ao bem jurídico que estava sob sua guarda e cuja proteção se omite²⁹⁵.

Toda empresa representa uma fonte de perigo, com maior ou menor apetite a riscos, cujo administrador tem deveres de vigilância e cuidado em razão da ingerência (criação de riscos)²⁹⁶. O bem jurídico que deve ser protegido pelo conselheiro administrativo repousa no interesse social e na preservação da empresa. Em alguns casos, por exemplo, do setor financeiro, o bem jurídico tutelado é mais específico. Ante uma fonte de perigo – p. ex.: fraude ou corrupção – o bem jurídico protegido será a credibilidade do mercado em face da confiança do sistema financeiro.

Há um extenso rol de delitos que podem ser cometidos pelos administradores de sociedades anônimas, tais como: afirmação falsa ou omissão fraudulenta de fato relevante em documentos destinados ao público; falsa cotação de valores mobiliários; tomar empréstimo à sociedade sem a autorização do órgão competente; distribuir lucros com base em balanço falso; aprovação irregular de contas, em conluio com acionistas; fraudar informações aos acionistas para sonegar lucros ou desviar fundos; divulgação de informações falsas no lançamento de títulos e valores mobiliários; abuso do poder econômico; manipulação do mercado; crimes falimentares, dentre outros²⁹⁷.

²⁹³ Ibidem., “4.3.2. Segundo criterio diferenciador entre la omisión propia y la impropia: en la primera el omitente no tendría ninguna vinculación especial con los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados (es una persona cualquiera), mientras que en la segunda garantizaría frente a la comunidad la integridad del bien jurídico que resulta puesto en peligro o lesionado (es garante)”

²⁹⁴ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons.2017. p. 107.

²⁹⁵ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. 2006. Barcelona. p. 303.

²⁹⁶ COELHO, Cecília Choeri da Silva. Responsabilidade individual nos crimes de empresa. Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial / organizadores Artur de Brito Gueiros Souza, Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara. -- Brasília: ESMPU, 2018.p.47.

²⁹⁷ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 10 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2007. P.430/431.

O membro do Conselho terá por incumbência o dever legal de fiscalizar, o que, por conseguinte, ensejará outras competências decorrentes do poder de controle. Se, de fato, a mera existência da pessoa jurídica já representa uma “fonte de perigo”²⁹⁸ e o dever de vigilância surge de um comportamento anterior²⁹⁹, dessume-se que os administradores (Diretoria e Conselho de Administração) estariam na posição de garantidores de vigilância na medida em que são responsáveis pela administração da empresa. Mas a capacidade de evitar o resultado não é suficiente para colocar na posição de garante quem tenha essa capacidade³⁰⁰. Para que assuma a posição de garante, é imprescindível que exista o “*dever legal de vigilância*”.

Nos delitos comissivos por omissão (omissivos impróprios) são exigidos dois requisitos: a) possibilidade de evitar o resultado; e a posição de garante³⁰¹.

E, neste ponto, voltamos à problemática inicial: o membro do Conselho de Administração está na posição de garante? Ele tem o dever de impedir o resultado?

Em 1979 ROXIN já lecionava a respeito do crime comissivo por omissão ao verberar que, para qualificar uma ação dolosa não basta que o autor da omissão não haja impedido o resultado de forma voluntária e consciente, ele terá também que estar ciente da sua posição de guarda de outra pessoa, dentro de uma relação de confiança (*posición de garante*)³⁰². Para WELZEL a omissão consciente para a obtenção de determinado resultado conduz à conduta dolosa, enquanto a forma culposa pode ser observada se o omitente pudera ter evitado o resultado e não o faz pelo comportamento imprudente³⁰³.

²⁹⁸ ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. Tradução de Alair Leite e Adriano Teixeira. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Caderno Especial – 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais. 2015. p. 67.

²⁹⁹ Código Penal Brasileiro. “Art. 13, § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (...) c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

³⁰⁰ JAKOBS, Günter. La imputación objetiva en el Derecho penal. Editorial Ad-Hoc. Argentina. 1997. p.81.

³⁰¹ PUIG, Santiago Mir. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1994. p.176.

³⁰² ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal – Tipos abiertos u elementos del deber jurídico. Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo*. Universidad de Madrid. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1979. p.224/225.

³⁰³ WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Ed. Roque Depalma. Buenos Aires. 1956. p.212.

ROXIN IMME considera que o administrador tem a posição de garantidor de vigilância em relação aos perigos derivados de coisas ou produtos da empresa³⁰⁴. BACIGALUPO indica que a posição de garante pode surgir: a) do dever de proteção de um bem jurídico frente aos perigos que podem ameaçá-lo; ou b) de um dever de cuidado de uma fonte de perigo que está sob seu controle³⁰⁵. Por sua vez KAUFMANN entende que deve existir um mandato cujo conteúdo seja o de evitar a lesão ao bem jurídico ou colocá-lo em situação de perigo³⁰⁶.

As pessoas jurídicas, como entidades sem personificação, dependem da ação física e mental de pessoas que as dirigem e as operam, a exemplo dos administradores das sociedades anônimas (Diretoria e Conselho de Administração). Para ROXIN, os órgãos de administração a quem são confiados os bens jurídicos da companhia, são garantes de proteção. Em consequência, a inatividade e a negligência podem determinar a imputação de culpa pela administração desleal por omissão, no entanto, esta omissão deve referir-se às competências confiadas a esse órgão de administração³⁰⁷.

As entidades financeiras, por exemplo, tais como bancos, fundos de investimento, cooperativas de crédito, entre outras, podem causar danos à credibilidade do sistema financeiro e, por essa razão, a omissão do membro integrante do Conselho de Administração na sua competência fiscalizadora, pode dar ensejo, por exemplo, aos crimes de gestão fraudulenta ou temerária³⁰⁸.

Na hipótese das empresas que exploram recursos naturais através da mineração ou outras formas de extração, as falhas no sistema de gestão de risco podem ocasionar crimes ambientais, crimes contra a vida, de perigo comum, entre muitos outros. O mesmo ocorre com empresas que produzem ou manipulam produtos químicos, assim como aquelas que produzem substâncias explosivas.

As empresas farmacêuticas, de igual forma, podem colocar em risco a vida de pessoas acometidas de determinada patologia ao distribuir medicamento produzido com base em substância contaminada ou inativa.

³⁰⁴ ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. Tradução de Alair Leite e Adriano Teixeira. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Caderno Especial – 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais. 2015. p.71.

³⁰⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. La teoría del delito*. Ed. Temis. Colômbia. 1996. p.231.

³⁰⁶ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. 2006. Barcelona. p.291.

³⁰⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas. 2015. p.873.

³⁰⁸ Lei Federal nº 7.492/86, art. 4º.

Conforme ROXIN IMME, as empresas são, desde sua criação, fontes de perigo³⁰⁹. Assim sendo, é de se presumir que as empresas são, desde o início de sua atividade, fontes de perigo constante a bens jurídicos de terceiros. BOTTINI, no mesmo sentido, indica que a criação do risco se dá pela instituição da empresa, pela direção cotidiana e pelo desempenho da atividade empresarial mediante atos concretos e positivos³¹⁰. Conseqüentemente, a criação do risco (ainda que permitido) pressupõe o dever de cuidado. ESTELLITA defende que o *contrapeso dessa liberdade* de exercer a atividade econômica é o dever de cuidar para que o resultado dessa liberdade não resulte em *ofensas a bens jurídicos de terceiros*³¹¹.

Se a simples criação de uma empresa já representa uma fonte de perigo, por pressuposto, a medida necessária à proteção desses bens jurídicos contra a ação humana seria, na lição de ROXIN, a proibição da criação desses riscos³¹², logo, com a cassação e a não concessão de novos alvarás para empresas potencialmente causadoras de lesão a bens jurídicos, o risco desapareceria. No entanto, a liberdade de ação do ser humano estaria de tal forma restringida, que o desenvolvimento da sociedade sofreria rápida estagnação sob a tutela da prevenção de riscos, ainda que meramente potenciais.

Nesse sentido, o *risco permitido* está presente na atividade humana e, a princípio, não representa lesão ao bem jurídico. Respeitadas as medidas de segurança e as regras de convivência, o risco permitido não viola, *per se*, o direito de terceiros.

A criação de empresas potencialmente poluidoras ou que representem risco à população que habita no entorno do estoque de materiais inflamáveis, por óbvio, são criadoras de riscos ao bem jurídico da sociedade. Entretanto, se respeitadas todas

³⁰⁹ ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. Tradução de Alaor Leite e Adriano Teixeira. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Caderno Especial – 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais. 2015. p. 65 e 67.

³¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. p.132.

³¹¹ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.129.

³¹² ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e Trad. de André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009. p. 40: “Querendo o Direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens”.

as normas de segurança para aquelas atividades, o *risco permitido* admite a continuidade daquelas atividades. Por outro lado, se os administradores das empresas citadas, por razões de economia ou redirecionamento de investimentos, negligenciarem aos sistemas de controle, criar-se-á, imediatamente, o risco proibido gerado pelo desvalor da ação. A ausência do dever de vigilância dá origem ao perigo ao bem jurídico, elementar do injusto penal e da teoria da imputação objetiva mencionada por ROXIN³¹³.

Nessa perspectiva, se a infração do dever de vigilância permite sobressair os elementos de imputação objetiva de um injusto penalmente relevante, o responsável pela inação poderá ser responsabilizado criminalmente³¹⁴.

Em outra obra, ROXIN reafirma que a imputação objetiva guarda uma significativa importância nos delitos de omissão imprópria uma vez que o tipo objetivo não requer uma relação de causalidade, mas, tão somente, que o autor seja imputado objetivamente por não haver impedido o resultado quando devia fazê-lo em razão de sua posição de garante³¹⁵⁻³¹⁶. Ainda, o atuar precedente de forma imprudente induz à obrigação de evitar o resultado³¹⁷ e, portanto, coloca o autor na posição de garante por ingerência³¹⁸⁻³¹⁹⁻³²⁰. Da ingerência surgirá a *assunção da*

³¹³ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e Trad. de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009. p. 45: “*Minha conclusão, portanto, é que o injusto penal pressupõe uma lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, e que a teoria da imputação objetiva estabelece com detalhes, a partir de dito fundamento, o âmbito do jurídico penalmente proibido, mediante a ponderação dos interesses pela proteção e pela liberdade*”

³¹⁴ STEIDEL, Evelin. GUARAGNI, Fábio André. Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal *compliance* e outros temas contemporâneos / coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 2017. p. 65.

³¹⁵ ROXIN, Claus. *La imputación objetiva em el Derecho Penal*. Tradutor y editor: dr. Manuel A. Abanto Vásquez. Ed. IDEMSA. Lima, Peru. 1997. p.15/16.

³¹⁶ TRF 3ª Região. Apelação Criminal n.º 2005.61.81.002883-8, Rel. Desembargador Federal Fausto De Sanctis, Décima Primeira Turma, TRF3, julgado em 21.02.2018, DJe 23.02.2018: “(...) *Portanto, houve omissão penalmente relevante por ambos os acusados, responsáveis que são pelo delito, isto é, ambos deram causa ao resultado delituoso omitindo-se do dever de evitar as irregularidades na operacionalização do RENDCONTA, já que a lei impunha a eles obrigação de cuidado e vigilância, bem como a obrigação de agirem no sentido de evitar tais irregularidades. Não se trata de responsabilização objetiva, mas de imputação àqueles que se omitiram dolosamente quando, pela lei, tinham o dever de agir*”.

³¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas. 2015. p. 919.

³¹⁸ *Ibidem.*, p. 905. “*Según la concepción aquí mantenida, una posición de garante derivada de un actuar precedente es aceptable siempre que – pero sólo si – la acción previa sea imputable al causante. Por tanto, quien atropela imprudentemente a outro, tiene una posición de garante, pues la situación de necesitado de la víctima es obra suya y por eso es adecuado, por las razones indicadas más arriba (nm. 150), hacerle responsable de no impedir las consecuencias ulteriores*”.

³¹⁹ Ingerência: *atuação precedente que cria uma nova fonte de perigo*. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas. 2015. p.885 e 899.

*função de proteção de um bem jurídico desamparado ou a assunção de uma função de vigilância de uma determinada fonte de perigo*³²¹. A conduta precedente, perigosa o bastante a ensejar um risco proibido, transforma a subsequente omissão, em omissão de uma conduta comissiva (omissão imprópria)³²²⁻³²³. O porteiro que permite a entrada de um visitante no condomínio, sem o identificar e sem a autorização de um morador, cria o risco em relação ao qual deverá assumir o dever de evitar o resultado. Da mesma forma, a moradora que colocou na beira da sacada de seu apartamento uma floreira sem a proteção para evitar sua queda, passa a ser garante de proteção em relação ao pedestre que pode ser atingido de forma mortal pelo vaso. Outro exemplo pode ser colhido de uma obra, em que o engenheiro responsável pela fundação, com o objetivo de reduzir custos, permite que a perfuração da estaca seja interrompida quando ela ainda não atingiu a profundidade adequada, imputando à edificação o risco de desabamento. Nos três casos, o resultado da atuação precedente de forma imprudente coloca-os na posição de garantidores por ingerência (art. 13, § 2º, alínea “a”, do CPB³²⁴).

O omitente deverá estar na posição que o permitiria evitar a lesão a um bem jurídico e que, se agisse, teria probabilidade próxima da certeza à proteção do bem jurídico³²⁵. Nos três exemplos citados no parágrafo anterior, os criadores do risco proibido poderiam evitar o resultado lesivo, com probabilidade da evitação próximo da certeza se houvessem agido de forma diligente: (i) o porteiro, ao exigir a identificação do visitante e receber do morador a negativa àquela visita, impedirá a entrada de um possível autor de um delito; (ii) ao tomar as medidas protetivas de

³²⁰ *Ingerência significa que o agente criou com o seu próprio comportamento prévio uma situação de perigo para o bem jurídico.* SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar do caos. Direito Penal, parte geral. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coord. Luís Greco. São Paulo: Ed. Marcial Pons. 2013. p.162.

³²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar do caos. Coord. Luís Greco. São Paulo: Ed. Marcial Pons. 2013. p.168.

³²² *Ibidem.*, p.167.

³²³ A respeito da “ingerência” BOTTINI a define como o “*risco criado pelo próprio garante (alínea c do § 2º do art. 13 do Código Penal Brasileiro)*”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. p.128.

³²⁴ Código Penal Brasileiro. “Art. 13 (...) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (...) c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

³²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar do caos. Direito Penal, parte geral. Coord. Luís Greco. São Paulo: Ed. Marcial Pons. 2013. p.164.

fixação do vaso e a sua contenção por amarras fortemente fixadas na sacada, impedirá que, com sua queda, atinja o pedestre; e (iii) a obediência à correta profundidade das estacas, apesar de representar maior custo, conferirá segurança à edificação.

Segundo KAUFMANN, a posição de garante divide-se em duas direções: na primeira, a pessoa que se encontra na posição de garantidor deve estar *vigilante* para a *proteção* do bem jurídico defendendo-o em *todos os flancos* contra perigos de todo gênero; esta tarefa prevalece mesmo em relação àquelas reconhecidas pela lei ou por deveres contratuais; na segunda, a posição de garante consiste no dever de supervisão das fontes de perigo³²⁶. Em suma, para KAUFMANN existem duas posições: garantidor de proteção e de vigilância.

Igualmente para SCHÜNEMANN, a esfera da omissão é dividida em duas formas de responsabilização: a posição de *garantidor de proteção* de bens jurídicos em desamparo; e posição de *garantidor de vigilância* de fontes de perigo³²⁷. Na mesma linha, ESTELLITA explica que a função do *garantidor de proteção* é o bem jurídico *sob sua custódia*, enquanto que, para o garantidor de vigilância, a atenção inclina-se à fonte de perigo *sob seu controle*³²⁸.

Sob esta perspectiva a conduta omissiva do conselheiro de administração pode ser vista ao abrigo de duas vertentes. Se o conselheiro atua de forma negligente, sem se preparar para votar os assuntos de relevância para os negócios da companhia; ou não exerce sua função de supervisão dos atos da Diretoria, toma a decisão de omitir-se ao *dever de vigilância*. Sob outro aspecto, o conselheiro de administração que adota postura inerte ao dever de agir em relação a uma denúncia de um ilícito que está na iminência de ser praticado, assume a responsabilidade uma vez que ele se encontra na posição de garante de proteção. O conhecimento de que o injusto penal está no curso causal, obriga-o a interferir na dinâmica do fato para impedir o resultado.

³²⁶ KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Tradução: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. 2006. Barcelona. p.289/290.

³²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar do caos. Direito Penal, parte geral. Coord. Luís Greco. São Paulo: Ed. Marcial Pons. 2013. p.171.

³²⁸ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.105.

Sobre a análise da posição de garantidor sob a luz do domínio real sobre o acontecimento, SCHÜNEMAN indica a decomposição do *domínio sobre o fundamento do fato*, em *domínio sobre o desamparo de um bem jurídico* (garante de proteção – guarda de um bem jurídico) e o *domínio sobre uma causa essencial do resultado* (garante de vigilância – controle das fontes de perigo)³²⁹. A posição de garantidor lhe dá o domínio sobre a fonte de perigo. BOTTINI entende que a ideia de *domínio* (de SCHÜNEMANN) *carece de precisão para definir os limites da omissão imprópria e pode ser confundida com a ideia de mera capacidade, ampliando em demasia o círculo de garantidores*³³⁰.

Cada atividade econômica exercida pela companhia enquadra-se em gradações diferentes de risco, a depender do *grau de intensidade de perigo* a que estão expostos os bens jurídicos da sociedade. Uma empresa estabelecida em área urbana e que se dedique à produção de substâncias inflamáveis, de início terá gradação de risco superior a uma cooperativa de crédito que se dedique à captação e disponibilização de recursos aos cooperados. O órgão de administração da companhia está na posição de garante o qual assume o dever de evitação dos perigos que surjam da atividade empresarial, e este dever é exercido com a implantação de mecanismos de vigilância e controle sobre todas as fontes de perigo para terceiros, *incluindo aqueles provocados pelos subordinados*³³¹. O fato de a

³²⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar do caos. Direito Penal, parte geral. Coord. Luís Greco. São Paulo: Ed. Marcial Pons. 2013. p.172.

³³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1ª edição. Ed. Marcial Pons. 2018, pag.135 e 143. “(...) o mero dever não significa que qualquer resultado possa ser imputado à omissão. Será necessário (i) a capacidade de agir conforme a norma; (ii) a identificação de que a omissão mantém um risco não permitido ou transforma um risco permitido em não permitido; (iii) a percepção de que a ação esperada evitaria o resultado típico com probabilidade próxima da certeza; (iv) que este resultado esteja dentro do âmbito de abrangência da norma de cuidado violada pelo garante”. Para ESTELITTA, Heloisa, “os pressupostos da tipicidade da omissão imprópria são: a) situação típica; b) a posição de garantidor; c) a omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo; d) nexo de causalidade e imputação objetiva do resultado; e) dolo ou culpa, quando prevista a punibilidade desta (art. 18, parágrafo único, CPB)”. In Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.166.

³³¹ PLANAS, Ricardo Robles. Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, Teoria do Delito e Direito Penal Econômico – Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 6, Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Ed. D'Plácido.2016. p.251.

companhia decidir diluir sua administração em vários órgãos, não quer dizer que os bens jurídicos de terceiros receberão menor proteção³³².

Uma sociedade anônima, a depender do grau de risco da fonte de perigo que representa sua atividade econômica, deverá municiar-se de um efetivo sistema de controle baseado em ferramentas jurídicas de monitoramento e avaliação de riscos (comitês, grupos técnicos ou *compliance*).

Por conseguinte, o Conselho de Administração de uma empresa cuja atividade econômica possua gradação de risco *alta*, deve exercer suas competências fiscalizatórias, além do respectivo dever de controle, sabendo da responsabilidade que aquele negócio representa aos bens jurídicos. Nos termos do art. 158, § 1º³³³, c/c o art. 153³³⁴, ambos da Lei das S.A., o membro integrante do Conselho de Administração deveria, pelo pressuposto de que é *homem de negócio ativo e probo*, realizar um levantamento da situação da empresa bem como procurar se informar se lá existe um sistema de controle que o habilite a exercer um mínimo de vigilância.

Um segurança contratado para exercer a função de vigilância de uma escola primária terá equipamentos para a proteção do estabelecimento compatíveis com o grau de risco representado por elementos endógenos ou exógenos da instituição, tais como: área de maior ou menor vulnerabilidade social, dispositivos para dificultar invasões, tais como muros altos, alarmes etc. Portanto, neste exemplo, o segurança da escola saberá se os equipamentos que ele dispõe serão suficientes a afastar os focos de perigo e os danos àquele patrimônio. Situação substancialmente diferente ocorrerá com o segurança contratado para a vigilância de um estabelecimento dedicado ao transporte de valores, cuja atividade, *per se*, já representa risco muito maior do que o primeiro exemplo. Os seguranças contratados para os dois casos exercerão função de vigilância e proteção, mas a situação é distinta em razão do grau de risco que representa cada uma das atividades. Nos dois exemplos, é

³³² ESTELITTA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.181.

³³³ Lei federal nº 6.404/76: “Art. 158 - ... § 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. (...)”.

³³⁴ Idem., “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

possível identificar as principais fontes de perigo, aquelas que são perceptíveis a qualquer homem médio no exercício de função que exija um mínimo de qualificação.

Por analogia ao exemplo dos seguros, os membros do Conselho de Administração não podem simplesmente assumir a função que lhes é outorgada pelos acionistas, sem um mínimo de conhecimento da atividade e das ameaças que a atividade desempenhada pela empresa representa. Por isso é recomendável que os conselheiros administrativos sejam pessoas preparadas, qualificadas e experientes para o melhor resultado de sua atividade³³⁵.

Ao ser indicado para compor o Conselho de Administração, o administrador diligente deve conhecer e avaliar os riscos da operação e, sobretudo, deve avaliar se suas competências são aquelas necessárias a tal função, sob pena de responsabilização por falta de diligência³³⁶. No caso de uma indústria que manipule substâncias químicas tóxicas, a exemplo de defensivos agrícolas, exsurtem naturalmente fontes de perigo que qualquer homem de negócio ativo e probo poderia identificar, tais como o risco de vazamentos (perigo comum) ou de acidente com o pessoal interno. Ante o cenário de risco, o administrador tem o dever de checar periodicamente os sistemas que cuidam da segurança e o relatório de manutenção dos tanques e equipamentos. Neste exemplo, o Conselho de Administração tem o dever de fiscalizar os atos de gestão e neles identificar a falha de operação causada pela omissão da Diretoria. Sabendo dos riscos da atividade da companhia, poderia o Conselho de Administração optar por não monitorar as fontes de perigo? Poderia o Conselho limitar-se a deliberar sobre as orientações gerais da companhia, abstendo-se de imiscuir-se nos atos que possam representar risco ao bem jurídico de terceiros?

No caso das atividades de mineração das empresas Samarco e Vale, envolvidas com desastres de grandes proporções que provocaram centenas de mortes além do desastre ambiental, a atividade de mineração com a metodologia utilizada – de acumular os rejeitos da extração em barragens construídas em áreas povoadas – nunca foi escondida pela companhia e, portanto, notoriamente representam fontes de perigo de alto risco, sobretudo após o ano de 2015 com o

³³⁵ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1096. No mesmo sentido: GUERRA, Sandra. A caixa-preta da governança. 1 ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

³³⁶ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. ... p. 1103.

rompimento da barragem de Mariana. Outras barragens já produziram outros desastres naturais, a exemplo da barragem de Cataguases/MG (vazamento de 520 mil m³ de rejeitos compostos por resíduos orgânicos e soda cáustica, Indústria Cataguases de papel) atingindo rios da região; barragem em Mirai/MG (vazamento de 2,28 mi de m³ de resíduos da lavagem da bauxita, empresa de Mineração Rio Pomba Cataguases).

A atividade de refino e distribuição de substâncias combustíveis e inflamáveis é, da mesma forma, atividade notoriamente de alto risco, não só a pessoas como ao meio ambiente. Em 1984, cerca de 700 mil litros de gasolina vazaram da Petrobras causando um incêndio na região adensada de Cubatão/SP (Vila Socó), contabilizando 93 mortos. Outros vazamentos de grandes proporções ocorreram no Brasil, tais como o vazamento de óleo na Baía da Guanabara (1,3 milhão de litros de óleo), em 2000, a provocar a morte de quase todo o ambiente marinho da região; e na Bacia de Campos, em 2011, houve o vazamento de 3.700 barris de óleo, com impacto negativo no meio ambiente³³⁷.

Portanto, nos casos em que o início da atividade da companhia já representa uma fonte de perigo de alto risco, a omissão no dever de fiscalizar as fontes de perigo configura omissão ao dever de diligência, com *imputação objetiva* ao omitente³³⁸.

SILVEIRA nos traz um interessante exemplo, de uma empresa de grande porte na área da construção civil que realiza obras para o governo. Em um país cujos atos de corrupção no governo são notórios, há um risco potencial de sua ocorrência, o que pressupõe a existência de mecanismos de controle à evitação da conduta criminosa. SILVEIRA conclui que a inexistência desses mecanismos levaria à quebra *do dever inicial de garante por parte da empresa*, caso algum delito viesse ocorrer³³⁹.

No exemplo citado, o perfil da empresa, seu ramo de atividade e os riscos potenciais a atividade delitiva – previamente identificados no *risk assessment* ou nos relatórios dos órgãos responsáveis pelo monitoramento de risco – são aptos a traçar

³³⁷ Brasil. Empresa Brasil de Comunicação S.A. – EBC. Fonte: Disponível em: <https://www.ebc.com.br/noticias/meio-ambiente/2015/11/conheca-os-principais-desastres-ambientais-ocorridos-no-brasil>. > Acesso em 02 Mai 2020, às 12:49 hs.

³³⁸ ROXIN, Claus. *La imputación objetiva em el Derecho Penal*. Tradutor y editor: dr. Manuel A. Abanto Vásquez. Ed. IDEMSA. Lima, Peru. 1997. p.15/16.

³³⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime*. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2016, p. 210

uma radiografia da atividade empresarial para identificar as zonas de maior suscetibilidade à ocorrência delitiva. Sendo responsável pelo dever de controle (fiscalização, supervisão), atividade que guarda autêntica relação fraterna com o dever de diligência, o membro do Conselho de Administração teria em mãos um mapa que apontaria a geografia da empresa e as áreas que merecem maior dedicação, uma vez que lá se encontram mapeadas as fontes de maior perigo.

Ainda na esteira do exemplo dado por SILVEIRA, somos da opinião que, caso os administradores deixassem de atuar, mesmo diante de todas as áreas de risco, transformariam o risco permitido em risco proibido, omitindo-se ao dever de evitar o resultado que, naquele instante, era previsível. E, conforme ROXIN, *quase tudo que é possível é previsível*³⁴⁰. Conforme a atividade da empresa e seu apetite à atividade de alto risco, a inexistência de uma barreira de contenção, tal como se apresenta nos órgãos de controle interno, de gestão de risco ou *compliance*, conduziria à quebra do dever de garante e conseqüentemente responsabilização criminal na hipótese em que a omissão for penalmente relevante³⁴¹.

Os conselheiros precisam saber quais as ferramentas de controle e prevenção que lhes será disponibilizada, tais como comitês técnicos e programa de integridade. Embora seja dever dos acionistas a escolha de conselheiros com qualificação compatível com os interesses da companhia, ao profissional indicado para assumir a posição de membro integrante do Conselho de Administração também caberá a avaliação isenta da responsabilidade que assumirá ao aceitar esta missão.

Os acionistas que indicaram o nome do profissional ao Conselho de Administração têm a justa expectativa de que o profissional exercerá, pelo menos, as seguintes funções fiscalizatórias definidas pela legislação federal (art. 142, III, da Lei das S.A.): a) fiscalizar a gestão dos diretores, mediante exame dos livros e papéis da companhia; b) avaliar os contratos celebrados ou em vias de celebração; e c) examinar qualquer outro ato da companhia. A análise do citado dispositivo legal não deixa margem a dúvida de que o conselheiro terá amplo acesso a qualquer informação da empresa; aliás, este é um pressuposto para que o controle seja

³⁴⁰ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 46. Tradução de Luis Greco. Jan/Fev.2004. Revista dos Tribunais. p.50.

³⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D'Plácido.2016, p. 214.

eficaz, a evitar as análises superficiais. E tendo acesso às informações necessárias, deverá exercer a função de controle. Poder de fiscalizar equivale ao controle da legalidade e da legitimidade sobre os atos de gestão³⁴². Ao exercer a competência de “fiscalizar”, o Conselho de Administração tem poderes para: a) questionar qualquer ato praticado pela Diretoria, na forma ou no conteúdo; e b) determinar as correções e suspender os atos que estiverem em andamento³⁴³.

Como se viu, não há uma equação matemática, não há uma regra de comportamento, que defina com objetividade e grau de certeza cartesiano quais são os exatos parâmetros do dever de diligência que separariam, com absoluta exatidão, aquilo que representa a diligência esperada daquilo que é apontado como negligência. Logo, para verificar o cumprimento deste dever é mais eficiente, ao invés de apurar a conduta mais diligente, averiguar se houve falta de diligência na conduta do conselheiro³⁴⁴. Em outras palavras, como assevera ROXIN, o *poder-de-agir-de-outro-modo (poder-agir-diversamente)* é elemento essencial da *culpabilidade*, raciocínio que, aplicado ao crime de omissão, corresponde àquele que, tendo a opção de agir e impedir o resultado, optou em favor do ilícito, apesar de lhe ser possível *comportar-se licitamente e decidir-se em favor do direito*³⁴⁵.

Portanto, com a noção de que o Conselho de Administração pode fiscalizar e, por conseguinte, exercer o controle de legalidade dos atos da companhia; e, ainda, a considerar que, com o mandamento legal do art. 142, III, da Lei das S.A., o conselheiro pode questionar qualquer ato praticado pela Diretoria, na forma ou no conteúdo e, se detectar vícios ou ilicitudes³⁴⁶, por força do art. 158, § 1º, do mesmo diploma federal, pode determinar as correções ou suspender os atos que estiverem em andamento; pode-se concluir que a deliberação do Conselho de Administração

³⁴² CARVALHOSA, Modesto. Sociedades anônimas [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 1. ed. -- São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2016. Coleção Tratado de direito empresarial.. Capítulo XV. Administração. 2.Competência do Conselho de Administração.

³⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2 [livro eletrônico]. 3. ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019. 3. ed. e-book baseada na 22. ed. impressa. QUARTA PARTE - A Sociedade Anônima. Capítulo 24. Administração da Companhia. 1 Sistemas de Administração da Companhia.

³⁴⁴ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Deveres e responsabilidades. Direito das Companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1102.

³⁴⁵ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 46. Jan/Fev.2004. Revista dos Tribunais. p. 57.

³⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2 [livro eletrônico]. 3. ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019. 3. ed. e-book baseada na 22. ed. impressa. QUARTA PARTE - A Sociedade Anônima. Capítulo 24. Administração da Companhia. 1 Sistemas de Administração da Companhia.

ou mesmo a atuação isolada do conselheiro, ambas, terão a possibilidade de evitar o resultado.

Isso porque o preceito legal contido no art. 142, III (poder de fiscalizar a atividade da companhia) combinado com o art. 153 (dever de diligência) e, ainda, o art. 158, § 1º (o administrador não pode negligenciar em descobrir), funcionará como “alavanca” a erguer a pedra sob a qual encontra-se o ilícito. Os citados preceitos legais, ao nosso ver, revelam norma cogente. Portanto, não se trata de mera faculdade, de mero poder de escolha, em utilizar ou não utilizar esta alavanca. Logo, o membro integrante do Conselho de Administração, na nossa opinião, tem o dever legal de recorrer a esta ferramenta – aqui representada também pelos órgãos técnicos e consultivos estatutários (art. 160, da Lei das S.A.) ou, ainda, os órgãos técnicos (comitês, auditoria, grupos técnicos) requisitados a aconselhar e subsidiar as decisões do Conselho de Administração. Erguida a pedra e constatada a fonte de perigo criada por fatores endógenos ou exógenos, exsurge o dever de agir para evitar o resultado (art. 158, § 1º, da Lei das S.A.).

BOTTINI cuida do *ato ilícito criado por terceiro* como “*riscos alheios*” (em contraposição aos “*riscos próprios*” advindos da ingerência). Frente aos *riscos alheios* existe o dever de agir, seja para exercer a vigilância a manter o risco dentro dos limites tolerados, seja para exercer a função de proteção ao bem jurídico ameaçado pelo descontrole do risco, oportunidade que desponta o dever de garante específico, previsto em lei ou advindo da assunção (art. 13, § 2º, alíneas “a” e “b”, do CPB)³⁴⁷. E conclui o autor que a responsabilidade pela ingerência (risco próprio) prescinde da existência de um preceito jurídico que defina a posição de garante específico, *uma vez que a violação das normas de cuidado torna o resultado imputável* em face da criação do risco proibido. No que diz respeito aos *riscos alheios* a posição de garantidor deve ser prevista na *lei* ou deve decorrer da *assunção*³⁴⁸. Em outro sentido, ESTELLITA defende que a fonte da posição de garantidor não é a lei ou o contrato, mas o fundamento material, estritamente penal, que demonstre a assunção do controle sobre a fonte de perigo. Sobre a posição de garante decorrente das normas que regem as sociedades empresárias, ESTELLITA

³⁴⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. p.134.

³⁴⁸ *Ibidem.*, p.136.

ressalta que essas normas não fundamentam a responsabilidade penal, no entanto, *podem ter função indiciária da existência de uma posição de garantidor*³⁴⁹.

Sobre o critério de imputação ao garante independentemente de previsão expressa na lei, GIMBERNAT propõe uma *omissão imprópria em sentido amplo* e admite a possibilidade de qualificá-la como uma determinada conduta – independentemente se o comportamento passivo está descrito na norma ou não – do omitente que tem uma especial relação de garantia com o bem jurídico ameaçado³⁵⁰.

No magistério de WELZEL o dever de garante pode ser imputado (i) pela Lei, (ii) pela assunção de deveres contratuais, (iii) pelo comportamento prévio que cria um risco não permitido, (iv) por uma relação especial de confiança para a qual é esperada a evitação do resultado, não sendo suficiente para a imputação de responsabilidade uma simples inadimplência de um dever; é preciso que este descumprimento da obrigação contratada revele, de verdade, uma situação de perigo cuja proteção o garante está encarregado³⁵¹.

A Lei das S.A. espanhola aponta uma possível posição de garante, conforme o art. 133 – *Responsabilidad* – ao administrador que, por ação ou omissão, não cumpre com os deveres inerentes ao cargo. Para desonerar-se desta responsabilidade deverá o administrador comprovar que desconhecia a existência de um acordo lesivo ou, conhecendo, empreendeu todos os esforços para evitar o dano ou, ao menos, se opôs expressamente a ele³⁵².

³⁴⁹ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.169.

³⁵⁰ GIMBERNAT, Enrique. *La Distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)*. Doutrinas Essenciais Direito Penal. Revista dos Tribunais. Org. Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci. Ano 1. Vol. II. Out.2010.

³⁵¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Ed. Roque Depalma. Buenos Aires. 1956. p.207/208.

³⁵² ESPANHA. Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). “*Artículo 133. Responsabilidad. 1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. 2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador. 3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.*” Fonte: Disponível em:

O conselheiro, como já bem acentuado, é um profissional qualificado em determinada especialidade ou ele é provido de certas características que o habilitaram à função. É pressuposto de uma atividade responsável que ele conheça a companhia e a atividade econômica por ela desempenhada e, ainda, possua um perfil que o torne apto a planejar e orientar os negócios da empresa, sem embargos do dever de fiscalização e controle.

O art. 142, III (poder de fiscalização), o art. 153 (dever de diligência) e o art. 158, § 1º (negligência de supervisão), todos da Lei das S.A., permite concluir que os membros integrantes do Conselho de Administração estariam na posição de garantes de vigilância ou supervisão e controle. No que diz respeito ao preceito contido no art. 158, § 1º, especificamente no trecho “*deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática*”, assumiria o conselheiro a função de garante de proteção.

Os estatutos sociais e regimentos internos que dispõem sobre as competências do Conselho de Administração podem: a) detalhar as atribuições dos conselheiros e, portanto, reforçar a posição de garante de vigilância ou supervisão e controle; ou b) turvar as atribuições legais, causando a impressão de que o Conselho de Administração é órgão colegiado de decisões sobre assuntos relacionados apenas à direção geral da companhia. Com base nesta possibilidade real – da regulamentação interna apequenar as competências do C.A. – questiona-se: ainda que o estatuto da sociedade anônima ou o regimento interno do Conselho de Administração, ao expor de forma generalista a competência dos conselheiros, deixando ao colegiado tão somente a orientação geral dos negócios da companhia, ainda assim remanescerá o dever legal de imiscuir-se nos atos de gestão e conseqüentemente, exercitar o dever de vigilância?

Se uma das atribuições estatutárias ou regimentais do conselheiro é a proteção do bem jurídico, a afastar toda e qualquer fonte de perigo – posição de garante pela assunção de deveres contratuais –, o membro do conselho passa a ter o dever de agir para evitar o resultado típico. Em outra situação, se o risco não permitido foi criado pelo desempenho de algum ou alguns integrantes da corporação, estes deverão manter o risco dentro do permitido, caso contrário haverá

descumprimento das normas de cuidado e, por consequência, imputação de responsabilidade penal por ingerência (art. 13, § 2º, alínea c, do CPB)³⁵³.

De tudo o quanto foi exposto até o momento, a falha ou a omissão da regulamentação interna não subtrai a posição de garante dos conselheiros quanto ao dever de vigilância. Se existe um dever de diligência ou de cuidado (pois ambos são idênticos), sua vulneração caracterizará infração objetiva desse dever³⁵⁴.

O dever que o conselheiro tem de supervisão das atividades da Diretoria – Lei das S.A. – seria uma forma *especial de exercer os deveres de proteção* dos bens jurídicos da companhia em razão da assunção de suas atribuições, ou seja, os conselheiros estão na posição de garantidores de proteção³⁵⁵.

Aproveitando o exemplo de BACIGALUPO ao discorrer sobre *el resultado y la imputación objetiva*³⁵⁶ e adaptando-o ao tema do presente trabalho, a questão que se coloca é: não se pergunta se a omissão dos conselheiros administrativos causaram o dano à companhia, mas, de outra forma, se a ação de evitação do resultado que os conselheiros poderiam ter realizado evitaria o dano à companhia.

Para o relator do Habeas Corpus impetrado em favor integrante do Conselho de Administração no caso do rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana/MG, o relator do HC entendeu que na atividade do Conselho, o conselheiro não assumiu o risco da produção do resultado, mesmo porque o Conselho de Administração da Samarco não exerce a gestão nem a execução da política gerencial da empresa, que está a cargo da Diretoria Operacional. Ao Conselho de Administração *incumbe somente a orientação geral da companhia*. Ao manifestar-se sobre a posição de garantidor, afirmou que não seria ela que determinaria a adoção de medidas corretivas ou de proteção, mas apenas de propor ao Conselho as medidas necessárias³⁵⁷.

³⁵³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1ª edição. Ed. Marcial Pons. 2018. p.134.

³⁵⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal. *Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas. 2015. Pág. 921. “No es posible admitir una ‘infracción objetiva del deber’ sin vulneración del deber de cuidado o diligencia, pues ambas son idénticas. ... La infracción del cuidado (o infracción del deber) presupone una conducta perceptible en el momento de la comisión del hecho como objetivamente defectuosa, sin que exista ya un injusto o ilícito”.

³⁵⁵ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidad por omisión de los miembros de consejos de administración*. Em *Letra: Derecho Penal, Año IV, número 7*, 2018. p.94.

³⁵⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. La teoría del delito*. Ed. Temis. Colômbia. 1996. p.229.

³⁵⁷ TRF 1ª Região. Habeas corpus nº 0070468-62.2016.4.01.0000/MG. Relator Desembargador Olindo Menezes. Ordem concedida à unanimidade para trancamento da Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822/MG, em relação ao paciente José Carlos Martins, membro integrante do Conselho

Trata-se da: (i) inércia (omissão); (ii) ante um fato típico (qualquer ilícito que represente risco a um bem jurídico que pode ser a vida, a exposição a perigo, ao meio ambiente, à confiabilidade do sistema financeiro); (iii) em que o sujeito (membro integrante do Conselho de Administração) está diante de uma fonte de perigo (a existência de uma empresa já é, por si só, uma ameaça; sendo que, algumas atividades exercidas pela empresa representam maior ou menor risco); (iv) tem capacidade de agir (do conselheiro deve ser exigida a capacidade do homem ativo e probo, que se interessa pelo negócio da companhia e, por ser fiscal, deve desconfiar dos atos de gestão; pode valer-se de opiniões especializadas de técnicos para subsidiar sua decisão); e (v) obrigatoriedade de vigiar e proteger o bem jurídico sob ameaça.

A condição de membro integrante do Conselho de Administração cria o vínculo especial com a fonte produtora de perigo e, também, com o bem jurídico que será afetado pela atividade da companhia. Tendo conhecimento de que um ilícito penal se encontra no curso causal, o conselheiro tem o dever de agir (art. 158, § 1º) a colocá-lo na posição de garantidor de proteção.

Segundo ESTELLITA os conselheiros são garantidores de proteção dos bens jurídicos da sociedade, por assunção fática ou decorrente de preceito legal ou contratual, em face do desamparo da vítima (a empresa, na posição de vítima, não possui meios de defesa, senão aqueles exercidos por seus administradores) e da relação de custódia do bem jurídico (da própria empresa, conforme as competências do art. 142, da Lei das S.A.; ou dos bens jurídicos de terceiros)³⁵⁸.

Mas e se a existência de um ilícito penal não for de conhecimento do conselheiro? E, ainda, o fato de o conselheiro conhecer os termos da Lei das S.A. – uma vez que ninguém poderá alegar desconhecimento da lei (art. 21 do CPB³⁵⁹; e art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657/42 – LINDB³⁶⁰) – sobretudo membros escolhidos pelos acionistas em face da sua qualificação – poderá alegar que não tinha conhecimento da decisão da ação possível?

de Administração da empresa Samarco Mineração S.A., no caso do rompimento da barragem de Fundão, no município de Mariana/MG. Trânsito em julgado em 07/12/2018.

³⁵⁸ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.198/199.

³⁵⁹ Código Penal Brasileiro. “Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”

³⁶⁰ Decreto-Lei nº 4.657/42 – LINDB. “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

O conselheiro que, mesmo diante das determinações da lei, sobretudo o art. 142, III, art. 153 e art. 158, § 1º, todos da Lei das S.A., decide não exercer seu papel de administrador ativo, desconfiado, qualificado e probo, em verdade, toma uma decisão de inação, tendo consciência de que poderia agir. Mas é necessário que o sujeito inclua na sua decisão a não execução da ação possível³⁶¹. No entanto, se o fato não chegou ao conhecimento, mesmo tendo o conselheiro atuado comprovadamente de forma diligente, entendemos que não se enquadra na hipótese de imputação penal.

Para KAUFMANN a posição de garante exige que o responsável pelo dever de agir tenha *conhecimento* dos elementos que fundamentam a posição de garantidor³⁶². Sobre esse ponto não discordamos, uma vez que o autor do crime de omissão imprópria deve possuir *cognoscibilidade*³⁶³ para reconhecer sua função dentro daquela estrutura criada para atividades diversas, dentre elas, e sobretudo, a de permanente vigilância.

No entendimento de ROXIN o erro sobre o dever de ação é um erro de proibição ou um “erro sobre o mandato”³⁶⁴, que exclui a culpabilidade³⁶⁵.

Em face da posição – de homem ativo e probo – o conselheiro *consciente e capaz*, que assume a imobilidade, assume o risco de um dano que poderá advir da sua passividade.

Neste caso, cada membro responderá na medida de sua culpabilidade (art. 29 do CPB³⁶⁶) conforme sua qualificação. Se o crime que foi consumado por sua inação

³⁶¹ TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. I, Julho 2011. Capítulo 1 – Teoria da Lei e Dogmática Penal, 6 - Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos (66).

³⁶² KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. 2006. Barcelona. p.310.

³⁶³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. São Paulo, 1ª edição. Ed. Marcial Pons. 2018. pág. 50. “A ausência de cognoscibilidade do contexto fático do qual deriva o dever de atuar exclui a tipicidade da omissão. (...) A título de conclusão provisória: a ausência de capacidade física ou da cognoscibilidade do contexto fático diante do qual se exige a atuação afasta a incidência da norma”.

³⁶⁴ ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal – Tipos abiertos u elementos del deber jurídico. Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo*. Universidad de Madrid. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1979. p. 228.

³⁶⁵ No mesmo sentido, TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. I, Julho 2011. Capítulo 1 – Teoria da Lei e Dogmática Penal, 6 - Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos (20 – Dolo e erro).

³⁶⁶ Código Penal Brasileiro. “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

exigir a conduta dolosa (art. 18, I, do CPB³⁶⁷), será necessário apurar se o sujeito ativo tinha consciência da sua decisão de não agir, produzindo o resultado de forma deliberada; ou, ainda, se mesmo não tendo a vontade de produzir o resultado, não se importou de produzi-lo. No caso da culpa (art. 18, II, do CPB²²) poderão ser verificadas a imprudência, imperícia e negligência na atuação passiva do conselheiro, a produzir, da mesma forma, o dano ao bem jurídico. Em qualquer caso, mas sobretudo na hipótese do art. 18, I (CPB), exigir-se-á a análise do elemento volitivo³⁶⁸.

A responsabilidade penal subjetiva e o exame da culpabilidade é determinada a partir da análise da conduta de cada agente em relação ao resultado delituoso, não sendo possível a responsabilidade somente pela posição, cargo ou função técnica do agente³⁶⁹. Conforme SILVEIRA, é obrigatória a *constatação e verificação do elemento subjetivo nas condutas omissivas impróprias*³⁷⁰. Diverge desta posição ROXIN, ao defender a imputação objetiva e a não relevância da causalidade, uma vez que o omissor não impediu o resultado apesar do dever de fazê-lo.³⁷¹

A assunção desproporcional do risco pode caracterizar a assunção de um dolo eventual³⁷². Assim, se está o conselheiro investido do poder para modificar o curso causal, é presumido o conhecimento do risco empregado³⁷³.

As *zonas de risco* reveladas no *risk assessment* pontuam as principais fontes de perigo (*red flags*), ou seja, aquelas que, de fato, possuem alguma relevância penal e, portanto, merecem maior atenção por parte dos administradores. No

³⁶⁷ Idem., “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

³⁶⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D’Plácido. 2016, p. 183.

³⁶⁸ TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. I, Julho 2011. Capítulo 1 – Teoria da Lei e Dogmática Penal, 6 - Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos (20 – Dolo e erro).

³⁶⁹ STF. HC 138637 / SP – Voto do Min. Celso de Mello.

³⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D’Plácido. 2016, p. 182.

³⁷¹ ROXIN, Claus. *La imputación objetiva em el Derecho Penal*. Tradutor y editor: dr. Manuel A. Abanto Vásquez. Ed. IDEMSA. Lima, Peru. 1997. p.15/16.

³⁷² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. ... *A omissão do empresário como crime*.... p. 183.

³⁷³ Ibidem, p. 169.

entanto, a indiferença a elas poderá ser um fator de incremento do risco penalmente relevante³⁷⁴.

Segundo ESTELLITA os membros integrantes do Conselho de Administração são garantidores originários de vigilância e suas competências – legais ou das normas internas – atribuem-lhes compromisso de controle das fontes de perigo, sobretudo em relação à diretoria. Ao perceberem qualquer sinal de perigo ou depararem-se com a prática de delitos por parte dos administradores ou subordinados, *é dever do conselheiro acionar os demais membros* e empenhar-se (adotar as medidas juridicamente possíveis) na *contenção ou eliminação* da fonte de perigo. O poder de fiscalização, de destituição de diretores, de veto sobre contratos ou negócios, dentre outras competências do Conselho de Administração (previstos em Lei e na regulamentação interna) representam o “dever de agir” para evitar o resultado lesivo ao bem jurídico e penalmente relevante ao universo jurídico³⁷⁵.

Nos termos da Lei das S.A.³⁷⁶ (arts. 142, 153, 158) assim como o disposto nos instrumentos de regulação interna (Estatuto Social e Regimento Interno do C.A.), aos administradores (Diretoria e Conselho de Administração) é confiado o dever de cuidado, de vigilância, a evitar as ameaças que possam surgir da atividade empresarial para salvaguardar os bens jurídicos da companhia ou de terceiros. Em relação aos *riscos tipicamente unidos à atividade empresarial*, os órgãos de direção têm o *dever* de criar mecanismos para evitar a existência de tais perigos ou, ainda, *minimizá-los até que se tornem riscos tolerados*³⁷⁷.

O fato de a lei (art. 13, § 2º, alínea “a”, CPB) ou os deveres contratuais e a relação especial de confiança (art. 13, § 2º, alínea “b”, CPB) dotarem o sujeito do dever de cuidado, equivale dizer que os membros integrantes do C.A. estão na posição de garantes e a negligência em descobrir as fontes de perigo, coloca-os na órbita dos crimes comissivos por omissão.

³⁷⁴ Ibidem, p. 136.

³⁷⁵ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.229.

³⁷⁶ No caso de empresas Estatais, a Lei Federal 13.303/16 estabelece – subsidiariamente à Lei das S.A. – mecanismos de controle de riscos que sujeitam os membros do Conselho de Administração a traços mais objetivos de dever de vigilância.

³⁷⁷ PLANAS, Ricardo Robles. Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, Teoria do Delito e Direito Penal Econômico – Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 6, Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Ed. D'Plácido.2016. p 249/250.

Por fim, KAUFMANN observa que a posição de garantidor visa evitar um determinado resultado (ou uma certa fonte de perigo), sendo indiferente se essa ameaça foi resultado do trabalho humano ou de um evento natural³⁷⁸.

Concordamos com o fato de que diversas fontes de perigo (produzidas pelo homem ou pela natureza, conforme KAUFMANN) podem ser previamente detectadas ou calculadas – por meio do *risk assessment* ou por gradações de risco da atividade econômica da companhia, conforme estabelecido por entidades reguladoras etc. Sobre estas zonas de perigo, a clareza da atividade perigosa e os riscos previsíveis tornam mais pragmático e objetivo o dever de vigilância. Em direção oposta, também deve ser incluído no universo de companhias, aquelas em que o produto ou o serviço se enquadram em zonas de baixo risco, cujo trabalho de vigilância exigirá menos atenção. Na geografia de qualquer empresa, há, entretanto, zonas cinzentas em que as fontes produtoras de risco não são facilmente detectáveis e que a percepção requisitaria competências extraordinárias dos membros dos Conselhos de Administração. Se não é possível exigir da cúpula da empresa o controle total dos riscos advindos da conduta da atividade da empresa ou dos subordinados, é exigível a adoção de medidas de controle e vigilância para evitar os *riscos tipicamente empresariais*³⁷⁹. A instituição de comitês técnicos – que se dedicarão exclusivamente a um determinado assunto de interesse do C.A. – ou a implantação de programas de integridade (*compliance*), representarão um reforço de grande capacidade a serviço do dever de cuidado, do dever de vigilância e proteção.

3.4 Risk Assessment

O *risk assessment* contribuiria com o trabalho de monitoramento, tal qual uma bússola ao Conselho de Administração, para indicar quais as principais fontes de perigo que requerem permanente vigilância, bem como as esferas e gradações de risco da atividade da companhia. Munido dessa radiografia, os conselheiros: a) não

³⁷⁸ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. 2006. Barcelona. Pág. 305. “*Los mandatos de garante hasta ahora analizados tenían por objeto la evitación de un determinado resultado (o de un peligro determinado), siendo indiferente si este resultado amenazaba con producirse por obra humana o por suceso natural*”.

³⁷⁹ PLANAS, Ricardo Robles. *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, Teoría do Delito e Direito Penal Econômico – Coleção Ciência Criminal Contemporânea*, vol. 6, Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Ed. D'Plácido. 2016. p. 250.

poderão alegar desconhecimento das principais fontes de perigo e daquelas zonas de risco reportadas no relatório; b) são obrigados – por dever de diligência – a promover a vigilância ou, se não for possível, delegar este dever aos órgãos constituídos para tal fim.

As fontes de perigo de alto risco são previamente identificadas, uma vez que, para o início da atividade da empresa ou início da operação do estabelecimento, são exigidos atos públicos de liberação para operação ou funcionamento de atividade econômica (autorizações, laudos e alvarás). Neste caso o risco é explícito, fato que não deve ser ignorado pelo conselheiro administrativo. O risco, desde que permitido e controlado, faz parte da rotina empresarial.

Há, segundo a Autoridade Europeia de Segurança dos Alimentos, quatro *steps* do *risk assessment*: (i) identificação da fonte de perigo (o que pode causar dano?); (ii) caracterização do perigo (que efeitos esses riscos causam?); (iii) avaliação da exposição (quem pode ser prejudicado e como?); e (iv) caracterização do risco³⁸⁰. Para o órgão britânico de saúde e segurança há mais dois *steps*: (i) registro dos riscos; e (ii) a revisão dos controles de riscos³⁸¹. Mas ainda remanescem alguns outros *steps*: a existência de mecanismos de controle para cada risco permitido (logo, a ausência dos controles pode mudar o nível para risco proibido); conhecimento do relatório por todas as partes interessadas; e as medidas de mitigação para que o risco proibido retorne à condição de risco tolerável.

Para ROXIN, se a ação precedente se mantém dentro do risco permitido, não haverá posição de garante³⁸². No caso de atividade econômica desenvolvida pela companhia enquadrar-se em atividade de risco, mas, tendo adotado todas as medidas de segurança a seus funcionários e aos bens jurídicos de terceiros, o risco será tolerado. Tudo aquilo que é previsível pode ser controlado e isso evitaria os efeitos nocivos de determinado fato delituoso.

3.5 Delegação do dever de vigilância

³⁸⁰ Disponível em <https://www.efsa.europa.eu/en/interactive-pages/riskassessment/RiskAssessment>. Acessado em 21/06/2020.

³⁸¹ Disponível em <https://www.hse.gov.uk/simple-health-safety/risk/steps-needed-to-manage-risk.htm>. Acessado em 21/06/2020.

³⁸² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas. 2015. p.907.

Dentro das estruturas societárias complexas, a quantidade de diretores, gerentes e subordinados praticamente obriga que deveres positivos sejam transmitidos por delegação a quem, de fato, realizará a ação final fruto da atribuição, mediante atuação física ou mental.

A princípio, o delegante precisa deter competência sobre o objeto da delegação³⁸³ e, ainda, a delegação deverá ser juridicamente possível. Sobre um ponto de vista, o dever de vigilância de responsabilidade do Conselho de Administração poderia ser objeto de delegação. Em contrapartida, é necessário que não haja vedação no estatuto social ou no regimento interno e, especialmente, sejam verificados os deveres residuais. Se o dever de vigilância pode ser objeto de delegação, a complexidade do assunto torna imprescindível a análise da situação concreta. Ao mesmo tempo em que a delegação é possível, persistirá uma responsabilidade residual do delegante³⁸⁴ que, por sua vez, exerce o papel de garante de vigilância e controle em relação às atividades do delegado.

No preceito legal consignado no art. 142 da Lei das S.A., os acionistas delegaram seus deveres de vigilância sobre as fontes de perigo criadas pela companhia, ao indicarem os membros do Conselho de Administração.

Existe um problema na delegação que é a transferência de um poder de controle e proteção: a *mera incumbência de execução de uma tarefa específica não acarreta a transmissão do dever de garante*. O responsável pelo controle de uma zona de risco (garante de vigilância) que pede a um subordinado que realize a vistoria a um determinado equipamento (núcleo produtor de risco), pois não tempo para fazê-lo, apenas repassa uma incumbência pontual, específica, e que não caracteriza a delegação em sentido estrito, pois será mantido intocado o dever daquele responsável sobre a fonte de perigo. Nesse caso seria necessário distinguir o “simples cumprimento de uma ordem específica” (ou a “execução de um determinado trabalho”), da “delegação de funções”³⁸⁵. Nos dois casos, alguém que detém o poder de comando e decisão transmite a um terceiro uma determinada

³⁸³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D'Plácido.2016, p. 151.

³⁸⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime ..., p. 215.

³⁸⁵ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Ano 26. Vol 143. Maio/2018. COORDENAÇÃO: Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Capítulo 3 - Precisão terminológica: a delegação e o encargo de execução de tarefas concretas.

incumbência. No entanto, na primeira situação – de simples cumprimento de uma ordem específica – a transmissão do encargo é precisa e limitada tanto na órbita de deveres quanto no tempo necessário para executá-la. A delegação é uma transferência de atribuições com maior grau de estabilidade, habitualidade e concretude, na medida em que as funções deverão ser claras e explícitas em instrumento formal, ou ainda que informal, o delegado deve conhecer suas funções além de ter capacidade de compreensão do seu encargo.

Para BOTTINI, a delegação do risco é possível³⁸⁶: *é adequada e até necessária a delegação dos deveres de controle de riscos permitidos dos quais o empresário é garante*³⁸⁷. Nem teria sentido a criação de grandes e complexas estruturas societárias, a exigir que os administradores centralizem em suas mãos todas as funções de administração, fiscalização, controle, cuidado, supervisão e proteção. Mas BOTTINI faz uma importante advertência com relação à delegação do dever de controle, sendo possível esta transferência apenas nas situações de *riscos permitidos*, embora em situações específicas, seja possível a delegação do dever de controle de *riscos não permitidos* desde que o objeto da delegação seja o *ato de restauração do controle do foco de perigo* e, ainda, que o delegado tenha conhecimento dessa atribuição e, por fim, tenha o delegado capacidade de evitar o resultado³⁸⁸.

ESTELLITA também admite a delegação das funções de vigilância, sejam elas atividades relacionadas às áreas econômicas e administrativas, sejam as atribuições de *vigilância ligadas a atividades de risco especial*. No entanto, também a autora entende que a delegação não tem efeitos *exoneratórios*, remanescendo os deveres residuais de seleção, instrução, organização, supervisão e intervenção³⁸⁹.

³⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria. P.280/281: “*Aquele que cria um risco – ou é obrigado por lei ou em decorrência de assunção a controlar riscos alheios – pode delegar o dever de controle, desde que (i) observe as normas de cuidado atinentes aos deveres remanescentes de supervisão ou vigilância, evitando os riscos não permitidos decorrentes da violação de tais preceitos. Uma vez violados tais deveres – ou seja, constatada a omissão de supervisionar ou vigiar o responsável pelo controle dos riscos criados pelo delegante – o resultado típico será imputado, desde que (ii) constatado que o delegante tinha capacidade de exercer essa vigilância /supervisão naquele contexto concreto, (iii) que a ação normativamente exigida evitaria o resultado (com probabilidade próxima da certeza) e (iv) que a lesão/perigo estão dentro do âmbito de abrangência da norma de cuidado violada (dever de vigilância/supervisão)*”.

³⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Omissão Imprópria., p.275.

³⁸⁸ Idem.,, p.275.”*Caso o garante tenha descumprido as normas de cuidado, de forma a criar um risco não permitido, sua gestão ou controle pode até ser delegada, mas este ato não o exonerará das imputações pelo resultado, a título de omissão imprópria*”.

³⁸⁹ ESTELITTA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e

No caso da criação de comitês técnicos especializados em determinados assuntos (comitê de riscos ambientais; controle e combate à corrupção; de auditoria; dentre outros), também é possível delegar a posição de garantidor, com a ressalva da manutenção de deveres residuais, mas com possibilidade de redução da *intensidade dos deveres de vigilância* mormente em relação aos conselheiros que não são membros desses comitês³⁹⁰.

Ao tecer comentários sobre a possibilidade da prática do crime de corrupção por omissão, SILVEIRA cogita o exemplo do Conselho de Administração que, ao deter originalmente o controle das atividades da empresa e ao escolher o agente delegado que comete o crime de corrupção, teria o Conselho, pelas regras de ingerência, criado o risco com o comportamento anterior³⁹¹ e, por conseguinte, poderia ser legítima a imputação dos membros do conselho que, no caso, seriam os garantes originários.

Apesar da delegação, a avaliação dos riscos e o dever de vigilância e o dever de se informar continuam a recair sobre a direção da empresa, no entanto, a delegação, quando atribuída ao delegado de forma correta e com as devidas salvaguardas, pode liberar o delegante da responsabilidade do ato praticado pelo subordinado, sob pena de o instituto de *delegação* perder completamente o sentido³⁹²⁻³⁹³. Porém, a inativação dos deveres de vigilância e supervisão por parte do delegante, *dá lugar à intervenção relevante por omissão daquele que delega*³⁹⁴.

encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.150/151 e 170.

³⁹⁰ Idem, p. 229 e 232: “O objeto da vigilância delegada pode se limitar à função de proteção dos interesses da empresa, caso em que o encarregado deve vigiar a prática de crimes – e outras infrações – contra a empresa (delegação das tarefas ligadas aos deveres dos garantidores de proteção), ou pode se estender a infrações contra bens jurídicos de terceiros e da coletividade por integrantes da empresa (delegação das tarefas ligadas aos deveres dos garantidores de vigilância).”

³⁹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D’Plácido.2016, p. 222.

³⁹² PLANAS, Ricardo Robles. Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, Teoria do Delito e Direito Penal Econômico – Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 6, Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Ed. D’Plácido.2016. p. 251/252.

³⁹³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1581/2017 – Primeira Câmara. Relator Ministro José Múcio Monteiro. “A culpa in vigilando é caracterizada pela falta de fiscalização sobre procedimentos exercidos por outrem. Contudo, não é possível o exercício da supervisão de forma irrestrita, sob pena de tornar sem sentido o instituto da delegação de competência e inviabilizar o exercício das tarefas próprias e privativas da autoridade delegante”.

³⁹⁴ PLANAS, Ricardo Robles. Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, Teoria do Delito e Direito Penal Econômico – Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 6, Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Ed. D’Plácido.2016. p. 146.

Na nossa opinião, a atribuição de controle, porquanto conferida pela lei exclusivamente ao Conselho de Administração, não poderia ser objeto de delegação total uma vez que o garante originário, além do dever de supervisão tem também o dever de evitação do resultado caso a investigação revele a existência de riscos não permitidos. Esta ação positiva de evitação do resultado competirá exclusivamente ao delegante, ao passo que a identificação dos achados (*erguer a pedra sob a qual encontra-se a fonte de risco não permitido*) pode ser objeto de delegação, mantendo-se, como dito, os deveres residuais do delegante. O delegado, neste caso, atua como investigador ou, ainda, como um *mine detector* (detetor de minas). Ao mapear o campo minado e ao identificar as zonas de maior perigo em que as *minas* ainda estão ativas, o delegado entrega o relatório para que o delegante (Conselho de Administração) exerça seu dever de controle (vigilância) ou, conforme o estado e a dinâmica do curso causal, exerça o dever de proteção³⁹⁵. A transferência ou a transmissão de deveres não exonera totalmente o delegante de sua responsabilidade, mas transmite encargos ao delegado que passa a ser *responsável principal pelo controle direto dos riscos*³⁹⁶.

A delegação de competências impacta diretamente na imputação do delito. É natural que a delegação de funções seja transferida. Mesmo que o C.A. delegue a competência de supervisão ao Comitê de Auditoria, não terá abandonado o dever residual de reação e coordenação. Nesse caso, a delegação transferiu a função de análise técnica a um grupo de *experts*. Havendo a comprovação de que o grupo técnico era formado por pessoas de comprovado conhecimento, dotadas de todo o instrumental necessário e de satisfatórias condições de trabalho, conferiu-se credibilidade ao laudo exarado pelo Comitê. Se a deliberação do conselho for

³⁹⁵ IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015, pág. 57. "*Comitês são órgãos, estatutários ou não, de assessoramento ao conselho de administração. Sua existência não implica a delegação das responsabilidades que competem ao conselho de administração como um todo. Os comitês não têm poder de deliberação, e suas recomendações não vinculam as deliberações do conselho de administração*".

³⁹⁶ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 26. Vol 143. Maio/2018. COORDENAÇÃO: Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Capítulo 3 - Precisão terminológica: a delegação e o encargo de execução de tarefas concretas. "*Em particular, o problema da delegação da posição de garante radica na transferência de um poder de controle e proteção dentro de um determinado domínio, que pode ser a gestão de um empreendimento ou obra ou de um estabelecimento da empresa, a fiscalização da atividade de determinados empregados, a supervisão de uma fábrica etc. No sentido aqui empregado, os termos transferência e transmissão não sugerem a exoneração total de responsabilidade do delegante, mas só o trespasso de certos âmbitos de competência ao delegado, que passa, com isso, a ser o responsável principal pelo controle direto dos riscos*".

baseada majoritariamente no laudo, os membros não poderão ser responsabilizados, caso a decisão não tenha sido acertada, posto que baseada em informação aparentemente idônea. A *aparência de idoneidade da informação* é resultado de alguns elementos, tais como, capacidade técnica comprovada dos técnicos, ausência de reclamações ou questionamentos do grupo de trabalho, relatório que contemple todas as questões controvertidas e formalidade que siga os padrões de governança corporativa.

Não deve ser afastada a possibilidade de responsabilização, por *culpa in eligendo*, do acionista controlador que, sabendo da inaptidão do conselheiro³⁹⁷, o indica para deliberar sobre questões complexas e vitais para a companhia. Nesse caso, a fonte de perigo pode estar localizada da inaptidão do conselheiro, exigindo do acionista controlador o dever de agir – substituir o membro – para evitar o resultado. A indicação de conselheiro comprovadamente inapto e que atuará simplesmente como homologador dos atos gestão de interesse dos acionistas majoritários, cria o risco não permitido (ingerência).

Como em toda delegação há pressupostos para que o delegado tenha condições de exercer os poderes e atribuições da delegação. Se se considerar que os comitês (órgãos de assessoramento ao C.A.) assim como os departamentos de controle de risco, a exemplo do *compliance*, serão destinatários (delegados) do dever de investigação (e, em última instância, de supervisão), é pressuposto que a realização de um trabalho imprudente ou negligente, ou ainda, intencionalmente inidôneo, induza o Conselho de Administração a uma deliberação equivocada. Neste caso, se cumpridos os passos do dever de diligência, aos conselheiros estaria afastada a culpabilidade.

Nesse mesmo sentido, a delegação dos deveres de garante provocará a *pulverização da posição geral de garantidor dos bens jurídicos alvos de eventuais danos provindos de ações ou omissões da companhia*³⁹⁸, o que acabaria por dificultar a identificação do responsável pelo ato lesivo causado pela inação do

³⁹⁷ Lei 6.404/76. Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: (...) d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; (...)."

³⁹⁸ TANIZAWA, Paulo Henrique Guilman. CALDEIRÃO, Rafael Fernandes. YU, Andre Po Sheng. A departamentalização das funções diretivas como parâmetro de responsabilização criminal dos dirigentes das sociedades anônimas e limitadas. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Coordenador Chefe Luigi Barbieri Ferrarini. Boletim - 322 - Setembro/2019. Acessado em 17/11/2019, às 08:08 hs.

delegante ou do delegado. Quanto maior a complexidade do ato, maior será a dificuldade na identificação do responsável.

A advertência sobre o instituto da delegação é sempre necessária para reforçar o entendimento de que o delegante guarda certa dose de responsabilidade penal³⁹⁹, isso porque o delegado só está na posição de executor do ato por delegação do delegante e esta delimitação de funções se faz pela lei e pelos estatutos e normas internas da empresa⁴⁰⁰.

Quando a delegação de funções relacionadas à supervisão das fontes de perigo reside no programa de *compliance* não se pode perder de vista que, embora o responsável pelo *compliance* esteja da posição de garantidor de vigilância (para funções de investigação e controle), o delegante continua tendo a obrigação residual de fiscalizar o desempenho do departamento de *compliance* a averiguar se, de fato, os responsáveis pelo programa de integridade estão fazendo um trabalho profícuo ou, na vertente oposta, são apenas representantes de um *compliance* de fachada ou, para alguns, *compliance* de ornamentação.

Esta delegação não pode mascarar a indevida transferência de responsabilidade dos administradores da empresa para o *compliance officer*. Frequentemente se diz que o *compliance officer* ocupa posição de garante que o obriga a evitar que os empregados cometam ilícitos relacionados com a atividade empresarial. Tal posição de garante, contudo, corresponde a um dever derivado, não originário⁴⁰¹.

Um outro problema da transmissão dos deveres de vigilância é a tendência a transferir responsabilidade para os *compliance officers*, a despeito de os deveres de evitação do ilícito permanecerem com os administradores da empresa. Isso porque, como dito, o responsável pelo *compliance* (*compliance officer*) terá por obrigação trazer à tona os focos de perigo (na posição de garantidor de vigilância), entregando-os ao Conselho de Administração que, este sim, terá o dever de agir e evitar o

³⁹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2016, p. 174/177.

⁴⁰⁰ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 26. Vol 143. Maio/2018. COORDENAÇÃO: Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Capítulo 6 - A responsabilidade do delegante e a do delegado: compartilhamento de riscos, deveres primários e deveres secundários de garantia.

⁴⁰¹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Compliance : essência e efetividade / organizador: Claudio Lamachia, Carolina Petrarca ; coordenador: Izabela Frota Melo, Roberta Codignoto. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. Funções e Finalidades dos Programas de Compliance (fls. 215/229), p. 219.

resultado (garantidor de vigilância e, na sequência, de proteção). O dever de garante de deveres residuais continua a ser dos superiores hierárquicos, que têm por obrigação controlar as condutas dos delegados⁴⁰².

Segundo DEMÉTRIO CRESPO, a delegação exigirá que o delegado reúna *capacidade e condições* essenciais para gerir uma *concreta esfera de competência* porque só assim, no caso da superveniência do dano, será possível afirmar que a lesão aos bens jurídicos de terceiros foi produzida pela deficiente gestão de risco do delegado⁴⁰³. Caso exista algum defeito na validade da delegação (v.g. incapacidade do delegado; ou provisão de meios materiais insuficientes ao exercício da função) o delegante reassume os deveres de garante sendo, ainda, possível imputar responsabilidade penal do delegante por culpa *in vigilando* ou *in elegendo* em comissão por omissão⁴⁰⁴.

Oportuno levantar uma questão recorrente na transmissão dos deveres de vigilância. BOTTINI traz a lume uma importante análise sobre a diferença da *delegação* e da *transferência*. Enquanto na *delegação*, o delegado recebe os encargos de controlar os riscos, sem que o delegante se libere dos deveres residuais sobre as atividades do delegado; na *transferência* haverá a transmissão incondicional dos deveres transmitidos (praticamente uma “alienação” sem obrigação fiduciária), sem subsistir qualquer dever residual sobre o delegante. No caso da *transferência* os deveres de controle e salvamento serão de exclusiva responsabilidade de quem recebe os deveres de garante⁴⁰⁵.

Segundo BOTTINI o ato de delegação não exonera o garante originário de seu dever de cuidado, apenas o transforma (de dever de garantia em dever de vigilância e supervisão sobre as atividades do delegado)⁴⁰⁶. Conforme será visto, o delegante deverá obedecer, tal qual uma equação matemática, pressupostos da delegação sob pena de avocar total ou residualmente os deveres que ele delegou.

⁴⁰² Ibidem., p. 221.

⁴⁰³ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico. Sobre la posición de garante del empresário por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. Ed. Colex, 2008, Espanha. p.72.

⁴⁰⁴ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico. Sobre la posición de garante del empresário por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. Ed. Colex, 2008, Espanha. p.73.

⁴⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Omissão Imprópria*. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. Pág.301. “Na transferência há um deslocamento completo do dever de garantia para aquele a quem é transferido o foco de perigo, sem qualquer dever residual, desde que o transferido conheça integralmente seus contornos, assuma ou tenha a obrigação legal de controle/salvamento e presente capacidade para agir de acordo com o esperado”.

⁴⁰⁶ Ibidem., p.276 e 285.

Quanto à responsabilidade penal decorrente da delegação, ESTELLITA defende que o fundamento da *constituição de garantidores é a assunção* (art. 13, §2º, alínea “b”, do CPB)⁴⁰⁷. A autora revela uma outra e interessante perspectiva sobre a transmissão de deveres: quando o delegado, de fato, assume suas funções de gerenciamento e controle de risco, o delegante abandona seus deveres originais que acabara de delegar (de controle de risco) e é isso que concretiza a posição de garantidor do delegado⁴⁰⁸. Caso contrário, se por uma falha de delegação, o delegante continua a exercer os mesmos deveres que delegara, reassumiria suas funções vez que é garante originário dos deveres. Em suma, haveria uma delegação *de direito*, mas não *de fato*.

Muito se falou sobre os *deveres residuais* que são de propriedade do garantidor originário. A delegação não exonera o delegante da responsabilidade penal sobre a atividade delegada, exceto se forem cumpridas todas as exigências para a correta concretização da delegação. Se cumpridos os deveres residuais – selecionar corretamente o delegado; transmitir as informações essenciais ao exercício da delegação; coordenar a atividade delegada; instrumentalizar suficientemente o delegado; dever de vigilância e supervisão sobre o resultado das atividades delegadas; dever de reação (intervenção) caso o delegante verifique algum vício na atividade delegada – não haverá culpabilidade a onerar o delegante.

3.5.1 Dever de seleção

A escolha de alguém capaz de assumir as funções delegadas é pressuposto da delegação sob pena de o delegante reassumir a responsabilidade pelos atos delegados. A capacidade física e mental para o exercício dos deveres delegados possibilita que o delegante, desde que observados os demais deveres residuais, exonerar-se da culpabilidade sobre eventual falha na supervisão dos focos de perigo.

⁴⁰⁷ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.169.

⁴⁰⁸ *Ibidem.*, p.170.

A escolha de um *compliance officer* que cuidará do programa de integridade de uma indústria farmacêutica deverá ser um profissional que detenha conhecimentos sobre este universo, que conheça os problemas da industrialização dos medicamentos, que entenda as complexas relações entre indústria, médicos e hospitais, os focos de corrupção, dentre outras expertises do setor. Da mesma forma, o *compliance officer* responsável pelo programa de integridade de um banco deverá ser um conhecedor das normas do Banco Central e dos crimes financeiros. Sem estas habilidades, o desempenho do profissional poderia comprometer a eficiência do programa e expor a entidade financeira a riscos não permitidos.

É dever do delegante a seleção adequada do delegado por intermédio de análise isenta das competências do profissional. No caso de o Conselho de Administração selecionar diretor inapto, ou constituir comitês sem observância das técnicas usuais de escolha de profissionais, poderá responder por *culpa in eligendo*⁴⁰⁹, devolvendo-se a responsabilidade para os membros do colegiado, caso a falha de atuação desses delegados produza um risco não permitido.

3.5.2 Dever de informação

O Conselho deverá informar ao delegado (diretoria, comitês ou subcomitês técnicos) todas as atribuições que lhe são inerentes. Um dos pressupostos da posição de garantidor é o conhecimento. Conforme já mencionado, para KAUFMANN a posição de garante exige que o responsável pelo dever de agir tenha conhecimento dos elementos que fundamentam a posição de garantidor⁴¹⁰. O instrumento de delegação deve ser (preferencialmente formal) apto a conferir absoluta clareza sobre o dever de vigilância (e seus detalhes) a quem a posição de garante está sendo delegada.

O delegado não só deve receber estas informações como, por pressuposto, deve ter capacidade de compreensão das funções (*cognoscibilidade*⁴¹¹). O

⁴⁰⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1581/2017 – Primeira Câmara. Relator Ministro José Múcio Monteiro. “*Culpa in eligendo. Comprovação. Para que fique comprovada a existência de culpa in eligendo, a inépcia da autoridade delegada tem que ser comprovada, pois a culpa in eligendo existe quando a autoridade delegante confia missão sabidamente incompatível com os requisitos possuídos pelo delegado, sejam eles técnicos ou pessoais*”.

⁴¹⁰ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. 2006. Barcelona. p.310.

⁴¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Omissão Imprópria*. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018. p. 46/49.

delegante que retém informações indispensáveis ao exercício da delegação ou sonega atribuições, avoca novamente para si a responsabilidade sobre os deveres que outrora tinha delegado.

3.5.3 Dever de coordenação

Quando ocorrer a delegação, o Conselho de Administração (delegante) deverá coordenar os delegados. Não se trata de reassumir os deveres que havia delegado. A coordenação é, em parte, abandono dos deveres originários, a fim de que o delegado assuma de forma integral e completa o dever de controle dos focos de perigo. A coordenação está relacionada à liderança e à orientação. Cabe ao coordenador a distribuição das funções e o controle das atividades exercidas pelo delegado. Na delegação os deveres originários são transmitidos, mas continuam sob o governo do delegante.

3.5.4 Dever de provisão (instrumentalização)

Aqueles que receberam a função delegada, deverão possuir meios econômicos, materiais e pessoais para exercer suas funções. Deixar o delegado à míngua de recursos financeiros e sem ferramentas operacionais, é atitude equivalente à revogação da delegação.

Ao técnico integrante do comitê de controle e gerenciamento de atos de corrupção lhe é sonegada a passagem aérea para a supervisão de uma agência bancária situada em outra região, cuja fonte de perigo é notória. Sem condições para a visita técnica que possibilite a verificação *in loco* da agência e do comportamento dos subordinados da instituição, será impossível obter qualquer parecer conclusivo. Nesse caso, de drenagem de recursos destinados às atividades delegadas, a existência do comitê não exonera a culpabilidade do delegante, uma vez que os deveres delegados não puderam ser realizados, em face do obstáculo intransponível da falta de meios materiais.

3.5.5 Dever de vigilância e controle

O Conselho de Administração, tendo delegado a gestão de riscos das atividades poluidoras da companhia a um determinado comitê, mantém-se inerte mesmo não tendo recebido os habituais relatórios mensais de segurança. O Conselho opta em não questionar as atividades do comitê, pois preferiu adotar o ditado “*no news is good news*”, pois se algo de ruim tivesse acontecido, já saberíamos. Pois bem, esta atividade passiva imputará o delegante no crime de omissão imprópria, em face da falha de delegação.

É obrigação do delegante vigiar, monitorar, controlar as funções delegadas. Contudo, em grandes corporações, por exemplo, é possível que o delegante não possua disponibilidade de tempo para tal atividade. Neste caso, o departamento de *compliance* poderia figurar como importante aliado nesta função. Embora o departamento de *compliance* também seja uma atribuição delegada dos deveres de vigilância, é possível pensar no *compliance officer* como uma função extra de controle de outros delegados. Ou seja, caberá ao delegante exercer a supervisão sobre as atividades delegadas de *compliance* e, ao mesmo tempo, o delegante exigirá o relatório do *compliance* em relação a outras atividades delegadas.

3.5.6 Dever de reação (intervenção)

Constatada alguma falha na delegação – de seleção incorreta, de falta de informação, ausência de coordenação, instrumentalização insuficiente ou omissão ao dever de supervisão – o delegante deverá agir, a consertar a falha detectada, para que o vício da delegação seja corrigido antes que o delegado produza um risco não permitido (ingerência) ou, pela sua omissão, permita a ocorrência de um dano aos bens jurídicos tutelados pelo garantidor.

Identificado o risco o C.A deverá agir. Uma vez que o membro do Conselho tem conhecimento do problema, sua inação, frente ao dever de reação, equivalerá à omissão imprópria.

Se o presidente do Conselho recebe a informação de que um colaborador ofereceu dinheiro a um gestor público em troca de exercer a oportunidade de inserir cláusulas favoráveis à empresa em edital de licitação, deverá tomar providências imediatas e efetivas a sanar o problema e adotar medidas de prevenção para que uma nova infração não venha a ocorrer.

A omissão ao dever de reação é grave e é certa a imputação de responsabilidade, uma vez que o autor tinha conhecimento do fato, mas omitiu-se ao dever de evitar o ilícito.

3.5.7 Programa de Integridade (*Compliance*) e a possível transferência da posição de garantidor

O Conselho de Administração poderá socorrer-se da implantação de um programa de integridade. Na Lei 13.303/16, a implantação do controle interno e gestão de riscos, é obrigatória (art. 6º, *caput*, art. 9º, I e § 4º; art. 18, II). Na Lei 6.404/76 não há previsão expressa para essa ferramenta de gestão de riscos, mas os estatutos e regimentos internos poderão prever sua instalação. O *Compliance* terá por objetivo prevenir, vigiar, monitorar e corrigir atos identificados como práticas de fraude, abuso de poder, desvios, decisões contrárias aos interesses sociais da companhia, corrupção, violação à livre concorrência e todas aquelas consideradas ilícitas⁴¹².

O programa de integridade (*compliance*) deve ser construído sob medida (*tailor-made*⁴¹³) para cada companhia. Uma empresa sempre possuirá características que a individualize em relação às demais. Cada atividade empresarial possui peculiaridades e riscos específicos⁴¹⁴. Da mesma forma que o Conselho de Administração deverá ter atenção para os principais focos de perigo (a depender do grau de risco da atividade econômica desempenhada pela companhia), o programa de integridade precisa ser edificado dentro das necessidades da empresa e com especial atenção aos riscos daquele determinado segmento de atividade econômica. As empresas que contratam com o governo, por exemplo, possuem focos de perigo relacionados ao risco de corrupção, cartel, fraude, que precisam ser monitorados com atenção para que um risco permitido (licitações, contratos e relação com autoridades governamentais) não se transforme em risco proibido (fraude a

⁴¹² BANCO CENTRAL. Resolução nº 4.595/2017 - Dispõe sobre a política de conformidade (*compliance*) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. (arts. 4º e 9º).

⁴¹³ CASSIN, Richard L. FCPA BLOG. "(...) todas as organizações têm uma estrutura diferente e duas não funcionam da mesma maneira. Portanto, cada uma precisa de seu próprio programa personalizado". Disponível em <https://fcgablog.com/2008/06/20/putting-compliance-programs-to-the-test/>. > Acesso em 14 Jun 2020.

⁴¹⁴ NEVES, Edmo Colnaghi. FIGUEROA, Caio Cesar. Gestão de Riscos. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.22.

licitação⁴¹⁵, superfaturamento em contratos⁴¹⁶, corrupção ativa⁴¹⁷ e crimes concorrenciais⁴¹⁸).

Já o segmento da indústria química, os focos de perigo estão relacionados especialmente a fatores operacionais e ambientais, que podem provocar incêndios (em material combustível), danos ao meio ambiente (derramamento de petróleo, descarte de resíduos industriais em rios), explosões (na produção de tintas e solventes, refinarias, fabricação de explosivos)⁴¹⁹.

Qualquer atividade – de maior ou menor risco – importará na necessidade de monitoramento desse risco tolerável para que ele não se transforme em risco não permitido.

A construção sob medida exige ainda a análise do porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como quantidade de funcionários, a complexidade do organograma, utilização de empresas ou funcionários terceirizados e representantes comerciais, o país que atua, a quantidade de estabelecimentos (filiais e estruturas *overseas*); a quantidade de empresas que fazem parte do grupo econômico assim como a sua complexidade⁴²⁰.

Empresas que necessitam obter licenças, alvarás e autorizações para suas operações; recebem incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público; também devem ter o monitoramento do risco pelo potencial de risco do contexto em que atuam.

O programa de integridade, tal qual uma “porta corta fogo” tem por objetivo a identificação do risco (controle e vigilância), informação deste risco aos

⁴¹⁵ Lei federal nº 8.666/93. “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

⁴¹⁶ Idem. “Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; (...) Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”

⁴¹⁷ Código Penal Brasileiro. “Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa”.

⁴¹⁸ Lei Federal nº 8.137/90. Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; (...) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”.

⁴¹⁹ FREITAS, Nilton Benedito Branco Freitas. Situações e fatores de risco no ramo químico. Disponível em <https://www.coshnetwork.org/sites/default/files/caderno16%20ramo%20quimico.pdf>. > Acesso em 06 Jun 2020, às 19:11 hs.

⁴²⁰ Decreto Federal nº 8.420/15. Art. 42, § 1º.

administradores da companhia e, conforme as atribuições definidas na regulamentação interna (estatuto, regimento) ou em cláusulas contratuais, o *compliance* pode sugerir as medidas para mitigação ou solução daquele risco.

O Conselho de Administração poderá delegar o dever de vigilância (controle das fontes de perigo) ao departamento de *Compliance*, sob a tutela do *compliance officer*. Este profissional deve ter capacidade técnica para supervisionar (controlar e vigiar) o cumprimento das leis e regulamentos da empresa e desempenhará um papel de conselheiro e fiscalizador (como um auditor interno)⁴²¹.

O julgamento da Ação Penal nº 470 (Mensalão), no STF, trouxe à tona um dos grandes temas de debate da dogmática, acerca da responsabilidade penal do responsável pelo programa de integridade (*criminal compliance*). O STF julgou procedente a AP nº 470, a condenar os dirigentes do Banco Rural pelo crime de gestão fraudulenta de instituição financeira⁴²². Este julgamento condenou, ainda, o *compliance officer* do Banco Rural. No voto do ministro Celso de Mello, ficou consignado que o departamento de *compliance* é responsável pelo controle interno a viabilizar as *boas práticas de governança corporativa e de gestão de riscos*; e, também, as práticas de *compliance* são essenciais ao gerenciamento de risco de qualquer empresa, a impor regras de comportamento ético e idôneo no desempenho das funções dos administradores⁴²³.

A responsabilidade penal há que ser investigada diante do caso concreto, uma vez que a estrutura hierárquica da empresa pode definir outras pessoas –

⁴²¹ GUIMARÃES, César Caputo. VAN HEEMSTEDÉ, Fernanda Tucunduva. OLIVEIRA, Rubens de. Função do Compliance Officer e sua responsabilização na esfera criminal. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.272/273.

⁴²² STF. AP 470. Min. Celso de Mello. “*Formou-se na cúpula dirigente do Banco Rural verdadeiro núcleo criminoso estruturado e organizado mediante divisão funcional de tarefas com coordenação consciente de vontades para a realização da obra comum, permitindo que os agentes atuassem concertadamente com o propósito de cometer infrações penais em razão de finalidade específica, caracterizada pelo intuito de obter, direta ou indiretamente, vantagem consistente em benefício econômico ou vantagem de outra natureza*”.

⁴²³ STF. AP 470. Min. Celso de Mello. Sobre o *Compliance*, especificamente, o ministro Celso de Mello deliberou em seu voto:

“(…) tem por objetivo possibilitar a implementação de rotinas e condutas, ajustadas às diretrizes normativas fundadas nas leis, atos e resoluções emanados do Banco Central, bem assim normas apoiadas nas deliberações emanadas da própria instituição financeira – há um controle externo, mas também há um controle interno – em ordem a viabilizar de modo integrado as boas práticas de governança corporativa e de gestão de riscos”.

As práticas de *compliance*, prossegue o ministro:

“(…) devem ser encaradas como uma atividade central e necessária ao gerenciamento de risco das instituições financeiras e das empresas em geral, o que impõe aos administradores que atuem com ética, que ajam com integridade profissional e que procedam com idoneidade no desempenho de suas funções, e tal não ocorreu como o destacaram os eminentes ministros relator e revisor”.

diretores, presidente, membros do conselho – na posição de garantidor, com dever de vigilância, controle e reação. A análise do fator subjetivo – dolo, culpa, consciência do ilícito, erro de tipo – será indispensável à responsabilização penal.

Recomendável, outrossim, que o departamento de *compliance* não seja subordinado a órgãos responsáveis por atos de gestão. A CVM, ao julgar o caso do Banco Panamericano, alertou expressamente que a área de controles internos e *compliance* não estava segregada das unidades de negociação das operações do banco. Em outro exemplo de arriscada concentração, o Banco Panamericano indicava como responsável pela área de gerenciamento de risco de mercado o diretor-financeiro, também responsável pela gestão de tesouraria. A área de gerenciamento de riscos não pode estar subordinada a área de operações, uma vez que há um notório conflito de interesses⁴²⁴. Como poderá o departamento de *compliance* insurgir-se contra sua própria diretoria, sem correr o risco de que seus apontamentos faleçam dentro de um arquivo ou, pior, sejam os membros do *compliance* perseguidos e retaliados dentro da companhia?⁴²⁵ Em outro julgamento, a CVM foi categórica ao decretar que *executivos financeiros possuem interesses conflitantes com a gestão de riscos e devem ser monitorados de forma independente*⁴²⁶.

Diante da norma mandamental contida nos preceitos dos artigos 142, III; 153; e 158, § 1º; todos da Lei das S.A., a não criação de um *compliance program* ou ainda, a atuação passiva diante da omissão de seus delegados quanto à criação de sistemas de vigilância e controle, poderia imputar responsabilidade aos conselheiros administrativos? SILVEIRA entende que a resposta é positiva e, para tanto, ampara-se na doutrina internacional, ao asseverar que o dever de vigilância do delegante pode ser delegado ao *compliance officer* que assume a responsabilidade de vigilância sobre as condutas limites da empresa⁴²⁷.

Se o *compliance officer* assume a posição de verificar o íntegro andamento da empresa, ele assumirá o dever de evitação do resultado, no entanto a mera falha em

⁴²⁴ CVM – Comissão de Valores Mobiliários –. Processo Administrativo Sancionador nº 01/2011. Panamericano. Fl. 87.

⁴²⁵ EUA. The case *Liu Meng Lin v. Siemens AG. Meng-Lin Liu, compliance officer da Siemens foi demitido após denunciar internamente a prática ilegal de vendas de equipamentos a hospitais públicos. Disponível em <https://fcpablog.com/2014/08/14/second-circuit-affirms-dismissal-of-compliance-officer-retal/>. > Acesso em 07 Jun 2020, às 18:02 hs.*

⁴²⁶ CVM – Comissão de Valores Mobiliários – Processo Administrativo Sancionador nº 18/08.

⁴²⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D'Plácido.2016, p. 239-242.

seu dever de prevenção não deve atrair a responsabilização criminal; antes, é preciso que *compliance officer* esteja na posição de garantidor assim como o resultado deverá ser penalmente relevante; por isso a necessidade de que suas funções estejam contratualmente delimitadas⁴²⁸.

Segundo CUEVA há um problema em tentar transferir a responsabilidade para o *compliance officer*, embora os deveres de evitação do ilícito continuem com os administradores (verdadeiros garantidores). Para o mesmo autor, a criação de um sistema de conformidade não transfere automaticamente responsabilidades, uma vez que os programas de *compliance* tem por função gerar informações para a devida ação dos administradores; caso contrário, atribuir-se-ia funções decisórias ao *compliance officer* o que desnaturaria sua função consultiva, passando a desempenhar a mesma função dos gestores⁴²⁹.

No mesmo sentido, a função do *compliance officer* é prevenir, diagnosticar e comunicar aos administradores para que estes adotem as providências necessárias ao enfrentamento daquela fonte de perigo⁴³⁰. Uma vez comunicado o diagnóstico (completo e idôneo) ao Conselho de Administração, o *compliance officer* restitui o dever de vigilância - para aquela fonte de perigo - ao garante originário (C.A.). Para CARDOSO, além do dever de vigilância o *compliance officer* pode também assumir a posição de garante de proteção para *impedir ou suspender atos constitutivos do delito em toda a estrutura empresarial*.⁴³¹ Neste caso, o responsável pelo programa de integridade da empresa não só poderia exercer o controle das fontes de perigo como também poderia atuar positivamente para interferir no curso causal do delito, hipótese em que esta atribuição deveria ser formalmente estabelecida, sob pena de o *compliance officer* aventurar-se em competências que não lhe pertencem.

SILVEIRA é enfático ao afirmar que não só há possibilidade na delegação do dever de vigilância ao *compliance officer*, como também ele assume o papel de

⁴²⁸ GUIMARÃES, César Caputo. VAN HEEMSTEDÉ, Fernanda Tucunduva. OLIVEIRA, Rubens de. Função do *Compliance Officer* e sua responsabilização na esfera criminal. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). Manual de *Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P.. 275, 282 e 285.

⁴²⁹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRASÃO, Ana. (Coord.) *Compliance – Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 64/65.

⁴³⁰ SCHRAMM, Fernanda Santos. *Compliance nas Contratações Públicas*. Belo Horizonte. Ed. Fórum. 2019. p.175.

⁴³¹ CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Responsabilidade penal do *compliance officer* por omissão imprópria nos crimes de lavagem de dinheiro. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Curitiba. V. 2, n. 2, Jul/Dez 2016. p.29.

garante e responde penalmente a tudo que estiver sob sua esfera de controle, desde que lhe sejam fornecidas as condições ideais de trabalho⁴³².

SILVA SÁNCHEZ defende que no âmbito da companhia é recomendável a existência de auditorias (internas e externas) para que, dentre suas funções, possa detectar e corrigir práticas ilícitas – herdadas e/ou executadas de forma robotizada – dos administradores e empregados⁴³³. Ao discorrer sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica SÁNCHEZ observou, ainda, que a doutrina majoritária admite que a existência de um programa de integridade (*compliance*), desde que efetivo, exime a pessoa jurídica da responsabilidade, uma vez que a existência do programa de integridade demonstra que a pessoa jurídica exerceu o devido controle; e, ainda, se o sistema previne e detecta eficazmente os delitos, a responsabilidade seria atenuada ou afastada⁴³⁴.

O *compliance officer* poderá assumir a posição de garante: este foi o entendimento da Justiça alemã na sentença do *Bundesgerichtshof* (BGH). Neste caso, o diretor do departamento de revisão interna e do jurídico estava na posição de garante. Segundo o BGH, o *encargado de cumplimiento* (*compliance officer*) tem, por regra geral, um dever de garante cuja atividade é a de impedir ilícitos e especialmente delitos da empresa e de seus membros⁴³⁵.

Em crítica ao posicionamento do BGH, PLANAS entende que o responsável pelo *compliance* não assume, em caráter geral, a obrigação de impedir delitos no âmbito da companhia. Os deveres concretos estão limitados pelo instrumento de delegação real e material, dos deveres assumidos pelo responsável pelo *compliance*

⁴³² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2016, p. 240-243: "A assunção desse papel de garante, com todas as implicações que lhe são impostas, deu-se a livre título, e havendo as condições para o exercício de seu desempenho, o compliance officer mostra-se penalmente solidário a tudo de for de seu mister cuidar, vigiar, controlar ou proteger".

⁴³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. VARELA, Lorena. *Capítulo 10 - Responsabilidades individuales em estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier: Barcelona, 2013. p.282/283.

⁴³⁴ Idem., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho español*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier: Barcelona, 2013. p.31.

⁴³⁵ PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (<<Compliance Officer>>) ante el Derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Atelier: Barcelona, 2013. p. 319-320.

*officer*⁴³⁶. No entanto, se o *responsable de cumplimiento* assume, por delegação, a posição de garantidor de prevenção de delitos, sobretudo, a função de dever de vigilância e controle da atuação dos empregados e administradores da empresa, sua omissão a estes deveres o torna responsável por não impedir o resultado delitivo⁴³⁷.

Uma das hipóteses de responsabilidade do *compliance officer* levantadas por PLANAS é a de fornecer informação falsa que leva a uma determinada decisão do órgão de administração; ou no caso de omissão de informação relevante para evitar um ilícito, que somente o responsável pelo *compliance* poderia ter, induzindo a passividade do órgão de administração⁴³⁸. Outro aspecto a ser abordado é aquele em que o dever de vigilância delegado ao profissional responsável pelo *compliance program* pode revelar uma tentativa de fuga das responsabilidades dos administradores, deixando o *compliance officer* na função de *bode expiatório*⁴³⁹ (ou, ainda mais direto, *boi de piranha*)⁴⁴⁰.

Um programa de *compliance* eficiente é aquele que mantém as operações da empresa dentro dos limites do risco permitido⁴⁴¹.

3.6 Princípio da Confiança e Princípio da Desconfiança

⁴³⁶ PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (<<Compliance Officer>>) ante el Derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 325.

⁴³⁷ Ibidem., p. 328.

⁴³⁸ Ibidem., p. 328: “En referencia a la figura del responsable de cumplimiento caben todas las posibilidades. a) Puede suceder que el responsable de cumplimiento determine completamente un error invencible en el que lleva a cabo el comportamiento ejecutivo constitutivo de delito, en cuyo caso el primero será autor mediato del delito. Ello ocurrirá, p.ej., siempre que el responsable de cumplimiento instrumentalice al órgano de administración suministrándole información falsa que determina una actuación delictiva – en error invencible – del órgano, así como cuando le oculte información relevante para la evitación del delito que sólo el responsable de cumplimiento puede obtener, de forma que la dirección de la empresa permanezca pasiva ante la situación que debería haber evitado. Obsérvese que en tales casos, el responsable de cumplimiento se <<sitúa>> en la posición del órgano directivo. Lo decisivo para admitir la autoría (mediata) del primero es que de haber cumplido éste con su deber habría nacido en el segundo el deber de impedir el hecho con la máxima intensidad (a título de autor). Esta última cuestión dependerá de si el riesgo era uno de aquellos cuyo control directo e inmediato correspondía a la dirección de la empresa (...)”.

⁴³⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e DINIZ, Eduardo Saad. *Compliance*, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. p. 144.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, Leandro SARCEDO assevera que o *compliance officer* não pode representar o papel de “laranja” ou “testa de ferro”. In *Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.29.

⁴⁴¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. RIZZO, Beatriz Dias. ROCHA, Marcela. Algumas linhas sobre *compliance* criminal. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRASÃO, Ana. (Coord.) *Compliance – Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.388.

A distribuição das competências e a adoção das medidas de delegação descritas anteriormente é que determinarão o alcance e repartição das responsabilidades. Na relação entre conselheiros e diretoria, vige o “princípio da desconfiança”, em relação a qual exigirá do membro do Conselho de Administração o dever de vigilância e controle. A “desconfiança” recomenda o constante estado de alerta e diligência.

No plano horizontal, todos os membros estão em posição de garantes; vige o “princípio da confiança”. Nesse sentido das relações horizontais ESTELLITA sustenta que os órgãos de administração asseguram conjuntamente a administração da companhia e, portanto, *uns podem confiar na atuação correta dos demais* exceto nos casos que um sinal de perigo anunciar o dever de não mais confiar e, assim, intervir no curso causal do resultado⁴⁴². No âmbito de órgãos colegiados, também deve existir o princípio da confiança, desde que haja notória capacidade dos membros integrantes do colegiado e, ainda, ao mínimo sinal de perigo, a confiança dará lugar ao dever de desconfiar e intervir no plano causal. A desconfiança, como princípio, tornaria inviável o desenvolvimento de atividades econômicas⁴⁴³ exercidas por estruturas empresariais complexas. Por tal razão, a confiança, como regra, dará lugar à desconfiança ao menor sinal de suspeita⁴⁴⁴.

Segundo a definição de ROXIN para o princípio de confiança no campo penal, todo mundo pode licitamente confiar, salvo em caso de reconhecida predisposição ao ato criminoso⁴⁴⁵. A confiança limita o dever de cuidado, podendo, conforme o caso concreto, excluir a responsabilidade penal do agente⁴⁴⁶.

No caso de órgãos colegiados, tal qual o Conselho de Administração, o “princípio da confiança” permite que os conselheiros atuem individualmente, para que cada um possua a sua própria convicção e, no ato de deliberação, possa

⁴⁴² ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2017. p.152/153.

⁴⁴³ *Ibidem.*, p.153.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, CVM - Relator Pablo Renteria - PAS n° 01/2007: “(...) *direito de confiar não é absoluto, deixando de prevalecer diante da existência de um sinal de alerta que coloque em xeque a confiabilidade da informação prestada pelo terceiro. Nessa hipótese, cabe ao administrador receber a informação com ceticismo e adotar as providências necessárias a fim de verificar a sua veracidade e exatidão*”.

⁴⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas. 2015. p.908.

⁴⁴⁶ STF. HC 138637 / SP – Min. Celso de Mello

expressar a opinião técnica para fomentar o debate e a decisão madura. A confiança permite que os conselheiros acreditem que cada um, ainda que votando de forma divergente, esteja atuando no melhor interesse da companhia. Porém, haverá situações em que sinais de alerta despertarão a desconfiança do conselheiro e relação a seus pares. Por exemplo, no caso de uma orientação suspeita em que o resultado da deliberação será contrário aos interesses da companhia. O negócio colocado para votação, é a compra de uma outra sociedade empresária, cujo relatório de análise dos balanços não foi conclusivo. Mesmo assim, uma parte dos conselheiros defende com certa veemência a autorização para a compra da citada companhia, não conseguindo esconder a vontade para que o negócio seja realizado. Neste caso, o conselheiro mais atento poderá substituir a relação inicial de confiança, pela desconfiança criada pelos sinais de alerta externados pelos outros conselheiros.

CONCLUSÃO

Qualquer que seja a atividade econômica exercida por uma sociedade empresária haverá, potencialmente, a criação de um risco de lesão a algum bem jurídico, seja da comunidade que reside no entorno das instalações da indústria, ao público consumidor do produto fabricado pela empresa, ao meio ambiente, à própria sociedade anônima, ou a qualquer pessoa ou coisa que venha a sofrer o impacto do perigo originado pelo desempenho da atividade empresarial. Uma livraria, atividade aparentemente de baixo risco, pode expor seus clientes ao perigo de um incêndio, caso as instalações elétricas sejam antigas, não exista extintores e tampouco exiba a rota de fuga. Em outro segmento, da fabricação de cartuchos e munições, o manuseio de substâncias inflamáveis e explosivas já representa, por si só, atividade de alto risco. Portanto, independentemente do grau de risco da atividade, a simples criação de uma empresa poderá representar algum risco de lesão a bens jurídicos de terceiros. Se por um lado a empresa possui liberdade para o desempenho de uma determinada atividade econômica, por outro, deverá, como contrapartida, exercer o dever de cuidado para que aquela fonte de perigo não resulte em dano ao patrimônio e a terceiros.

Nos casos em que, conforme a Lei federal nº 6.404/76 (art. 138), a administração da companhia couber ao Conselho de Administração e à Diretoria, aos diretores caberá a representação da sociedade; e ao órgão colegiado, o exercício da competência de orientação geral dos negócios da companhia além da fiscalização dos atos de gestão. Os administradores, portanto, diretores e conselheiros administrativos, cuidarão para que a sociedade anônima exerça sua atividade de forma sustentável e longa, protegendo os interesses dos *shareholders* e dos *stakeholders*. A fórmula perfeita seria o equilíbrio entre o *incremento econômico, geração de riqueza, criação de empregos e renda* e o *atendimento da função social*, destinados a preservar a empresa ou, ainda melhor, dar a ela o propósito de perenidade.

Para que a empresa tenha, de fato, existência sustentável, serão exigidas competências de controle e de boa governança corporativa. Se assim não for, o crescimento momentâneo construído sobre uma fundação sem *accountability* e *disclosure*, poderá representar uma “*vitória de pirro*”, pois as consequências da má

gestão aos poucos vão solapar reputação, imagem e valores da empresa, tornando a governança insustentável. Foram produzidos alguns trabalhos dedicados à investigação de golpes e fraudes, as quais constituem fatores que contribuem para a perda de confiabilidade e prejuízos às empresas. Estes trabalhos, tais como o *Cadbury Report* (1992), o *Sarbanes-Oxley Act* (SOX, 2002) e o *Yates Memo* (2015), deram nova perspectiva à governança corporativa.

A criação de comitês técnicos dedicados à gestão de riscos aliada a um programa de integridade (*compliance*) efetivo poderá representar uma forma de controle das fontes de perigo, a constituir uma porta corta-fogo às ameaças que influenciam negativamente o valor das ações.

Ao analisar especificamente a atuação do Conselho de Administração, verificam-se competências, algumas delas bem definidas na legislação societária (art. 142 da Lei 6.404/76) nas quais é possível identificar a vontade do legislador de atribuir ao Conselho de Administração, a orientação geral dos negócios da companhia e, sobretudo, o dever de vigilância sobre os atos da diretoria e da companhia, permitindo ao conselheiro administrativo o acesso a qualquer documento ou informação da empresa. O Conselho de Administração tem a função de agilizar o processo decisório, mormente nas decisões de maior relevo aos interesses da companhia, tendo o olhar para o futuro da empresa, antecipando riscos e identificando as oportunidades do mercado. Segundo a Lei das S.A., cabe ao C.A., independentemente de previsão estatutária: a) *fixação geral dos negócios da companhia*; b) *escolha e destituição dos diretores*, poder que dá ao Conselho o *enforcement* necessária à execução de suas deliberações; c) *fiscalização dos atos de gestão* da Diretoria ou de qualquer setor da empresa; d) *acesso irrestrito a livros, papéis da companhia, e informações sobre contratos celebrados ou em vias de celebração ou a quaisquer atos*. Como ferramenta subsidiária à definição das competências, é possível que o Estatuto Social da empresa ou o Regimento Interno do Conselho de Administração, descrevam com mais detalhe as atribuições ou, ainda, complementem o rol de competências com outros deveres tais como o dever de *aprovação de atos e contratos* (art. 142, VI, da Lei das S.A.), a configurar a assunção contratual de responsabilidades.

Com todas as atribuições da legislação e, complementarmente, da regulação interna da companhia, o Conselho de Administração ocupa a posição de controle de legalidade dos atos praticados no âmbito da companhia. É certo que o conselheiro

administrativo não ocupa a posição de *super-homem*, com capacidade de verificar a tudo e a todos. Ele deve ocupar-se das decisões de maior relevância, mesmo porque se sua atuação fosse a de vigilância de tudo o que é feito na companhia, ocuparia a posição de uma verdadeira instância de revisão de todos os atos, o que foge à finalidade deste órgão colegiado, além de prejudicar a vigilância sobre o que de fato importa. Para que o C.A. estenda sua órbita de fiscalização sem prejudicar a competência originária de vigilância, poderá valer-se de comitês técnicos ou programa de *compliance* para o monitoramento das fontes de perigo e, se constatado um risco não permitido, levem o caso ao conhecimento do Conselho para deliberação.

Verificou-se que, embora a legislação societária aponte a atribuição de orientação geral dos negócios da companhia, conferindo à Diretoria a função de representação da empresa, os exemplos mostraram que o Conselho de Administração, por atribuição do estatuto social ou por avocação voluntária de competências, pode exercer autênticos atos de gestão.

No que diz respeito à posição de garante do Conselho de Administração, o artigo 158, § 1º, da Lei das S.A., deu um passo a aproximar a função de fiscalização, portanto, supervisão dos atos de gestão, à posição de garantidor de vigilância. O citado dispositivo legal isenta a responsabilidade do conselheiro nos casos em que ele não tiver conhecimento do ato ilícito, exceto nos casos em que ele for *negligente* em descobri-los ou, se dele tiver conhecimento, *deixar de agir* para evitar o resultado lesivo. Quase como um complemento ao art. 158, § 1º, o art. 153 da mesma Lei das S.A. impõe ao administrador o *dever de diligência*, o que pressupõe a determinação para que o membro integrante do C.A. não seja negligente em descobrir os atos ilícitos, sob pena de omissão ao dever de agir.

O estudo do perfil do conselheiro administrativo é objeto de relevo para que o intérprete da legislação societária possa dimensionar o papel deste órgão colegiado. Ao conferir competências diversas ao C.A., os acionistas têm expectativas de performance de cada membro indicado para compor o órgão colegiado. Espera-se que a atuação seja governada pelo *dever de diligência* que todo homem *ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios*. Este conceito de homem ativo e probo conferido pelo art. 153 da Lei das S.A., segundo a dogmática, não é suficiente para definir o que, de fato, é esperado do conselheiro. Conforme a dogmática, o dever de diligência é decomposto nos

seguintes deveres: de *se informar*, de *vigilância*, de *investigação*, de *intervenção* e de *assiduidade*. E mais, o conselheiro administrativo deve possuir *juízo crítico*, buscar informações que subsidiem as decisões relevantes, aprimorar-se no exercício de sua função e, por fim, desconfiar de tudo por *dever de ofício*. Os sinais de alerta percebidos pelo Conselho de Administração, ou levados ao seu conhecimento pelo comitê de gestão de risco ou programa de *compliance*, exigirão uma reação, legitimamente esperada do órgão colegiado, para evitar o resultado que causará dano aos bens jurídicos da companhia ou de terceiros.

Esta omissão ao dever de agir caracterizará o crime de omissão imprópria. O crime comissivo por omissão pressupõe que o autor (omitente) possua vinculação especial com o bem jurídico afetado e sua inação corresponde à ação de não evitar o resultado. O comportamento inerte é equiparável à produção do resultado mediante um comportamento positivo.

Assim, enquanto o risco permitido estiver sob controle, não oferecerá perigo posto que será mantido dentro de uma zona de risco tolerável. Se, entretanto, por qualquer razão, o risco tolerado passa a ser um risco proibido, aquele sujeito que está na posição de garante terá o dever de agir para interferir no desenvolvimento do delito, impedindo sua consumação plena. Destarte, este sujeito *pode* (pois tem a capacidade de percepção do injusto que está prestes a ocorrer) e *deve* agir (uma vez que a norma atribuiu a ele o dever de garante).

Conforme definição do Código Penal brasileiro, o artigo 13, § 2º, tipifica a omissão penalmente relevante quando o omitente *devia* e *podia* agir para evitar o resultado, incumbindo este poder-dever a quem: a) por disposição legal, tenha obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) por assunção tenha aceitado a responsabilidade de impedir o resultado; e c) por ingerência, tenha criado o risco de ocorrência do resultado com seu comportamento anterior. Os poderes originários de garante pertencentes aos acionistas – garantidores originários de vigilância e proteção – foram delegados aos administradores e, no caso do Conselho de Administração, a atribuição de supervisão, de controle das fontes de perigo criadas pela companhia. A delegação obedece a pressupostos mínimos para que os deveres do delegante sejam transmitidos, de fato e de direito, ao delegado.

Se os acionistas cercaram-se das cautelas necessárias para eleger os conselheiros – correta seleção com a análise do perfil, qualificações e da experiência do profissional – e ao conselheiros foram disponibilizados todos os meios possíveis

para controlar as zonas de risco, tais como: meios de obtenção das informações da companhia, instrumentos materiais para o exercício da supervisão e poder de intervenção caso constatado um sinal de alerta; a omissão do conselheiro passa a ser fruto da negligência em identificar o risco existente, perceptível, acessível ou reconhecível. No caso de ocorrência de um dano proveniente de um risco proibido, em relação ao qual o conselheiro administrativo não agiu para evitar o resultado, só será possível isentá-lo de responsabilidade se houver prova de que o fato ensejador do risco proibido se encontrava inacessível ou impossível de ser descoberto com as ferramentas legais, técnicas e jurídicas à disposição do Conselho de Administração. Então, para exonerar-se da responsabilidade, o conselheiro deverá comprovar que, mesmo atuando de forma diligente, não logrou evitar o resultado. Outra hipótese que afasta a responsabilidade, reside na apuração dos votos computados para a deliberação. Tendo o conselheiro administrativo votado de forma divergente e havendo tomado as medidas para que sua dissidência tenha sido conhecida pelos acionistas, seu voto não terá contribuído para a decisão que conduziu a companhia a um resultado lesivo.

Sendo os administradores responsáveis por todo o funcionamento da companhia e, a considerar que a empresa é uma fonte de perigo constante, os administradores se convertem naturalmente em garantidores de vigilância. Os deveres de cuidado e de atuação diligente colocam o membro integrante do Conselho de Administração na posição de garante e sua omissão passa a ser penalmente relevante quando ele tem capacidade (funcional e mental) de agir e a obrigação de impedir o curso causal do dano.

A posição de garante é atribuída por expressa *previsão legal* (art. 142, III, da Lei das S.A.: fiscalização dos atos de gestão; e art. 13, § 2º, alínea “a”, do CP: dever legal de cuidado, proteção ou vigilância); por *assunção* (aceitação dos deveres impostos pela Lei, pelo Estatuto Social, pelo Regimento Interno ou por deveres contratuais; 13, § 2º, alínea “b”, do CP: assunção da responsabilidade de impedir o resultado); ou *ingerência*, em que o comportamento anterior criou o risco não permitido (art. 13, § 2º, alínea “c”, do CP), a exemplo da fonte de perigo criada em razão do início da atividade desempenhada pela empresa. O contrapeso da liberdade de exercer uma determinada atividade econômica, é o dever de cuidado para que esta liberdade não resulte em lesões aos bens jurídicos.

Esta posição de garante é dividida em dois deveres: de *proteção* de bens jurídicos em desamparo; e de *vigilância* de fontes de perigo. O garante de proteção cuidará para que nada atinja o bem jurídico custodiado ao conselheiro administrativo

O garante de vigilância deve assegurar o controle das fontes de perigo, a evitar que o risco permitido não transmude para risco proibido. Mas se isto ocorrer, o garante que era de vigilância, passará à condição de garante de proteção, para impedir que o risco proibido criado por ele, produza resultados lesivos.

Importante destacar a *cognoscibilidade* do omitente frente ao risco proibido. Para a imputação objetiva deve restar clara a possibilidade de percepção do contexto dos fatos e os meios hábeis para a evitação do resultado, além de o omitente ter conhecimento do seu dever de garante. Vale dizer que o omitente é destinatário de normas na medida em que possui capacidade de compreender a mensagem do mandamento normativo. Mesmo havendo a consciência de que o resultado lesivo está na iminência de se consumir bem como a posição de evitação do resultado, o conselheiro administrativo que opta por não agir, aceitando a consequência lesiva, assume a reprovabilidade da conduta.

Os membros integrantes do Conselho de Administração são garantidores de *vigilância* em relação às fontes de perigo e às ameaças que podem atingir a companhia sob todos os flancos; e são garantidores de *proteção*, em relação aos bens jurídicos colocados sob seu cuidado, ou em relação àqueles riscos proibidos criados pela conduta do Conselho.

No entanto, os exemplos captados de sociedades anônimas brasileiras permitem conduzir a uma ressalva: há, de fato, instrumentos de regulação interna que, na esteira do mandamento da legislação societária, detalham as atribuições dos conselheiros, a reforçar a posição de garantidores. A competência é o indicativo da responsabilidade. Quanto mais claras forem as competências elencadas no rol das obrigações dos conselheiros, maior é a necessidade de atenção e permanente vigilância. Todavia, existem normas internas de companhias que, ao invés de confirmar ou detalhar o mandamento legal, turvam as competências do Conselho de Administração, atribuindo-lhes apenas decisões relacionadas à fixação de orientação geral, omitindo o papel fiscalizatório do conselheiro. Ainda que esta regulação interna não tenha poder para isentar o conselheiro administrativo dos deveres legais, ela acaba por dificultar ou confundir sua atuação, conferindo-lhes atuação que contraria os deveres de diligência detalhados anteriormente. Somos da

opinião que a legislação societária é clara e conhecida de qualquer pessoa que pretenda assumir a função de conselheiro de administração, razão pela qual a falha da regulamentação interna não subtrai a posição de garante dos conselheiros quanto ao dever de vigilância, mas pode criar um fundamento para uma hipotética defesa de excludente de culpabilidade, conforme o caso concreto.

Há nitidamente, pelo menos, dois modelos de Conselho de Administração e de composição de seus membros. No primeiro caso, o C.A. mantém-se na superfície, sem imiscuir-se na fiscalização dos atos de gestão. Preocupa-se, tão somente, com competências genéricas ligadas à orientação geral dos negócios da companhia. Sua atuação é esporádica – bimestral ou quadrimestral – ou seja, com reuniões tão esparsas que dificilmente o conselheiro conseguirá exercer sua função de monitoramento. Ainda que as reuniões sejam mensais, a ausência de dispositivos claros de fiscalização, controle e proteção na regulamentação interna, acaba por confundir ou esvaziar a competência do C.A. originalmente fixada pela legislação societária. Ele não conseguirá dedicar tempo suficiente a investigar e expor os problemas ao órgão deliberativo. No segundo caso, o Conselho de Administração abandona a superfície e desce a profundidades consideráveis na avaliação e monitoramento das atividades de risco. Contrata especialistas e vale-se de comitês técnicos para as informações mais complexas e que se distanciam da qualificação daquele membro; atua como administrador diligente, investiga fatos, pede informações, questiona os diretores, tudo para fundamentar seu voto nas deliberações do Conselho. Como auxílio no dever de controle, a instituição do programa de *compliance* ajuda a função do C.A. no gerenciamento do risco.

Se o fato ilícito ou se a fonte de perigo era de conhecimento do Conselho de Administração, a inação do conselheiro induzirá a imputação do crime comissivo por omissão, com base no art. 13, § 2º, do CP, c/c o art. 153 e 158, § 1º, da Lei das S.A. Neste caso, o conselheiro estaria na condição de garantidor de proteção.

Se a atuação do Conselho de Administração foi diligente, e a fonte de perigo era desconhecida ou o delito estava oculto, não sendo, pois, possível descobrir o ilícito, mesmo com conduta razoavelmente aguardada dos conselheiros, não haverá responsabilidade penal.

Por outro lado, se a atuação do Conselho de Administração foi omissa, uma vez que suas atribuições, assim como as informações poderiam ter sido descobertas se fosse adotada postura ativa e diligente, haverá imputação penal por crime de

omissão imprópria caso o resultado da omissão produza um injusto penalmente relevante.

Não é possível imaginar que nas grandes corporações, com escritórios e plantas industriais espalhadas por um país, ou por territórios de vários países, o Conselho de Administração seja apto a controlar cada uma das fontes de risco. A delegação do dever de vigilância é possível desde respeitados os pressupostos da delegação. Há necessidade, entretanto, de estabelecer distinção entre a *delegação da posição de garante* e a mera *transmissão de uma tarefa pontual e específica*. A primeira decorre de regular transmissão de funções, tendo o delegado o conhecimento da competência que lhe foi atribuída, dos deveres de cuidado e das consequências da omissão. No segundo caso, a pessoa a quem foi transmitida a tarefa não assume a posição de garante, apenas executa uma função sob o mando e responsabilidade do delegante. Sendo o C.A. credor originário da posição de garante poderá ele delegar esta responsabilidade desde que respeitados alguns pressupostos, tais como o *dever de seleção* (escolha correta do profissional que receberá a delegação); *dever de informação* (o delegado deverá receber todas as informações necessárias à posição de garante); *dever de coordenação* (é a posição de liderança e orientação do delegante sobre a função delegada); *dever de provisão* (instrumentalização necessária para que o delegado consiga exercer as atividades delegadas); *de vigilância e controle* (o delegante deve manter a supervisão, exigindo relatórios periódicos sobre o objeto da delegação); e *dever de reação* (intervenção caso o delegante perceba erro ou omissão do delegado).

Como se viu, a delegação não indica abandono do delegante em relação à atividade delegada nem o desamparo ao delegado. Permanecerão deveres residuais do Conselho de Administração, como o dever de vigilância e de reação.

O programa de integridade (*compliance*), desde que efetivo – e não um programa de ornamentação – atuará como ferramenta de apoio ao Conselho de Administração, auxiliando à infundir a cultura ética e de boas práticas de governança corporativa (como instrumento de prevenção) e, ainda, emitindo relatório de gerenciamento e controle sobre as zonas de risco para que o C.A. possa deliberar acerca dos sinais de alerta emitidos pelo *compliance*. Conforme a necessidade do Conselho de Administração, a posição de garante de vigilância pode ser objeto de delegação, assim como a posição de garantidor de proteção, desde que o responsável pelo programa de integridade da empresa seja capaz de assumir

aquelas funções, bem como tenha conhecimento de suas atribuições e responsabilidades.

Tabela 2 - Aumento da probabilidade de responsabilização penal à atividade do membro integrante do Conselho de Administração

| Responsabilização Penal – art. 13, § 2º, do Código Penal Brasileiro | | |
|--|---|--|
| | Causas de aumento da responsabilidade | Causas de diminuição da responsabilidade |
| Previsão Legal | Arts. 142, 153, e art. 158, § 1º da Lei das S.A. No caso de empresas estatais (Lei 13.303/16): art. 24 | --- |
| Previsão Estatutária | Competências bem definidas no Estatuto Social com detalhamento das competências e atribuição de monitoramento de risco e vigilância dos atos da diretoria. | Competências genéricas de planejamento dos negócios da companhia com atribuições vagas ou inexistentes a respeito do dever de fiscalização. |
| Regimento Interno do Conselho de Administração | Competências detalhadas, com periodicidade curta para as reuniões (p.ex.: mensalmente), com indicação de ferramentas que permitam a investigação, recursos financeiros para a contratação de especialistas e a indicação explícita do assessoramento de comitês. | Inexistência de Regimento Interno ou, quando existente, com disposição vaga e periodicidade longa das reuniões (p.ex.: quadrimestral) |
| Atribuições de gestão ou de revisão dos atos de gestão | Dentre as competências do Conselho de Administração estão aquelas destinadas a autorizar negócios realizados pela companhia, assim como validar ou aprovar atos de gestão (aprovar empréstimos, fusões, aquisições, contratação de empresas etc.). O Conselho é uma instância de validação dos atos da Diretoria. | Dentre as atribuições do Conselho de Administração estão apenas aquelas relacionados à orientação geral dos negócios da companhia sem imiscuir-se nas atividades de gestão. |
| Comitê de Auditoria e de Monitoramento de Risco | Inexistência de comitês que assegurem o controle de riscos. Ou existência de controle falho. | Existência de comitês que monitoram, supervisionam e analisam de forma eficaz as atividades de risco da empresa assim como os atos de gestão da Diretoria, com regimento interno que detalhe claramente suas atribuições de monitoramento. |

| | | |
|--|---|--|
| Programa de Integridade (<i>compliance</i>) | Programa de Compliance de “fachada” ou com pouca alçada para investigação. Subordinado à Diretoria. | Programa de Compliance efetivo, independente e com poderes de investigação e monitoramento de risco, com recursos disponíveis para contratação de especialistas. |
| Órgão externo e independente de monitoramento e investigação. | Inexistência | Existência |
| Recebimento de relatórios com informações detalhadas e idôneas dos fatos | Relatórios duvidosos, elaborados por empresas ou órgãos não confiáveis. | Informações prestadas por órgãos técnicos escolhidos com base na qualificação e experiência dos profissionais. |
| Poder de investigação | Expressamente definido na regulamentação interna. | Sem previsão na regulamentação interna. |
| Controle de Riscos | Falho | Eficiente |
| Atividade exercida pela Companhia | Risco alto de lesão aos bens jurídicos de terceiros. Neste caso, o Conselho tem conhecimento de que a companhia pode causar dano. | Atividades de risco baixo. Caso o risco seja alto, todas as fontes de perigo são adequadamente controladas. |

Fonte: o próprio autor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Martín E. ***Régimen de responsabilidad de los Administradores de sociedades en el Derecho Alemán***. Revista de Derecho nº.31. Barranquilla Jan./June 2009.

ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima. ***Invalidação das Deliberações do Conselho de Administração***. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. ***Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e ações correlatas***. São Paulo/Saraiva, 2009.

ALBUQUERQUE, Roberto de Araújo Chacon. ***A proteção ao investidor no Código de Governança Corporativa alemão***. Revista Direito GV, vol. 4, nº 1. São Paulo Jan./Jun.2008.

ANSELMO, Márcio Adriano. ***Compliance, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISO 19600 e 37001***. Revista dos Tribunais, Coordenação Marisa Harms. Ano 106, Volume 979, Maio 2017.

ARTESE, Gustavo. ***Compliance digital: proteção de dados pessoais***. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Págs. 496/519.

BACIGALUPO, Enrique. ***Manual de Derecho Penal. La teoría del delito***. Ed. Temis. Colômbia. 1996.

BARROSO, Carlos Henrique. ***A responsabilidade civil do conselheiro de administração e o acordo de acionistas***. Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais Direito Empresarial. Ano 1, Vol. III, Outubro 2010. Capítulo II – Direito Societário e Responsabilidade Civil.

BENEDETTI, Carla Rahal. ***Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal***. São Paulo. Ed. Quartier Latin. 2014.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 10 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Omissão Imprópria**. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. RIZZO, Beatriz Dias. ROCHA, Marcela. **Algumas linhas sobre compliance criminal**. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRASÃO, Ana. (Coord.) *Compliance – Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 381/398.

Brasil. Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. **Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial / organizadores** Artur de Brito Gueiros Souza, Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara. -- Brasília : ESMPU, 2018. 296 p.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. **Responsabilidade penal do compliance officer por omissão imprópria nos crimes de lavagem de dinheiro**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Curitiba. V. 2, n. 2, Jul/Dez 2016.

CARVALHO, André Castro. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. ALVIM, Tiago Cripa. VENTURINI, Otavio. **Manual de Compliance**. Ed. Forense.2019.

CARVALHO, André Castro. GIRON, Vinicius de Freitas. **Regime dos programas de incentivo à colaboração (PICs) no Brasil**. In OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.) e BARROS FILHO, Wilson Accioli (Organ.). *Acordos administrativos no Brasil*. São Paulo : Almedina, 2020.

CARVALHOSA, Modesto. KUYEN, Fernando. **Tratado de Direito Empresarial – Vol. 3 – Ed. Revista dos Tribunais**. 2018.

CARVALHOSA, Modesto. **Sociedades anônimas** [livro eletrônico] / Modesto Carvalhosa, Fernando Kuyven. -- 2. ed. -- São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018. Coleção Tratado de direito empresarial; v. 3 / coordenação Modesto Carvalhosa. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. Capítulo XV. Administração. 2.4 Comitês do Conselho.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**, 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Responsabilidade Civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A**. Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais Direito Empresarial. Capítulo II – Direito Societário e Responsabilidade Civil. Ano 1, Vol. III, Outubro 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. BERGAMINI, José Carlos Loitey. **Governança corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e compliance**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 179-210, Maio/Ago 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. Thomson Reuters. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. E-book [2016]. 11 ed. Capítulo 1 – Disposições Preliminares. Item 3 – Conceito legal de empresário.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 2 [livro eletrônico]. 3. ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019. 3. ed. e-book baseada na 22. ed. impressa.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico. Sobre la posición de garante del empresário por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados**. Ed. Colex, 2008, Espanha. Fl. 61/87.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Compliance: essência e efetividade / organizador: Claudio Lamachia, Carolina Petrarca; coordenador: Izabela Frota Melo, Roberta Codignoto**. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. Funções e Finalidades dos Programas de Compliance (fls. 215/229).

CUEVA, Ricardo Villas Bôas, FRAZÃO, Ana. **Compliance. Perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte. Ed. Fórum. 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Funções e finalidades dos programas de compliance**. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRASÃO, Ana. (Coord.) *Compliance – Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Págs. 53/69.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo. Ed. Atlas. 2015.

DÍEZ, Carlos Gómez-jara. **O Conceito Construtivista de Culpabilidade Empresarial para a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas: Exposição e Resposta às Críticas Formuladas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais Online, Thomson Reuters, vol. 100/2013, p. 415 – 451, Jan - Fev / 2013. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, vol. 2/2019, Jan / 2019, DTR\2013\412.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. 2 ed. revisada e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo, 1 ed. Ed. Marcial Pons.2017.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidad por omisión de los miembros de consejos de administración**. *Em Letra: Derecho Penal, Año IV, número 7*, pp. 78-109.2018.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito Empresarial, Societário** - vol. 1. Doutrina, processos e procedimentos. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1ª ed. Em e-book baseada na 1 ed impressa. 2015.

GONZALEZ, Roberto Sousa. **Governança Corporativa – O poder de transformação das empresas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2012.

GUERRA, Sandra. **A caixa-preta da governança**. 1 ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

GUERRA, Sandra. **Os papéis do Conselho de Administração em empresas listadas no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2009.

GUIMARÃES, César Caputo. VAN HEEMSTEDÉ, Fernanda Tucunduva. OLIVEIRA, Rubens de. **Função do Compliance Officer e sua responsabilização na esfera criminal**. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. SABONGI, Camila Martinelli. **O administrador e o seu dever de diligência nas sociedades anônimas**. Revista de Direito Empresarial – RDEmp. Belo Horizonte, ano 13, n. 3, Set/Dez. 2016.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **O papel do conselho de administração na estratégia das organizações**. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2017. (Série IBGC Orienta).

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **O papel do Conselho de Administração na inovação das organizações** / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP : IBGC Orienta, 2019.

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Carta de Opinião IBC nº 4/2016** – Responsabilidade Corporativa. Fev./2016.

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **A responsabilidade dos administradores e o dever de diligência**. GT Interagentes, 2014.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Orientações sobre comitês de auditoria: melhores práticas no assessoramento ao conselho de administração** / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, Instituto dos Auditores Independentes do Brasil. São Paulo, SP: IBGC/IBRACON, 2017.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Orientações sobre comitês de auditoria: melhores práticas no assessoramento ao conselho de**

administração / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, Instituto dos Auditores Independentes do Brasil. São Paulo, SP: IBGC/IBRACON, 2017.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Compliance à luz da governança corporativa** / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2017. (Série: IBGC Orienta).

JAKOBS, Günter. **La imputación objetiva en el Derecho penal**. Editorial Ad-Hoc. Argentina. 1997.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **Plano de recuperação judicial**. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*. vol. 5. p. 227. São Paulo: Ed. RT, jun. 2014.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. 2006. Barcelona.

LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal** MAGANO, Octavio Bueno. Sociedades por ações. *RDB* 15/79, jan. 2002. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* 3/97, dez. 2010.

LEITE, Fernando Rudge. **Doutrinas Essenciais. Direito Penal Econômico e da Empresa**. Thomson Reuters. *Revista dos Tribunais*. Ano 1. Vol. VI. Julho/2011. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti.

NEVES, Edmo Colnaghi. FIGUEROA, Caio Cesar. **Gestão de Riscos**. In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MORAES, Luiza Rangel. **Da transferência, pelo conselheiro, do poder-dever de votar nas deliberações do Conselho de Administração**. Incompatibilidade com o regime legal vigente (47). *Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais Direito Empresarial*. Capítulo IV – Acionistas e controle da Sociedade Anônima. Ano 1, Vol. III, Dezembro 2010.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Governança corporativa na prática: integrando acionistas, conselho de administração e diretoria executiva na**

geração de resultados / Djalma de Pinho Rebouças de Oliveira. – 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **La Distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)**. Doutrinas Essenciais Direito Penal. Revista dos Tribunais. Org. Alberto Silva Franco e Ghilherme de Souza Nucci. Ano 1. Vol. II. Out.2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador** [livro eletrônico] / 2. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa.

PARENTE, Norma Jonssen. **Mercado de capitais** [livro eletrônico] / Norma Jonssen Parente. – 2 ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. -- (Coleção tratado de direito empresarial ; v. 6 / coordenação Modesto Carvalhosa).2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa.

PAULIN, Luiz Alfredo. **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da Lei Bancária**. Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial. Organizadores Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. Ano 1, Vol. III, Outubro 2010. Capítulo V – Desconsideração da Personalidade Jurídica.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Corrupção e compliance nas empresas públicas e sociedades de economia mista: racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 241-272, Jan/Abr. 2018.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, Teoria do Delito e Direito Penal Econômico** – Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 6, Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte.Ed. D'Plácido.2016.

PLANAS, Ricardo Robles. **El responsable de cumplimiento** (<<Compliance Officer>>) ante el Derecho Penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.).

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 319-331.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal** [livro eletrônico]: parte geral: volume 1, 1 ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PUIG, Santiago Mir. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1994.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. **Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Coordenação Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Ano 26, Vol 143, Maio 2018.

RIOS, Lilian Fonseca. SOUSA, Caissa Veloso. SOUSA, Erich Vale. **Governança Corporativa em empresas brasileiras: uma abordagem acerca dos conflitos entre administradores e acionistas**. XXX Encontro Nacional de Engenharia de Produção. ABEPRO – Associação Brasileira de Engenharia de Produção.2010. p. 2.

ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal – Tipos abiertos u elementos del deber jurídico**. Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Universidad de Madrid. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1979.

ROXIN, Claus. **La imputación objetiva em el Derecho Penal**. Tradutor y editor: dr. Manuel A. Abanto Vásquez. Ed. IDEMSA. Lima, Peru.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito**. Ed. Civitas. 2015.

ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. Tradução de Alaor Leite e Adriano Teixeira. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Caderno Especial – 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais. 2015. p. 61-77.

RUIZ FILHO, Antonio. SICA, Leonardo (coord.). **Responsabilidade Penal na Atividade Econômico-Empresarial – Doutrina e Jurisprudência Comentada. Princípios do Direito Penal e das Sociedades por Ações.** CASTALDO, Andrea R. CASTALDO, Maria Elena. Tradução Davi Tangerino. p. 52-72. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2010.

SAAD-DINIZ, Eduardo. MARTINELLI, Sofia Bertolini. **Gatekeepers and compliance solutions.** Revista dos Tribunais. Coordenação Marisa Harms. Ano 106, Volume 979, Maio 2017.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **Compliance nas relações de consumo.** In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). Manual de *Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Págs. 602/621

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa.** São Paulo. Ed. LiberArs. 2016.

SCHEDLER, Andreas. **Conceptualizing Accountability.** In SCHEDLER, Andreas. DIAMOND, Larry. PLATTNER, Marc F. *The Self-Restraining State – Power and Accountability in New Democracies.* Londres. Lynne Rienner Publishers, 1999.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas Contratações Públicas.** Belo Horizonte. Ed. Fórum. 2019.

SILVA, Róbinson da. **A realização dos interesses societários e não societários na sociedade anônima (shareholders e stakeholders).** Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação. São Paulo. Volume 1. Número 2. 2014. Pág. 224-282. ISSN 2357-9676. Acessado em 17 Nov 2019, às 08:21.

SILVA SÁNCHEZ. Jesus-María. **Teoría del delito y Derecho penal económico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 20. Vol. 99. Nov/Dez/2012. Coord. Helena Regina Lobo da Costa. Ed. Revista dos Tribunais. Pags. 347/348.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. VARELA, Lorena. **Capítulo 10 - Responsabilidades individuales em estruturas de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinâmicas de grupo**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Ed. Atelier: Barcelona, 2013. Págs. 282/283.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Yates Memorandum. *Indret*, 4, 2015. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/editorial.2_10.pdf > Acesso em: 01 Mar 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo. Editora Saraiva. 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, vol. 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D'Plácido.2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance* e direito penal na era pós-lava jato. Revista dos Tribunais. Coordenação Marisa Harms. Ano 106, Volume 979, Maio 2017.

SIQUEIRA, Flávia. COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos da imputação objetiva: alternativas limitadoras à ingerência indevida do poder punitivo**. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 83-111, jan./jun. 2016.

STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ação Penal 470**. Coordenação Heloisa Estellita. Ano 22, Volume 106, Janeiro-Feveireiro 2014.

TANIZAWA, Paulo Henrique Guilman. CALDEIRÃO, Rafael Fernandes. YU, Andre Po Sheng. **A departamentalização das funções diretivas como parâmetro de responsabilização criminal dos dirigentes das sociedades anônimas e limitadas.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Coordenador Chefe Luigi Barbieri Ferrarini. Boletim - 322 - Setembro/2019. Acessado em 17 Nov 2019, às 08:08.

TAVARES, Juarez. **Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos.** Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. I, Julho 2011.

VELLUDO, Alamiro; NETTO, Salvador. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** São Paulo. Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. 2018.

WALD, Arnold. **A evolução do regime legal do Conselho de Administração, os acordos de acionistas e os impedimentos dos conselheiros decorrentes de conflitos de interesses.** Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais Direito Empresarial. Capítulo III – Administração e Órgãos da Sociedade Anônima. Ano 1, Vol. III, Dezembro 2010.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General.** Traducción de Carlos Fontán Balestra. Ed. Roque Depalma. Buenos Aires. 1956.

ZAITS, Daniela. **Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas e por quotas de responsabilidade limitada.** RT 740/11, jun. 1997.

ZONTA, Fernando de Oliveira. **Responsabilidade penal por decisões colegiadas.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais Online, Thomson Reuters, vol. 154/2019, p. 19 – 54, Abril 2019.