

ENTRE DIREITO PENAL E ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO POR OMISSÃO

RESUMO:

A responsabilidade de membros do conselho de administração por omissão não encontrou espaço dentre os avanços observados no combate à criminalidade de colarinho branco no cenário pós-Lava Jato, cujos entraves foram vistos com clareza tanto na esfera criminal no tocante ao instituto da omissão imprópria. Os difíceis obstáculos para a produção de provas quanto aos mais variados aspectos da tipicidade da conduta omissiva no *standard* exigido no processo penal se mostraram como de difícil superação por órgãos acusatórios, o que vem incentivando a busca de alternativas sancionatórias que vão além do escopo criminal. Aqui o direito administrativo sancionador entra com função central, abrindo novos horizontes para a inicial superação dos desafios que a punição destas condutas enfrenta em sede penal.

ABSTRACT:

The accountability of the supervisory board members for omissions hasn't found significant space in the Car Wash Operation's progressions regarding Brazilian white-collar crime enforcement. The difficult challenges provided by evidence production in the specific standards required by Brazilian criminal and procedural law still weren't sufficiently surpassed, which has been creating incentives for searches of alternative sanctions. In this scenario, administrative sanctions provided by regulators have risen as the most adequate way to bring an initial advance in the punishment of omissions perpetrated by supervisory board members when faced with illegal actions in the company.

1. INTRODUÇÃO

O comprometimento da alta administração de uma companhia com a ética corporativa e a adoção de boas práticas de governança há tempos já se mostrou como um elemento essencial aos olhos do mercado para a conquista de confiança de investidores no desenvolvimento das companhias. Hoje, qualquer programa de *compliance* moderno carrega como base o conceito de “*tone at the top*” (também denominado “*conduct from the top*”), já enraizado no cenário empresarial norte-americano, que indica a atuação proativa do alto escalão da empresa para a criação de um ambiente ético e em consonância com a legislação.

Enquanto “*sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada*”¹, os programas de *compliance* permitem a mitigação no interior da sociedade de riscos associados principalmente à reputação e ao regulatório legal, com o primeiro ganhando ainda maior relevância no âmbito de companhias de capital aberto. Não havendo sistema de prevenção infalível, a instalação de mecanismos de investigação interna sobre eventuais ocorrências ou meras suspeitas de ilícitos é de caráter primordial, cuja eficácia fica à cargo de sujeitos específicos nomeados na companhia, acabando por criar novos deveres e responsabilidades divididos entre os envolvidos.

Seguindo o caminho traçado inicialmente na legislação norte-americana pelo Sarbanes-Oxley Act em 2002, hoje a autorregulação para a prevenção de ilícitos através de sistemas de controle também é obrigatória (em alguns casos) e encorajada no direito brasileiro, no qual duas leis estabelecem regras de cooperação privada e incentivam empresas a colaborar com investigações criminais e administrativas conduzidas pelas autoridades competentes: a Lei Federal nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, e a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial), regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015.

No cenário das sociedades anônimas cuja administração se dá pelo modelo dual, cabe ao conselho de administração, como órgão maior da sociedade, liderar, encorajar e estabelecer os parâmetros éticos de atuação da companhia, exercendo funções diversas associadas ao sistema de *compliance* instalado. Nessa medida, os membros do conselho se veem cercados por uma ampla gama de responsabilidades associadas às suas obrigações perante os

¹ SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” em el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para contorlar la criminalidad económica. In: OLAECHEA, José Urquizo; VÁSQUEZ, Manuel Abanto; TIEDEMANN, Klaus; SÁNCHEZ, Nelson Salazar. **Homenaje a Klaus Tiedemann**. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. V. 1. Lima: Fondo, 2001.

programas de controles internos, as quais podem ser tuteladas tanto nas esferas cível e administrativa como no âmbito penal.

Não obstante a Operação Lava Jato tenha quebrado a barreira de responsabilização penal de altos executivos de empresas no direito brasileiro, poucos foram os avanços no que concerne à responsabilidade dos conselheiros de administração por sua omissão diante do cometimento de ilícitos na companhia. Mesmo que a vigilância sobre a atuação de dirigentes e demais membros da empresa seja considerada compulsória pela legislação, ainda não houve sequer uma denúncia criminal na operação que buscasse a responsabilidade de conselheiros pela prática de crimes omissivos.

Em um ambiente empresarial em que os deveres de vigilância e controles internos são cada vez mais essenciais, a legislação nacional aparentou não apresentar resposta adequada à ocorrência de omissões dolosas de executivos diante do gritante cometimento de crimes em companhias dos mais diversos setores. Mesmo que autores diretos das condutas viessem a encontrar punição nas mais diversas esferas de responsabilização, aqueles que praticavam atos de evidente cegueira deliberada muito frequentemente passaram impunes, com a imputação de condutas omissivas restando fadadas ao oblívio.

Dessa forma, o presente texto busca explorar o ambiente de responsabilização penal dos membros do conselho de administração de sociedades anônimas – principalmente aquelas de capital aberto –, ampliado com a maior aceitação pela doutrina e jurisprudência de sua possível imputação pela prática de delitos omissivos impróprios derivados de seus deveres especiais perante a sociedade, os quais recebem novo significado na determinação de uma posição de garantidor, como demonstrado na sequência. Ademais, frente ao surgimento de obstáculos inerentes à imputação penal destas condutas, o cenário da responsabilidade administrativa dos conselheiros perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) será igualmente explorado, analisando as relações entre as esferas em diversos pontos no que concerne ao combate a estes ilícitos.

No entanto, devido à limitação do escopo aqui tratado e das pretensões desta monografia, não haverá um esgotamento dos temas relativos aos delitos omissivos impróprios no âmbito empresarial ou da responsabilidade administrativa na CVM, aos quais serão realizadas explicações em caráter geral, com aprofundamentos específicos de acordo com os objetivos aqui já estabelecidos.

2. CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO COMO GARANTIDOR DE VIGILÂNCIA

Limitado o campo de análise às sociedades anônimas que adotam o modelo de administração dual, nas quais a governança se dá essencialmente por estruturas verticais através da delegação de funções ou tarefas, quando tratando da responsabilidade penal dos membros do conselho de administração por omissão, é crucial que haja a conexão dos acusados com a existência de uma posição de garantidor no interior da sociedade.

A utilização do instituto da omissão imprópria para incriminar a não intervenção de dirigentes e conselheiros de empresas para evitar o resultado típico já é cada vez mais estudada e aceita por grande parte da doutrina penal nacional, a qual segue uma tendência mundial nas jurisdições de Civil Law, principalmente a partir de grande influência de estudos provenientes do direito alemão². Esta tese parte do reconhecimento da existência de um “mandado de atuação” aos dirigentes e conselheiros derivado essencialmente de um dever especial a eles atribuído em razão de sua função e cargo.

Para tanto, de início, deve-se compreender a condição da empresa como uma “fonte de perigo que deve ser vigiada”, uma vez que das atividades com fins econômicos por ela exercidas decorrem diversos riscos de lesão aos bens jurídicos de outros indivíduos e/ou da coletividade (como o meio ambiente e a ordem econômica, por exemplo)³. Diante do fato de que os possíveis sujeitos passivos destas lesões não têm como se proteger dos riscos advindos das atividades econômicas desempenhadas pela companhia, aqueles que detêm o controle sobre estas fontes de perigo, mesmo que parcial, possuem o dever de agir para que dela não advenham tais lesões a terceiros. Portanto, afirma-se que estes indivíduos configuram garantidores de vigilância, uma vez que devem atuar ativamente para impedir a prática de ilícitos no interior da empresa.

O entendimento prevalecente na doutrina atual, inspirado no direito alemão, é o de que há essencialmente uma correlação entre liberdade e responsabilidade no interior da empresa,

² Destacam-se os seguintes escritos sobre o tema: ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons Brasil 2017.; ASSIS, Augusto. *A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresa*. In: *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; e SALLES, Leonardo Guimarães. *Criminal compliance: considerações acerca de uma possível delimitação da responsabilidade penal do empresário garantidor*. In: BOTTINO, Thiago (coord.). *Reflexos Penais da Regulação*. Curitiba: Juruá Editora. 2016.

³ ESTELLITA, Heloísa. *Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas*. FGV Direito SP Research Paper Series n. CL001. 2019. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3340950>. Pág. 18-19.

de modo que da liberdade de administrar as fontes de perigo empresariais deriva também o “dever especial” de cuidar para que desses focos não decorram ofensas a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade⁴. Ou seja, em razão da liberdade atribuída ao empresário de atuar na consecução dos fins econômicos pretendidos pela empresa, este possui também uma responsabilidade de evitar que deles advenham tais danos.

O reconhecimento dos dirigentes, enquanto responsáveis pela administração e condução dos negócios da companhia, como garantidores de vigilância não encontra grandes entraves na doutrina, uma vez que possuem sob sua tutela grande parte das “fontes de perigo” existentes na empresa. Heloísa Estellita defende a existência de dois principais requisitos para a configuração de posição de garante por parte dos dirigentes: a relação de controle sobre a empresa fundada juridicamente e a assunção fática dessa função⁵. Ou seja, o dirigente deve haver tanto a designação formal de sua função nos documentos societários quanto realmente desempenhar as funções descritas, não bastando a mera ocupação formal de um cargo para que haja a sua responsabilização.

Dessa forma, mesmo com os membros da diretoria sendo os titulares por natureza dos deveres de garantidores nas sociedades anônimas, diante da segregação de atribuições e delegação de funções no âmbito interno da diretoria, suas posições de garantidores têm seus conteúdos e efeitos modificados, uma vez que não podem responder por algo que vá além de suas atribuições específicas, determinadas no estatuto social (art. 143, inciso IV, Lei das S.A.). Assim, as normas internas da companhia que delimitam as áreas de organização e as responsabilidades de cada dirigente também impedem que todos sejam responsabilizados em conjunto, pois, dentro de uma empresa, nem tudo é assunto de todos⁶.

No tocante à responsabilidade dos membros do conselho de administração, por outro lado, a análise encontra maior complexidade. Aqui deve-se observar se também é possível atribuir a eles uma relação de controle sobre as fontes de perigo da empresa, principalmente à luz dos deveres e competências encarregadas ao conselho. A fim de que seja possível uma análise do tema com precisão, serão utilizadas como parâmetros para as atribuições do órgão as disposições da Lei das S.A. e do Código Brasileiro de Governança Corporativa do IBGC

⁴ ESTELLITA, Heloisa. *Uma aproximação ...*, ob cit. Pág. 18-19.

⁵ ESTELLITA, Heloisa. *Uma aproximação ...*, ob cit. Pág. 21-24.

⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Autoria e participação em organizações empresariais complexas*. Tradução de Vânia Costa Ramos. Revista *Liberdades*, n. 9, jan/abr. 2012, p. 27-58.

(Instituto Brasileiro de Governança Corporativa)⁷, buscando alcançar tanto as diretrizes básicas da legislação quanto as melhores práticas de governança recomendadas ao mercado.

Enquanto órgão colegiado e sem a capacidade de praticar atos de gestão⁸, com funções meramente deliberativas e fiscalizadoras⁹, o conselho de administração tem competência para a aprovação prévia de negócios específicos da companhia, a definição de estratégias de negócios e a nomeação, destituição e fixação das atribuições de diretores. Ademais, é o órgão responsável por tomar a iniciativa de implementação e avaliação periódica de um programa de *compliance* na companhia, cuja elaboração e gestão geralmente é delegada ao *compliance officer*.

Tais funções definitivamente demonstram o controle dos conselheiros de administração, ainda que parcial, sobre as fontes de perigo da empresa, uma vez que se encontram obrigados a fiscalizar a atuação dos diretores, podendo destituí-los de seus cargos e interromper eventuais práticas criminosas por eles praticadas na companhia. Ainda, a fixação de atribuições aos diretores é capaz de deslocar certas pautas daqueles que possam possivelmente apresentar conflitos de interesse e estimular problemas de conformidade no interior da empresa. Em razão da limitação de suas atribuições, estando o conselheiro ciente da prática de um ato de corrupção praticado por um membro da diretoria, por exemplo, este tem o dever de convocar o conselho de administração e votar pela sua destituição. Ele não é capaz de determinar, por si só, a destituição do diretor, mas deve atuar, no limite de suas funções e capacidades, para evitar a prática criminosa.

Dessa forma, estando em controle dos mecanismos que podem levar à lesão dos bens jurídicos postos em risco pela atividade econômica desenvolvida pela companhia, é inegável a possibilidade de existência de deveres de agir aos membros do conselho de administração.

Neste ponto, compreendida a possível posição de garantidor do conselheiro de administração e partindo do posicionamento de Claus Roxin sobre a vinculação dos crimes omissivos com a infração de um dever especial de agir¹⁰, é necessário definir qual a extensão deste dever a ele atribuído em relação a sua possibilidade jurídica de agir. Nesta seara, conforme argumenta Silva Sanchez, sendo a posição de garante na criminalidade da empresa

7

https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/ibgc_codigo_brasileiro_de_governanca_corporativa_companhias_abertas.pdf

⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. vol. 2, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. 2, 20. ed. São Paulo: Ed. RT.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Autoria y Dominio del hecho en derecho penal*. p. 498

como um compromisso de contenção de riscos, é essencial a existência de regras claras de atribuição e distribuição de competência na companhia para a delimitação dos concretos riscos que o sujeito garantidor deve controlar, bem como na determinação das medidas que deve adaptar para impedir um resultado jurídico-penalmente desvalioso, sob pena de cometer um delito¹¹. É justamente a delimitação da extensão desses deveres que caracteriza a zona cinzenta dos delitos por omissão nas companhias.

Aqui as normas extrapenais referentes aos deveres do conselho de administração e do administrador, além da própria organização interna da companhia através das normas inseridas no estatuto social e dos programas de *compliance*, recebem especial atenção, as quais auxiliam na delimitação do risco permitido, uma vez que o direito penal deve respeitar as normas oriundas de outras esferas em grau de igualdade em matéria de proibição¹².

2.1. Dificuldades referentes aos pressupostos de tipicidade

A fim de que o conselheiro não seja responsabilizado criminalmente por omissão, exige-se que ele, enquanto garante de vigilância, pratique uma conduta que seria apta a impedir o resultado lesivo ao bem jurídico dentro do limite de suas atribuições – como a destituição de diretores ou a informação a estes do ocorrido no âmbito da diretoria de sua competência. É justamente no tocante a este requisito do nexo de evitabilidade que reside uma das maiores problemáticas da responsabilidade de conselheiros por omissão imprópria, principalmente diante da fragmentação de funções, tarefas e informações que alcançam o conselho de administração.

Como o órgão não possui o poder de efetuar atos de gestão, uma intervenção direta sobre pessoas e coisas na empresa depende da atuação de um diretor, de modo que a sua responsabilização por omissão quase sempre se tratará de hipótese de omissões sucessivas¹³. Ou seja, para que haja a imputação de uma omissão a um conselheiro, deve ser possível comprovar que a sua ação seria suficientemente apta a interromper o ilícito, o que, na maioria dos casos, depende também das ações subsequentes de seus subordinados. Nessa medida, cria-se uma difícil linha de causalidade que deve ser traçada para a comprovação, além da

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español*. In: *Fundamentos de un Sistema Europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995. Pág. 371.

¹² ESTELLITA, Heloisa. *Uma aproximação ...*, ob cit. Pág. 21-24.

¹³ ESTELLITA, Heloisa. *Uma aproximação ...*, ob cit. Pág. 27-29.

dúvida razoável, de que a ação do conselheiro seria suficiente para evitar a ocorrência dos ilícitos no interior da companhia.

Ademais, a fragmentação de informações que chegam ao alcance do conselho de administração, cujos membros acabam por deter um conhecimento parcial acerca do funcionamento de cada um dos setores da companhia, apresenta-se como um problema de difícil superação no que concerne à comprovação do dolo – uma vez que delitos econômicos geralmente não possuem forma culposa. Isto principalmente pois exige-se o conhecimento de todas as circunstâncias elementares de materialidade do tipo objetivo para que este não seja afastado pela existência de erro de tipo¹⁴. Se não bastasse, a doutrina ainda discute acerca da possível presença de excludentes de ilicitude – com destaque ao conflito de deveres – e da criação de erros sobre o conteúdo da proibição frente à grande intersecção de regras extrapenais que estabelecem obrigações negativas e afirmativas aos administradores¹⁵.

Dessa forma, tamanhas dificuldades decorrentes do atual cenário de fragmentação do controle nas empresas para a imputação de condutas omissivas impróprias aos membros do conselho de administração parecem esclarecer alguns dos motivos pelos quais tão poucas denúncias criminais do tipo são oferecidas no Brasil, cujo ordenamento penal ainda aparenta apresentar poucas ferramentas para o enfrentamento destas questões.

3. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO POR OMISSÃO

As infrações aos deveres da administração da companhia, quando possuem capital aberto, também são objeto de responsabilidade na esfera administrativa no âmbito de atuação da Comissão de Valores Mobiliários, conforme determina o art. 11 da Lei nº 6.385/76. Em razão do princípio de independência das instâncias administrativa e penal, já afirmado em diversas ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶, estas competências em nada são alteradas

¹⁴ ESTELLITA, Heloisa. *Uma aproximação ...*, ob cit. Pág. 27-29.

¹⁵ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁶ “6. Ressalte-se que este Tribunal já assentou a independência entre as esferas penal e administrativa, salvo quando na instância penal se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, o que não se verifica no presente caso.”

STF, Ag.Reg. em RE 430.386/PE, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Dje 18/11/2014.

“EMENTA : AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO QUE NÃO RECONHECE A INEXISTÊNCIA DE FATO OU A NEGATIVA DE AUTORIA. INCOMUNICABILIDADE DAS ESFERAS

pela eventual análise dos mesmos fatos também em outra esfera de responsabilização, uma vez que possam igualmente configurar ilícitos em outras instâncias. Parte-se aqui da noção de que o mesmo fato pode ensejar sanções em diferentes áreas, dependendo dos diversos bens jurídicos afrontados pela ação¹⁷.

A Lei das S.A. determina, entre seus artigos 153 e 158, os deveres fiduciários que os administradores de sociedades anônimas devem observar no cumprimento de suas funções, sob pena de responsabilização pessoal. No tocante à *omissão* de um conselheiro de administração no cumprimento destes deveres perante a companhia, algumas de suas modalidades recebem especial atenção em relação aos fins aqui propostos: o dever de diligência, previsto no art. 153 da LSA; e o dever de lealdade, previsto no art. 155 do mesmo diploma.

Estes deveres representam, *per se*, *standards* gerais ou padrões de conduta que, inseridos no contexto da administração de sociedades pelo direito norte-americano ao tratar do *duty of care* e do *duty of loyalty*, não são formulados em caráter absoluto, mas comportam enunciados amplos e flexíveis que remetem a “padrões de comportamento” do administrador diante dos negócios da companhia¹⁸. Frente à forte carga de subjetivismo destes “padrões de conduta”, suas dimensões variam de acordo com os entendimentos da jurisprudência e as particularidades do caso concreto, funcionando como diretivas genéricas que auxiliam o juízo como medida ou elemento de comparação¹⁹.

Ao tratar do dever de diligência, a LSA estabeleceu tão somente regras gerais de conduta, deixando de ditar o conteúdo específico da atuação recomendada e como o administrador deveria proceder para satisfazê-lo. Esta grande amplitude fez com que a análise deste dever fosse naturalmente decomposta em uma série de deveres correlatos, que exigem

ADMINISTRATIVA E PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE FATOS E PROVAS EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que somente há comunicabilidade entre a esfera cível ou administrativa e a decisão do Juízo criminal quando nesta se reconheça a inexistência do fato ou a negativa de autoria.** Precedentes: AI 856126 AgR, Min. Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 7/12/2012, RE 430386 AgR, Min. Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 2/2/2015.”

¹⁷ Esta cumulação sancionatória é relativamente comum em ilícitos regulatórios, cujo *enforcement* é passível de responsabilidades penais e administrativas, à exemplo do elenco de crimes contra o mercado de capitais ou ainda das infrações contra a ordem econômica. Dessa forma, apesar da afirmação da independência das esferas de responsabilização, há um necessário diálogo entre ambas as instâncias, não apenas em matéria processual, mas também na delimitação do risco permitido, uma vez que os sujeitos devem estar atentos para, ao mesmo tempo, não violar as normas penais e administrativas referentes a condutas essencialmente conexas – assunto que será retomado posteriormente.

¹⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...* ob.cit. p. 228

¹⁹ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Adriádn B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais – regime jurídico*. Renovar, Rio de Janeiro, 2008. p. 396

uma atuação ativa do administrador, pois estes “*podem, a princípio, confiar nas informações que lhes são fornecidas por outros administradores, empregados ou consultores. No entanto, eles não podem confiar ‘cega e passivamente’ em tais informações*”²⁰.

Dentre tais deveres, encontra-se o dever de vigilância²¹ (mais relevante para a análise aqui proposta), o qual deriva de uma leitura combinada dos art. 153 e 158, §1º e 4º da LSA, quando este impõe ao administrador o dever genérico de vigilância sobre as atividades e políticas de outros administradores. Conforme determina a legislação, para se eximir de eventual responsabilização por atos ilícitos praticados pelos demais gestores, o administrador deve se manter genericamente informado acerca do andamento da gestão social²², podendo ser considerado responsável em três hipóteses: (i) se for conivente com relação a tais atos; (ii) se negligenciar em descobri-los; ou (iii) se deixar de impedi-los, deles tendo conhecimento.

Ademais, não pode ser responsabilizado cível ou administrativamente o administrador dissidente que, em órgão colegiado, faça consignar sua divergência em ata de reunião ou dela dê ciência imediata ao órgão de administração ou à assembleia-geral. Ainda, o administrador que tiver conhecimento da infração de algum destes deveres, nos termos do art. 158, §4º, da LSA, é obrigado a comunicar o fato à assembleia-geral, sob pena de se tornar solidariamente responsável.

Frente a esse dever geral de vigilância, os *standards* de conduta esperados dos administradores, como visto acima, são dispostos na legislação, mas sua delimitação é realizada essencialmente pela jurisprudência da CVM e do CRSFN (Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional). No estabelecimento dos parâmetros de risco permitido no exigidos pela regulação, destaca-se o levantamento realizado por Bruno Salama e Vicente Braga referente aos períodos de 2010 a 2014 acerca de como jurisprudência da CVM e do CRSFN compreende a aplicação do dever de diligência perante os membros do conselho de administração nos casos concretos²³. Dentre as diversas conclusões alcançadas acerca do entendimento da autarquia, algumas merecem aqui maior destaque.

²⁰ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Adriádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado...* ob.cit, p. 414.

²¹ YAZBEK, Otavio. *Representações do Dever de Diligência na Doutrina Jurídica Brasileira: um Exercício e Alguns Desafios*. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.). *Temas Essenciais de Direito Empresarial: Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012

²² Voto Relator Gustavo Machado Gonzalez, PAS CVM nº RJ2017/3534

²³ SALAMA, Bruno Meyerhof; BRAGA, Vicente Piccoli Medeiros. *Dever de diligência do conselheiro de administração: lições da jurisprudência administrativa nas companhias abertas*. FGV Direito SP Research Paper Series No. 145. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/14243>. P. 11.

Inicialmente, não se exige onisciência do conselho de administração sobre todos os negócios da companhia, mas o maior zelo frente às informações que lhes estavam disponíveis genericamente, principalmente diante de seu afastamento das ocorrências rotineiras da companhia, mais próximas dos diretores executivos. Ainda, afirma-se que um mesmo ato não pode configurar concomitantemente descumprimento dos deveres de lealdade e diligência, com a omissão no caso do dever de diligência sendo essencialmente culposa, enquanto aquela realizada dolosamente recai no âmbito do dever de lealdade.

Este dever de lealdade, por sua vez, é muito comumente associado apenas a um conflito de interesse polarizado nas relações do administrador com a companhia e seus acionistas, mas pode ser também relacionado a uma conduta ou omissão do dirigente/conselheiro quando este tiver consciência dos possíveis danos da ação causados tanto à empresa quanto a todo o rol de *stakeholders* atingidos, nada fazendo para impedi-lo²⁴.

O enunciado do art. 154, *caput*, da LSA é claro ao determinar o dever do administrador de exercer suas atribuições para atuar no melhor interesse da companhia e cumprir a função social da empresa, com o interesse social representando o limite de sua discricionariedade para conduzir os negócios da firma²⁵. Nessa medida, não há também qualquer exigência na LSA de que o desvio de finalidade tratado em seu art. 154 esteja associado a um interesse pessoal do administrador, mas tão somente a um afastamento dos fins legítimos da sociedade.

Na mesma linha, o art. 155, inciso II, do mesmo diploma fundamenta a vedação do administrador de se omitir no exercício ou proteção de direitos da companhia. Esta omissão, conforme já destacado, somente é relacionada ao dever de lealdade caso seja feita em caráter doloso, com o administrador tendo conhecimento de que ela será perniciosa à companhia²⁶. Caso seja realizada por um mero descuido, não há que se falar em descumprimento do dever de lealdade, mas tão somente do dever de diligência do gestor²⁷.

Quando analisados perante a CVM, os casos de violação ao dever de lealdade referentes a omissões dos administradores seguem a mesma lógica, buscando a análise do conjunto probatório para determinar inicialmente quais as informações que estavam sob o conhecimento da administração durante a prática do ilícito. Na sequência, determinam-se

²⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários...* ob.cit, p. 281-2.

²⁵ PARENTE, Flávia. *O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 135

²⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof; BRAGA, Vicente Piccoli Medeiros. *Dever ...* ob.cit, p.10.

²⁷ VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155

quais as condutas tomadas pelos administradores e se estas se encontram nos limites dos escopos de atuação a eles atribuídos na companhia. Por fim, observa-se o elemento subjetivo, o qual será primordial na determinação de se a conduta se refere a um dever de diligência ou de lealdade.

4. DETERMINAÇÃO DAS DILIGÊNCIAS EXIGIDAS ENTRE NORMAS PENAIS E ADMINISTRATIVAS

Considerando o grande escopo de normas que circunda a atuação e responsabilidades dos conselheiros de administração, a necessidade destes atuarem diligentemente ainda enfrenta *standards* diversos entre as esferas penal e administrativa, com a principal diferença parecendo recair exatamente no grau de intervenção exigido por cada uma das esferas diante da prática de delitos na empresa.

Na esfera criminal, inicialmente, exige-se do conselheiro, enquanto garante de vigilância, a prática de uma conduta que seria apta a impedir o resultado lesivo ao bem jurídico dentro do limite de suas atribuições, como a destituição de diretores ou a informação a estes do ocorrido no âmbito da diretoria de sua competência – o que carrega todos os problemas supracitados acerca do nexo de evitabilidade. No entanto, a ausência de precedentes na justiça criminal que definam com exatidão quais são de fato as diligências exigidas do conselho de administração para que a conduta seja considerada “apta para a evitação do resultado” instaura uma grande zona cinzenta no tocante ao que se exige dos conselheiros quando confrontados com uma conduta ilícita na companhia e na definição do risco permitido.

No âmbito da CVM, por sua vez, para a persecução às condutas omissivas de membros do conselho de administração, basta a comprovação pela autarquia de que estes foram negligentes no exercício de seu dever de diligência no descobrimento de atos criminosos cometidos por outros administradores, com o dolo sendo exigido tão somente no tocante à violação ao dever de lealdade. Aqui, tendo o conselheiro conhecimento dos atos ilícitos de outros administradores (como diretores ou até de outros membros do conselho de administração), a simples consignação em ata de reunião de sua divergência quanto ao assunto votado pelo colegiado ou a informação à assembleia-geral do ato ilícito o eximem de responsabilização, nos termos do art. 158, §1º, da LSA, muito diferente da esfera penal, que exige sempre a atuação apta para a evitação do resultado.

Frente ao princípio da independência das instâncias administrativa e penal, como tratado anteriormente no item 3, em o que foi considerada uma expansão da atuação da autarquia, a CVM recentemente iniciou a enquadrar casos de cometimento de crimes comuns no interior da companhia como violações aos deveres fiduciários, deixando de associar estes casos tão somente aos ilícitos regulatórios normalmente sob o escopo da autarquia²⁸. Não se trata aqui da análise de ilícitos penais, mas apenas de condutas que se enquadram tanto na subsunção de tipos penais quanto de ilícitos administrativos, havendo o exame da possível violação destes pela autarquia.

Este é exatamente o ocorrido no julgamento do PAS CVM nº RJ2015/1760, referente a responsabilidade de dirigentes da Embraer S.A. por desvio de poder (art. 154, LSA), no qual, diante da elucidação de fatos que teriam comprovado sua atuação em delitos de corrupção e lavagem de dinheiro, foi determinada a condenação de um dos réus por agir de modo contrário aos interesses sociais e atuar em desvio de finalidade à função social da empresa. Apesar deste exemplo, não surgiram até o momento julgamentos pela autarquia de casos de violação dos deveres da administração por omissão da direção ou do conselho de administração no cenário de prevenção a delitos, o quais, por enquanto, são apenas objeto de investigação²⁹.

Concretizando-se esta expansão na atuação da CVM, torna-se ainda mais comum a persecução concomitante de delitos envolvendo os mesmos fatos nas esferas penal e administrativa, com os *standards* de risco permitido se encontrando na intersecção entre ambas as instâncias sancionadoras. Dessa forma, apesar da afirmação da independência das esferas de responsabilização, há um necessário diálogo entre ambas as instâncias, não apenas em matéria processual, mas também na delimitação do risco permitido, uma vez que os sujeitos devem estar atentos para, ao mesmo tempo, não violarem as normas penais e administrativas referentes a condutas essencialmente conexas.

Frente à supracitada existência de deveres de vigilância de todos aqueles que detêm controle sobre as fontes de perigo no interior da empresa, os *standards* de cuidado devido

²⁸ PIMENTA, Guilherme. CVM vai julgar casos de corrupção sob prisma dos deveres dos administradores. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/cvm-resposta-casos-corrupcao-07062018>

²⁹ São exemplos de casos célebres:

- Rompimento da barragem de Brumadinho: VALENTI, G; SCHINCARIOL, Juliana. CVM investiga administradores da Vale sobre barragem em Brumadinho. <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/14/cvm-investiga-administradores-da-vale-sobre-barragem-em-brumadinho.ghtml>
- Condutas relacionadas a fatos investigados na Operação Lava Jato associadas à Petrobras, disponíveis, entre outros, em: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20170417-1.html>

estabelecidos pela CVM passam a ter impacto direto na definição do conteúdo concreto deste dever dos órgãos societários quanto a essas atividades da companhia capazes de gerar riscos a terceiros³⁰. Assim, mesmo que as decisões da CVM não tenham um reflexo direto na esfera penal, estas auxiliam na delimitação dos deveres de vigilância tanto de diretores como de conselheiros, os quais procuram embasar sua atuação para evitar tanto a prática de ilícitos penais quanto administrativos.

Portanto, estes precedentes da autarquia virão a auxiliar na difícil delimitação das diligências necessárias dos garantidores de vigilância na empresa na realização de seu deveres, principalmente no que concerne aos conselheiros de administração aos fiscalizarem a atuação dos diretores. Como já sustentado anteriormente, as normas extrapenais dão suporte à compreensão da extensão do risco penal permitido, elemento essencial para a imputação objetiva de delitos aos membros da companhia, incluindo aqueles por omissão imprópria, com a atuação da CVM desempenhando papel central, cuja importância se torna ainda mais acentuada diante da ausência de precedentes na justiça criminal sobre o tema.

No entanto, é questionável a adequação destes padrões de conduta estabelecidos na justiça administrativa aos casos de ilícitos penais, uma vez que as diligências exigidas pela CVM aparentam ser insuficientes para a, de fato, “evitação do resultado” da conduta ilícita em percurso. Não obstante a legislação societária traga dever semelhante ao da posição de garantidor, o simples fato de existirem as supracitadas excludentes do art. 158, §1º, da LSA à responsabilidade do administrador escancara a insuficiência dos *standards* da lei societária para sua utilização na definição do grau de atuação necessário do conselheiro apto a evitar a sanção penal.

O dever de garantidor, como já tratado, não é um simples dever de diligência, mas o de proteção do bem jurídico, com a equiparação entre ambos sem os devidos cuidados podendo encaminhar a exclusão da responsabilidade penal em casos nos quais uma intervenção seja tida como suficiente para o órgão administrativo, mas insuficiente para a justiça criminal. Assim, ainda se mostra difícil a definição precisa de o que a lei penal exige do conselheiro para a satisfação de seu dever de garante, com as normas administrativas servindo para lançar uma luz sob o tema, mas que não afastam completamente a zona cinzenta na qual a questão ainda se encontra.

³⁰ ESTELLITA, Heloísa; CAVALI, Marcelo; e TEIXEIRA, Adriano. *Reflexos na análise da CVM dos atos de executivos em casos de corrupção?*. JOTA. <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/reflexos-penais-na-analise-da-cvm-dos-atos-de-executivos-em-casos-de-corrupcao-15062018>

5. CONCLUSÃO

Frente ao exposto supra, resta evidente que os membros do conselho de administração são passíveis de responsabilização por omissão, cuja sanção poderá ser observada tanto no âmbito administrativo como penal. Em um cenário pós-Lava Jato, no qual executivos do mais alto escalão de companhias consideradas “campeãs nacionais” foram condenados a severas penas de prisão, a persecução penal de conselheiros de administração por omissão parecia caminhar no mesmo sentido.

No entanto, conforme demonstrado no item 2.1, ainda são grandes as dificuldades para a responsabilização penal dos membros do conselho por omissão imprópria, exigindo-se a colheita de um acervo probatório muito amplo e detalhado que seja capaz de afastar as incongruências referentes à comprovação da tipicidade. Isso não significa, de forma alguma, que uma persecução penal de omissões impróprias praticadas por conselheiros seja impossível (com o caso da mineradora Samarco servindo como exemplo³¹), mas tão somente que as dificuldades probatórias e processuais enfrentadas aparentam ser tamanhas que condenações do tipo exigem uma tarefa quase hercúlea dos órgãos acusatórios.

Frente à inegável violação em conjunto a bens jurídicos penais, há de se refletir sobre alternativas e soluções para o enfrentamento dos obstáculos que circundam a omissão imprópria de conselheiros na esfera criminal, a fim de que eventuais condutas dolosas não sejam tratadas com impunidade e inércia em sua prevenção.

No âmbito administrativo de atuação da CVM, por outro lado, não subsistem tamanhas objeções à responsabilização por omissão frente à prática de delitos, não apenas pelos *standards* probatórios menos elevados e pela admissão de condenações também por condutas culposas, mas principalmente em razão da extensão das diligências exigidas pelo conselho de administração já se encontrarem definidas e especificadas com maior detalhe pela jurisprudência administrativa (item 3). Assim, o natural enquadramento pela autarquia destas omissões ao âmbito de proteção dos deveres fiduciários aparenta vir em momento oportuno como forma de suprir a ausência de sanções penais, principalmente aquelas associadas a condutas dolosas que violam o dever de lealdade.

³¹ Denúncia disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco> . No entanto, cabe destacar que, recentemente, a denúncia foi rejeitada pela Justiça Federal, estando o processo em segundo grau após recurso do Ministério Público Federal, conforme se observa em: FONTES, Stella. Justiça recusa denúncia contra conselheiros da Samarco. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/09/25/justica-rejeita-denuncia-contra-conselheiros-da-samarco.ghtml>

No presente momento, é inegável que a sanção administrativa ainda se mostra como a opção mais adequada de combate a estas omissões de membros do conselho de administração delineada no ordenamento nacional, indicando uma nova rota a ser seguida no combate e prevenção a ilícitos praticados no ambiente empresarial, apresentando-se como um caminho já traçado para que casos de cegueira deliberada da alta administração não sejam ignorados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Augusto. **A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresa. In: Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.** 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALI, Marcelo; ESTELLITA, Heloísa; e TEIXEIRA, Adriano. Reflexos na análise da CVM dos atos de executivos em casos de corrupção?. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/reflexos-penais-na-analise-da-cvm-dos-atos-de-executivos-em-casos-de-corrupcao-15062018>

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 2, 20. ed. São Paulo: Ed. RT.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Adriádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESTELLITA, Heloísa. *Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas.* **FGV Direito SP Research Paper Series n. CL001.** 2019. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3340950>.

ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa.** 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2017.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PARENTE, Flávia. **O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIMENTA, Guilherme. CVM vai julgar casos de corrupção sob prisma dos deveres dos administradores. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/cvm-resposta-casos-corrupcao-07062018>

SALAMA, Bruno Meyerhof; BRAGA, Vicente Piccoli Medeiros. *Dever de diligência do conselheiro de administração: lições da jurisprudência administrativa nas companhias abertas*. FGV Direito SP Research Paper Series No. 145. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/14243>

SALLES, Leonardo Guimarães. *Criminal compliance: considerações acerca de uma possível delimitação da responsabilidade penal do empresário garantidor*. In: BOTTINO, Thiago (coord.). **Reflexos Penais da Regulação**. Curitiba: Juruá Editora. 2016.

SIEBER, Ulrich. *Programas de “compliance” en el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. In: OLAECHEA, José Urquiza; VÁSQUEZ, Manuel Abanto; TIEDEMANN, Klaus; SÁNCHEZ, Nelson Salazar. **Homenaje a Klaus Tiedemann**. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. V. 1. Lima: Fondo, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español**. In: **Fundamentos de un Sistema Europeo del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1995.

VALENTI, G; SCHINCARIOL, Juliana. CVM investiga administradores da Vale sobre barragem em Brumadinho. <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/14/cvm-investiga-administradores-da-vale-sobre-barragem-em-brumadinho.ghtml>

VON ADAMEK, Marcelo Vieira. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

YAZBEK, Otavio. *Representações do Dever de Diligência na Doutrina Jurídica Brasileira: um Exercício e Alguns Desafios*. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.). **Temas Essenciais de Direito Empresarial: Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa**. São Paulo: Saraiva, 2012.