

AVALIAÇÃO DE RISCO, *BUSINESS JUDGEMENT RULE* E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CRIMES EMPRESARIAIS

RISK ASSESSMENT, BUSINESS JUDGMENT RULE AND THE OBJECTIVE IMPUTATION THEORY IN CORPORATE CRIME

Artur de Brito Gueiros Souza¹

Matheus de Alencar e Miranda²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Discorre-se sobre as avaliações de riscos decorrentes da adoção de programas de compliance, conjugando-as com a *business judgement rule*, com o objetivo de aprimorar a utilização da teoria da imputação objetiva na criminalidade de empresa.

Palavras-chave: Governança corporativa – programas de conformidade – riscos empresariais – responsabilidade penal.

Abstract: This article addresses risk assessments resulting from the adoption of compliance programs, combining them with the business judgment rule, with the aim of improving the use of the objective imputation theory in corporate crime.

Keywords: Corporate governance - compliance programs - corporate risks - criminal liability.

1. INTRODUÇÃO

A partir da consolidação do modelo empresa como unidade econômica do capitalismo, é perceptível que, conforme mais a empresa se desenvolve, mais medidas de separação profissional entre gestão e propriedade dos meios de produção são observadas. Conforme a cisão entre propriedade e controle foi avançando, emergiu a necessidade de criação de meios

¹ Professor Titular de Direito Penal da UERJ. Coordenador do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcello de Araujo Jr. (CPJM). Editor da Revista Científica do CPJM. Subprocurador-Geral da República (MPF).

² Professor e coordenador de cursos do CEPED/UERJ. Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito UERJ, 2018-2023. Mestre em Direito Penal pela mesma instituição. *Máster en Cumplimiento Normativo en materia penal* pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Especialista *en Cumplimiento Normativo en Derecho Penal* pela mesma instituição. Consultor em matéria de Direito, Tecnologia e conformidade normativa junto à Gussem - Saad Consultoria.

para mediar as atividades próprias de administração e os interesses dos proprietários (sócios). A governança corporativa é tida, nos dias atuais, como um instrumento que serve a esse fim.

Em paralelo, a profissionalização da atividade produtiva – incluindo as evoluções de governança – trouxe impactos sociais, pois permitiu o crescimento exponencial da industrialização e da produção. Concomitantemente, a quantidade de riquezas disponíveis permitiu o crescimento populacional e o consumo de recursos naturais em igual escala. Tudo isso formou uma conjunção de fatores comumente apontada como uma escalada de riscos para as pessoas e para a sociedade como um todo.

Com o aumento desses riscos, as regulações aplicáveis às empresas se ampliaram e percebeu-se que a profissionalização na gestão deveria ir além de somente se preocupar com os acionistas, pois haveria uma relação de *accountability* com relação a todo o tecido social. As empresas não só afetam o patrimônio dos sócios e trabalhadores, mas sim todo o meio envolvente. O impacto pode ser local ou global, a depender do tamanho e importância da empresa, mas ele sempre seria sentido.

Tais fatores nos levam a refletir sobre questões decorrentes das atividades das empresas, trazendo preocupações com as formas de controle dos riscos por elas criados. Atualmente, até mesmo os riscos de natureza criminal devem ser ponderados no seio empresarial, não sendo outra a gênese e a destinação dos programas de integridade ou compliance.

Dito isso, objetiva-se – nesse pequeno ensaio – discorrer sobre a morfologia da avaliação de riscos, atravessando-a com a *business judgement rule* e sua aplicabilidade na teoria da imputação objetiva para os crimes empresariais. Em poucas palavras, objetiva-se contribuir ao debate de tema de grande relevância ao Direito Penal: o caráter preventivo das normas penais empresariais. Em última instância, quer-se agregar valor ao aprimoramento da dogmática jurídico-penal.

2. GOVERNANÇA CORPORATIVA E AVALIAÇÃO DE RISCOS

A boa governança corporativa constitui um dos fundamentos dos programas de *compliance*. Com efeito, ela tem por objetivo neutralizar tanto o abuso de poder dos administradores como os conflitos existentes no âmbito da atividade da organização. Conforme lecionado por Nieto Martín, a governança corporativa procura estabelecer um sistema de controle (*checks and balances*), que protege os sócios (*shareholders*), mas também todas as pessoas que poderiam ser afetadas pela atividade empresarial (*stakeholders*). Segundo aquele

Autor, a governança corporativa parte da premissa de que a boa gestão de uma sociedade é algo que não interessa exclusivamente aos seus proprietários, mas também a outros envolvidos, como consumidores, trabalhadores, credores, comunidades nas quais a empresa atua, assim por diante.¹

Para Nieto Martín, há três pontos em comum entre governança corporativa e compliance: (1) respeito às leis e aos regulamentos, de sorte que os códigos de boa governança exigem ao conselho de administração que zele para que em seus relacionamentos com os grupos de interesse a empresa respeitem as normas externas e cumpra de boa-fé suas obrigações e contratos; (2) política de gestão de riscos, pois toda atividade empresarial pode trazer um risco econômico ou reputacional, razão pela qual os códigos de boa governança consideram que uma das responsabilidades indelegáveis do conselho de administração é aprovar a política de gestão de riscos; e (3) prevenção de específicos ilícitos societários, na medida em que uma parte do conteúdo dos códigos de governança corporativa diz respeito à remuneração dos conselheiros² ou à evitação de conflitos de interesse, o que ajuda na prevenção de infrações como, *v.g.*, a administração desleal. Em síntese, diante desse conjunto de interesses, é natural que entre o encarregado de compliance e os de boa governança exista uma estreita relação, quando não fusão institucional.³

A seu turno, Marcella Blok leciona que a governança corporativa diz respeito à forma pela qual as organizações são dirigidas e controladas. A expressão contempla os assuntos relacionados ao poder de controle e de direção de uma empresa, bem como as diferentes formas e esferas de seu exercício e aos diversos interesses que são relacionados à vida das organizações. Segundo aquela Autora, as boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e

¹ NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (Org.); GARCIA DE LA GALANA, Beatriz (Org.); BLANCO CORDERO, Isidoro (Org.); LASCUARÍN SANCHEZ, Juan Antonio (Org.); FERNÁNDEZ PEREZ, Patricia (Org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.); GOMES, Rafael Mendes (Org.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas** - V. II Coleção Business & Criminal Justice. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 42-43.

² Falando sobre diversos conflitos de interesses e disparidades no estabelecimento de quantias salariais dos executivos, cf.: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Crisis financiera y retribución de directivos ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal? *In*: **Indret** Revista para el análisis del derecho. Indret 02/2009, mayo, Barcelona, 2009, *passim*.

³ NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (Org.); GARCIA DE LA GALANA, Beatriz (Org.); BLANCO CORDERO, Isidoro (Org.); LASCUARÍN SANCHEZ, Juan Antonio (Org.); FERNÁNDEZ PEREZ, Patricia (Org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.); GOMES, Rafael Mendes (Org.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas** - V. II Coleção Business & Criminal Justice. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. pp. 42-44.

otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da empresa, sua longevidade e o bem comum. Conforme informado, os princípios sob consideração seriam os seguintes: (a) transparência (*disclosure*), que consiste no escopo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos; (b) equidade (*fairness*), que se caracteriza pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas; (c) prestação de contas (*accountability*), princípio que exige que os agentes de governança prestem contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis; e (d) responsabilidade corporativa, que, para a Autora, significa que os agentes devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, bem como reduzir as externalidades negativas de seus negócios, prezando pela obediência e cumprimento das normas.⁴

Ao trabalhar nesse âmbito, a governança corporativa terminaria por estabelecer missão, visão e valores de uma empresa, levando-a a relacionar objetivos correlacionados a esses fatores.⁵ Uma vez elencados os objetivos, a forma específica de dirigir uma corporação, a boa governança corporativa levará a análises sobre os riscos de os objetivos não serem atingidos. A atividade de gestão de risco, portanto, torna-se essencial nesse modelo de controle organizacional.⁶

Nesse contexto, a gestão do risco empresarial é outro elemento primordial do compliance. Quer-se, fundamentalmente, evitar ou mitigar os riscos decorrentes da atividade de exploração econômica. Por conta disso, a identificação e análise dos riscos ocupa um papel central nos programas de conformidade, sendo uma exigência presente em todos os textos legais

⁴ BLOK, Marcella. **Compliance e Governança Corporativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. pp. 317-318.

⁵ ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa**. Fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, *passim*.

⁶ NIETO MARTÍN, Adán. Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán (Org.); GARCIA DE LA GALANA, Beatriz (Org.); BLANCO CORDERO, Isidoro (Org.); LASCUARÍN SANCHEZ, Juan Antonio (Org.); FERNÁNDEZ PEREZ, Patricia (Org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.); GOMES, Rafael Mendes (Org.) . **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas** - V. II Coleção Business & Criminal Justice. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 180-181.

que estabelecem programas dessa natureza. Segundo Nieto Martín, não é possível estabelecer um efetivo cumprimento sem que se tenha realizado uma prévia análise de risco. Esse processo permite alocar racionalmente os recursos preventivos da empresa, focando naqueles riscos que resultam mais importantes, integrando-se, assim, no conjunto dos controles internos.⁷

Com relação ao procedimento de análise de risco de natureza penal, Nieto Martín destaca as seguintes etapas: (1) identificação do setor de atividade empresarial que possa trazer riscos; (2) identificação das possíveis infrações que podem afetar o setor de atuação da empresa ou a atividade com relação à qual se realizará a análise de riscos, considerando seus históricos de falhas; (3) probabilidade da ocorrência do risco catalogado na atividade desempenhada pela empresa, sendo que, para tanto, deve-se levar em consideração: (a) o histórico de infrações da empresa; (b) os controles de que dispõe a empresa em relação a cada risco e sua efetividade; e (c) estimativa subjetiva do grau de probabilidade do risco, por intermédio de pesquisas ou entrevistas com os integrantes da empresa; por fim, a (4) revisão periódica da cartografia de riscos, em especial quando se identifique ou haja indícios da prática de infrações relevantes.⁸

Resumidamente, a análise e gestão de riscos significam realizar um mapeamento de todas as formas possíveis de infrações no âmbito da cadeia produtiva, comercial e financeira de uma empresa (identificação), seguindo-se de uma análise de probabilidade de ocorrência e impacto negativo em caso de materialização da conduta indesejada. Tudo isso tem em conta os controles existentes e, após a análise, novos controles podem ser propostos. Uma vez implementados os controles, é calculado o risco residual (aquele que os controles não conseguiriam neutralizar por completo).

Após a realização da análise de riscos, toda a estrutura de prevenção de desvios dentro da empresa será implementada. Não há como negar, portanto, a importância da análise de riscos para o cumprimento dos deveres societários de uma companhia de capital aberto ou fechado.

⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán (Org.) ; GARCIA DE LA GALANA, Beatriz (Org.) ; BLANCO CORDERO, Isidoro (Org.) ; LASCUARÍN SANCHEZ, Juan Antonio (Org.) ; FERNÁNDEZ PEREZ, Patricia (Org.) ; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.) ; GOMES, Rafael Mendes (Org.) . **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas** - V. II Coleção Business & Criminal Justice. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 180-181.

⁸ *Ibid.*, pp. 188-186.

3. AUSÊNCIA, INSUFICIÊNCIA E PRESENÇA DA ANÁLISE DE RISCOS

Há tempos já vem sendo discutida a importância do compliance para a gestão de riscos e o estabelecimento de responsabilidades, inclusive aquelas de natureza penal.⁹ Ademais, tem-se que a conformidade cumpre um relevante papel corporativo no sentido de se detalhar ou individualizar a eventual punição da própria pessoa jurídica.¹⁰

No que diz respeito à responsabilidade penal individual, prevalece o entendimento no sentido de que ela deriva da posição de garante (ou garantidor) dos agentes corporativos.¹¹ Sendo assim, a governança corporativa e os programas de compliance serviriam para sistematizar os deveres e procedimentos que devem ser atendidos pelos ocupantes de certos cargos sociais no âmbito da atividade empresarial.¹² Dessa feita, o atendimento integral aos procedimentos de um programa de compliance (efetivo) teria o potencial de *eximir* a responsabilidade penal, pois significaria uma das diversas formas de atendimento dos deveres decorrentes da citada posição de garante, relacionando-os com os mandamentos de cuidado e cautela.

Nesse prisma, o fundamental parece ser a análise de riscos.¹³

Haveria, assim, um dever de realizar uma avaliação criteriosa de riscos por parte dos garantidores da organização. Em geral, os garantes originais seriam os administradores, que teriam o dever de realizar análises de riscos na empresa. Entretanto, a depender do tamanho da companhia, eles podem delegar o trabalho para um preposto ou subordinado – ou seja, o *Compliance Officer*. Uma vez transferido o encargo, os administradores passariam a ser de supervisão e controle do delegado, de modo a receber os resultados da análise de riscos e tomar

⁹ Como referência de estudos iniciais no Brasil: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Vols. 1-4. Ano 25, Coimbra, 2015.

¹⁰ De forma geral: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: LiberArs, 2022.

¹¹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **A responsabilidade por omissão dos sujeitos obrigados pela lavagem de dinheiro: o dever de informação**. Tese de Doutorado. Orientador: Professor. Dr. Pierpaolo Cruz Bottini. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito. São Paulo, 2016, *passim*.

¹² MIRANDA, Matheus de Alencar e. **(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”**. São Paulo: LiberArs, 2019, *passim*.

¹³ NIETO MARTÍN, Adán. Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán (Org.) ; GARCIA DE LA GALANA, Beatriz (Org.) ; BLANCO CORDERO, Isidoro (Org.) ; LASCUARÍN SANCHEZ, Juan Antonio (Org.) ; FERNÁNDEZ PEREZ, Patricia (Org.) ; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.) ; GOMES, Rafael Mendes (Org.) . **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas - V. II** Coleção Business & Criminal Justice. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 180-181.

decisões sobre os limites de riscos aceitáveis e quais medidas de controle deveriam ser tomadas.¹⁴

Tendo isso em conta, percebe-se que a ausência da análise de riscos significaria a infração do dever de garante por quem tinha o dever de fazê-la, ou seja, os administradores. Esse dever poderia ser cumprido com o mapeamento dos riscos ou a delegação a quem tivesse competência e meios materiais para realizá-la. Nos casos de delegação, a falta de análise de riscos continuaria criando a possibilidade de responsabilização dos administradores em razão do descumprimento do dever de supervisão sobre a correta realização da tarefa, além de responsabilizar o delegado pela não realização de sua tarefa. Deve-se ter clareza sobre o fato de que a análise de riscos exige tempo e dinheiro para a realização, não se devendo responsabilizar quem não tinha condições de cumprir o dever, em razão da carência daqueles fatores. Para a atribuição de responsabilidade nesses casos, deve-se ponderar se houve alguma demora injustificada na elaboração ou na delegação da função.

Considerando a realidade fática em que a análise de riscos foi elaborada – pelo garante originários ou derivado –, haverá a possibilidade de discussão sobre a sua qualidade. Significa dizer que a mera realização da análise de riscos não poderia ser considerada suficiente para o cumprimento do dever de garante, se ela vier a ser realizada de forma claramente insuficiente; com falta de cuidado. Nesses casos, uma análise de riscos insuficiente poderá gerar responsabilização pela infração do dever de garante se: (1) aquilo que deveria ter sido objeto da análise de riscos não o foi; ou (2) aquilo que foi objeto de análise foi feito de forma claramente equivocada, negligente ou dolosamente inserindo informações inverídicas.

Por se tratar de uma análise de qualidade, ela depende de verificação no caso concreto, algo que se dará a partir da observação da metodologia e das falhas observadas. No âmbito do Direito Penal, seria possível apontar um descumprimento de dever de garante quando fosse demonstrado que a análise de riscos foi malfeita ou deficitária.

Por outro giro, a responsabilidade penal da pessoa jurídica guarda relação com os modelos de imputação ao ente moral. A depender do modelo adotado, a análise de riscos cumpre o papel de delimitar os âmbitos da imputação da empresa, sendo-lhe atribuível aquilo que ela pudesse prever *ex ante*, isto é, a partir de um adequado mapeamento de riscos. Conforme exposto alhures,

¹⁴ MIRANDA, Matheus de Alencar e. **(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores**: evitando o “bode expiatório”. São Paulo: LiberArs, 2019. pp. 238-252.

Se o ilícito estava abrangido por aquilo que decorreria da avaliação das atividades regulares da corporação (*risk assessment*), então o fato indicaria a disfuncionalidade interna, fazendo-se, assim, a empresa responsável pelo ocorrido. Do contrário, descaberia a sua responsabilização, o que faz intuir a importância dos procedimentos de avaliação e gestão do risco empresarial.¹⁵

Disso se depreende que a falta e a insuficiência das análises de riscos causam as mesmas repercussões penais para o âmbito empresarial que teriam para os indivíduos, isto é, os integrantes da empresa.

4. DECISÕES SOBRE ANÁLISES DE RISCOS

Partindo-se da premissa de que a análise de riscos foi realizada a contento, os dirigentes da empresa devem tomar decisões com base no mapa produzido. Nesse particular, há algumas decisões possíveis, quais sejam: (1) aceitar, (2) eliminar, (3) mitigar, (4) transferir ou (5) evitar o risco. A partir disso, muitos teóricos e *frameworks* da área de auditoria sinalizam que é função da alta administração adotar alguma das decisões ora numeradas.¹⁶

O problema dessas possibilidades com relação ao risco reside no fato de que aceitar determinado risco pode ser entendido como descumprir os deveres de garante em uma perspectiva *a posteriori*. Na verdade, não há clareza sobre os limites da discricionariedade da decisão corporativa, em especial com relação aos riscos penais. Não bastaria detectar se os administradores tomaram uma ou mais das decisões acima apontadas, pois é essencial que se saiba quais delas estão abarcadas pelo limite do risco permitido, em uma análise *ex ante* de imputação objetiva.

Insta salientar que a resolução deste problema importa também para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pois a tomada de decisão da alta administração é ponto de contato para a responsabilidade penal de empresas tanto no modelo de autorresponsabilidade quanto na heterorresponsabilidade da pessoa jurídica, como se vê, v.g., no art. 3º da Lei 9.605/1998 (Lei

¹⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. 2ª ed. São Paulo: LiberArs, 2022. p. 226.

¹⁶ Alguns marcos, nesse sentido: ISO31000, de sistemas de gestão de risco (princípios e diretrizes); ISO31010, de sistemas de gestão de risco (técnicas de apreciação do risco); ISO19600, de sistemas de gestão de compliance; ISO19601, de sistemas de gestão de compliance penal; ISO37001, de sistema de gestão antissuborno; Modelo de capacidade do *Open Compliance Ethics Group* (OCEG); Marco do *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway* (COSO, I, 1992; II, 2014 ERM; III, 2013; e IV, 2017); Marco do Instituto dos Auditores Internos (IIA), os padrões COSO (I, 1992; II, 2014 ERM; III, 2013; e IV, 2017) e COBIT – ISACA.

de Proteção Ambiental).¹⁷ Caso as decisões dos administradores sobre determinados riscos sejam consideradas causa concorrente para um resultado desvalioso – em razão da criação ou aumento de riscos juridicamente proibidos –, isso pode significar a responsabilização criminal para os administradores e para as próprias companhias.¹⁸

Visando evitar a insegurança jurídica que situações similares geram, Matheus de Alencar discorre sobre a importância da *business judgment rule* para resolver os casos de decisão corporativa e riscos penais.¹⁹

5. BUSINESS JUDGEMENT RULE E DECISÕES SOBRE RISCOS PENAIS EM EMPRESAS

De acordo com Júlio César Ribeiro, a *business judgment rule* seria uma regra criada nos Estados Unidos com o objetivo de afastar ou limitar a análise do mérito da decisão de administradores nos casos em que a decisão gera danos para a empresa. Dessa maneira, seria

¹⁷ O modelo da autorresponsabilidade da pessoa jurídica é aquele da responsabilidade penal autônoma e plena, “por fato próprio” ou “responsabilidade própria” da empresa. A responsabilidade da empresa nesse modelo não dependeria das responsabilidades das pessoas físicas que a ativaram. Já o modelo de heterorresponsabilidade é aquele em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se dá com a transferência da responsabilidade de terceiro, uma pessoa física, que pode ser qualquer pessoa que atue em seu nome e interesse (*respondeat superior*), ou somente os atos de quem a representa ou ocupa posição de comando (responsabilidade vicarial). No Brasil, a heterorresponsabilidade também é conhecida como responsabilidade por ricochete e aparece como modelo legislativo escolhido pela Lei 9.605/98, em seu art. 3º: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Vale ressaltar que o modelo foi mantido mesmo após recentes mudanças jurisprudenciais, que somente gerariam como consequência não mais se exigir a identificação da pessoa física concreta e a dupla imputação necessária de pessoas físicas e jurídicas no mesmo processo penal. Cf.: MIRANDA, Matheus de Alencar e. **(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores**: evitando o “bode expiatório”. São Paulo: Liber Ars, 2019, *passim*.

¹⁸ O termo “causa concorrente” é uma referência ao teor dos artigos 13 (“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”) e 29 (“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”) do Código Penal. Importante ter em conta que, ao se falar em causa e concorrer, neste trabalho, adota-se concepção normativista, uma vez que, conforme bem lembrado por Sidney Rosa, a causalidade ontológica seria meramente a soma de diversas concausas ontológicas cientificamente justificáveis, ou pluricausalidade, enquanto a causalidade relevante para a imputação seria aquela juridicamente relevante, que já teria passado por filtros de priorização políticos e jurídicos. A ver: “Ante el fenómeno de la pluricausalidad y de la continua retroalimentación de causas y efectos, el problema de la identificación de la causa o de las causas a las cuales se imputará la aparición del daño se convierte en una cuestión jurídico-política, realizándose la selección de aquélla o de aquéllas que son capaces de perturbar estos sistemas”. SILVA JUNIOR, Sidney Rosa da. **La mediación de conflictos ambientales**. Una visión sistémico-funcional hacia el desarrollo sostenible. 1. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019. p. 208.

¹⁹ ALENCAR, Matheus de. **Técnica, decisões automatizadas e responsabilidade penal**. 2023. 462f. Tese (Doutorado em direito penal) - Faculdade de direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2023. pp. 313-326.

possível afastar ou limitar a responsabilidade (civil) do administrador frente aos danos causados à sociedade empresária por suas decisões, quando estas forem tomadas sem conflito de interesses, ou quando respeitarem o procedimento decisional devidamente instruído ou, ainda, quando se revelarem racionais.²⁰

No Brasil, este mecanismo foi previsto pela Lei de Sociedades Anônimas, em seu art. 159, § 6º, que confere ao julgador a possibilidade de exclusão da responsabilidade do administrador, se ficar convencido de que ele agiu de boa-fé e visando o interesse da companhia.²¹

Explicando a regra de exclusão de responsabilidades, Ribeiro aduz que a previsão legislativa do dever de cuidado resulta em diretriz com menor abrangência que o necessário. Partindo daí, estabelecem-se outros parâmetros, apontando como decorrentes do dever de cuidado: (1) o dever de controle, consistente na atuação do administrador com atenção à evolução econômico-financeira da sociedade no desempenho de quem gere; (2) o dever de preparar adequadamente as decisões, que se refere à reunião e tratamento da informação a subsidiar a decisão; e (3) o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis, que pode se dar considerando dois diferentes critérios, quais sejam (a) não dissipar ou esbanjar o patrimônio social, e (b) evitar riscos desmedidos. Disso seapura como a *business judgement rule* será especialmente importante para afastar responsabilidades: seguindo a regra de tomada de decisão, estaria excluída a responsabilidade.²²

Nas suas reflexões teóricas, Ribeiro procura delimitar os critérios da *business judgement rule* quanto ao dever de controle e ao dever de se informar para decidir. Para tanto, o administrador deve tomar todas as providências ao seu alcance, no sentido de buscar tais informações.²³

²⁰ RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da *business judgement rule* para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. vol. 937/2013. Nov., 2013. p. 391

²¹ De acordo com Júlio César Ribeiro, a “motivação da criação e propagação da regra (nos tribunais norte-americanos e posteriormente ao redor do mundo) teve como base, especialmente, garantir maior eficiência à gestão empresarial. Isso porque, por diminuir a possibilidade de responsabilização do gestor, a regra acaba por fomentar a tomada de posições mais arriscadas e, por consequência, no mais das vezes, mais lucrativas”. *Ibid.*, p. 392.

²² RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da *business judgement rule* para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. vol. 937/2013. Nov., 2013. pp. 396-397

²³ *Ibid.*, p. 399.

Com relação ao dever de decisões razoáveis, como o que está em causa é a racionalidade da conduta, os tribunais estariam obrigados a analisar o mérito da decisão interna. Em termos de sua aplicação prática, aquele Autor aponta que a discussão em torno da *business judgement rule* se concentra justamente no limite da “sindicabilidade”, ou seja, quanto o julgador pode analisar do mérito do administrador, em um processo judicial posterior à decisão e ao dano. O interesse maior da regra seria a do juiz escrutinar o procedimento de tomada da decisão e o cumprimento de deveres das decisões. De certa forma, isso daria maior discricionariedade a quem toma decisões na atividade empresarial e evitaria cenários de aversão a riscos. No País, a discussão se daria sobre a racionalidade da decisão. Como a regra existe justamente para evitar a sindicabilidade do mérito da decisão, o fundamento encontrado na lei é o de que se utilize o critério da boa-fé subjetiva, que se traduz na atuação com a crença de que atuou no melhor interesse da sociedade, ao invés da racionalidade objetiva.²⁴

A *business judgement rule* teve por *locus* inicial o Direito privado. Vale dizer, como instrumento para limitar a responsabilidade civil do administrador frente aos interesses dos sócios da pessoa jurídica afetada negativamente pela decisão. Ela sucedeu o antigo critério da teoria dos atos *ultra vires societatis*.²⁵ Atualmente, não se espera mais que a atividade de um profissional em nome da empresa se restrinja ao “mandato escrito”, em razão da velocidade da economia e a dinamicidade da realidade.²⁶

Apesar da origem civilista, a *business judgement rule* tem sido também utilizada no Direito Administrativo (regulatório e concorrencial) como modelo de análise do limite das responsabilidades dos administradores por decisões tomadas que deram causa a resultados descritos nas normas sancionatórias. Ainda segundo as lições de Ribeiro, tem-se que a própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) tem estendido sua aplicação à esfera das responsabilidades administrativas²⁷.

²⁴ *Ibid.*, p 392-399.

²⁵ Sobre a teoria dos atos *ultra vires* e sua superação pela teoria do *respondeat superior*, no contexto do Direito Penal Empresarial dos EUA, vide: DIAMANTIS, Mihailis. **O Corpo Corporativo**. in Revista Científica do CPJM. Vol. 2. Núm. 8, Rio de Janeiro, 2023, pp. 1-37.

²⁶ ALENCAR, Matheus de. **Técnica, decisões automatizadas e responsabilidade penal**. 2023. 462f. Tese (Doutorado em direito penal) - Faculdade de direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2023. p. 318.

²⁷ “A respeito do problema de análise do mérito da decisão, alguns processos administrativos movidos pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – para responsabilizar gestores de sociedades anônimas abertas nos termos da Lei 6.385/1976 -78 têm colocado em pauta a *business judgement rule* (em medida consideravelmente maior que a Justiça Comum). Nesses processos, vem se firmando o entendimento de que o julgador (neste caso a CVM) não deve se imiscuir nessa discricionariedade (do administrador) e, a bem dizer, nem tem este poder.”⁷⁹ Nesse sentido, em decisão proferida no ano de 2006, a CVM estabeleceu (com base no direito

Diante disso – bem como em razão da necessidade de se aprimorar a teoria da imputação objetiva nos crimes empresariais –, Matheus de Alencar propõe a extensão da regra da *business judgement rule* para a dogmática penal, estabelecendo critérios para o risco permitido, em particular no tocante à aferição da licitude de seus parâmetros. Essa aplicação encontra-se estribada no princípio da *ultima ratio* ou *ultimo remedium*. Isto porque, se aquela cláusula pode redundar em imputações menos rigorosas no âmbito extrapenal, ela também deveria isentar ou atenuar a responsabilidade penal, por razões de proporcionalidade ou simetria normativa.²⁸

Segundo Alencar, uma decisão que passasse pelo filtro da *business judgement rule* como decisão *lícita* pode ser entendida como ação neutra impunível nos termos da teoria da imputação objetiva. Isto porque ela foi tomada no âmbito do cargo e função e, por mais que tenha contribuído causalmente para o resultado desvalioso, não seria entendida como criadora de um risco não permitido *ex ante*.²⁹

Sendo assim,

Se um crime ocorrer em razão dessa decisão, a responsabilidade penal só existiria se a decisão infringir a *business judgement rule*, ou seja, se a decisão for tomada em (1) conflito de interesses, (2) sem informação adequada e suficiente sobre os níveis de segurança, ou (3) de forma irracional, expondo (...) terceiros a um padrão de segurança inaceitável. Caso a decisão fosse tomada de acordo com esse caminho decisório, tratar-se-ia de *ação neutra impunível*, mesmo que a decisão estivesse relacionada à falha que gerou o delito. Ainda que pareça intuitivamente errado utilizar uma regra aplicável a direitos patrimoniais para apurar responsabilidades por crimes (...), há que se atentar para o fato de que o padrão da *business judgement rule* já é bastante rigoroso em face da total ausência de regulação atualmente vista [sobre os parâmetros do risco permitido para a tomada de decisão sobre o tratamento de riscos analisados]. Os três requisitos acima criam parâmetros suficientes para colocar decisões criminosas sob o olhar estatal. Caso sua aplicação fosse certa, a regra teria capacidade de trazer tanta eficiência quanto garantias frente à intervenção penal do Estado.³⁰

Na mesma direção, Adán Nieto sustenta a importância da *business judgement rule* para a tomada de decisão da alta administração sobre implementar ou não um programa de conformidade normativa ou outro mecanismo de controle. Para aquele Autor, como há relação

estadunidense) que uma decisão para gozar da regra da *business judgement rule* deve ser: (a) informada; (b) refletida; (c) desinteressada. Além disso, deixa clara a necessidade de que essa análise deve se ater, sobretudo, ao procedimento de tomada da decisão (e não ao mérito)”. RIBEIRO, Júlio César de Lima. *Op. cit.*, nota 29, p. 401.

²⁸ ALENCAR, Matheus de. *Op. cit.*, nota 30, p. 317.

²⁹ ALENCAR, Matheus de. **Técnica, decisões automatizadas e responsabilidade penal**. 2023. 462f. Tese (Doutorado em direito penal) - Faculdade de direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2023. p. 318.

³⁰ *Ibid.*, p. 323 (grifou-se).

entre compliance e governança corporativa, considerados como expressão da mesma técnica de intervenção na administração da atividade econômica, uma empresa aderindo aos padrões de governança teria a liberdade para optar por um determinado modelo de compliance. Contudo, caso escolha por não o adotar, a alta administração teria por obrigação fundamentar a decisão de proceder de outro modo, informando ao mercado e ao público externo. Nesse contexto, a análise de riscos prévia dialogaria com a própria *business judgement rule*, na medida em que se referiria ao dever de se informar do administrador antes da tomada de decisão.³¹

Por oportuno, cabe assinalar que, por mais que o uso da *business judgement rule* tenha sido apresentada como o instrumento mais importante para as decisões estratégicas da alta administração (sobre o tratamento de riscos analisados), ela teria um maior potencial de aplicação, incluindo decisões de nível tático e operacional tomadas por instâncias inferiores. Desse modo, seria possível ter um parâmetro de risco permitido na tomada de decisões – não só da alta direção – com potencial repercussão em toda a pirâmide empresarial.

6. RISCOS RESIDUAIS, SITUAÇÕES IMPREVISÍVEIS E PERIGOS TRANSFORMADOS EM RISCOS

Superada a questão da incerteza sobre os limites do risco permitido em decisões corporativas, cumpre ainda analisar os problemas dos riscos residuais e dos riscos não previstos.

Partindo-se da premissa de que análises de riscos foram realizadas e que todas as decisões atenderam aos critérios da *business judgement rule*, fato é que ainda há a possibilidade de riscos residuais. Isto é, aqueles que permanecem mesmo após a aplicação de controles. Na prática, são riscos que os controles não podem eliminar por completo. Há também a possibilidade de criação de (novos) riscos que não foram mapeados, em geral em setores que não apresentavam histórico de problemas na empresa. Esses riscos imprevistos abarcariam situações inusitadas que, com o passar do tempo, podem se tornar concretamente perigosas, transformando-se em riscos no âmbito da atividade produtiva, comercial e financeira da corporação.

Em ambas as hipóteses, há dúvidas acerca da atribuição de responsabilidade penal quando um risco residual ou um risco não previsto gera um resultado tipicamente descrito. As

³¹ NIETO MARTÍN, Adán. La institucionalización del sistema de cumplimiento. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 189.

soluções seriam parecidas, mas com pequenas nuances nos casos concretos. A princípio, aquelas categorias de riscos – residuais e imprevisíveis – não deveriam gerar a responsabilidade penal. No particular, socorre-se, novamente, da teoria da imputação objetiva para resolver situações de riscos residuais, pois a diminuição prévia dos riscos, como decisão adequada à *business judgement rule*, torna-os riscos permitidos, ou seja, inerentes à atividade empresarial; toleráveis em nome do progresso e do desenvolvimento socioeconômico. Portanto, riscos residuais seriam aqueles penalmente permitidos, ainda que venham a incorrer em responsabilização no âmbito civil ou administrativo.

No caso dos riscos não previstos, tem-se que a sua própria criação deve ser analisada no exame do caso concreto. Isto porque, eles podem decorrer de uma ação isolada de algum colaborador da empresa, agindo em interesse próprio contra as disposições de compliance da corporação – uma ação do chamado “lobo solitário” –, o que afastaria a responsabilidade empresarial. Ademais, em se tratando da esfera preventiva, uma análise de risco que venha a falhar no oxímoro de “prever o imprevisível”, não geraria, igualmente, a responsabilidade penal, vez que, consoante a multicitada teoria da imputação objetiva, não se teria criado ou incrementado um risco existente. Nesse caso, o juízo de imputação penal seria igualmente excluído.

7. CONCLUSÃO

A adesão às boas práticas de governança corporativa e a realização de análises de riscos tornaram-se necessidades prementes das empresas no mundo contemporâneo, isto é, na tão decantada “sociedade de riscos”. Nesse sentido, a profissionalização da gestão dos meios de produção e da identificação dos riscos produzidos pelas mesmas corporações, se revela fundamental em termos práticos e teóricos.

Espera-se, portanto, um incremento das discussões e debates a respeito dos critérios de avaliação e gestão dos riscos das atividades humanas, em especial aquelas desempenhadas no interior das organizações empresariais, providência que tem sido promovida pelos programas de compliance. Como resultado de todo esse processo, não somente haverá uma melhor certeza e qualidade de eventuais imputações – ou não imputações – de responsabilidades penais, como, igualmente, haverá uma ampliação das iniciativas de sustentabilidade e de governança corporativa.

8. BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Matheus de. **Técnica, decisões automatizadas e responsabilidade penal**. 2023. 462f. Tese (Doutorado em direito penal) - Faculdade de direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2023.

BLOK, Marcella. **Compliance e Governança Corporativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020.

DIAMANTIS, Mihailis. **O Corpo Corporativo**. *in* Revista Científica do CPJM. Vol. 2. Núm. 8, Rio de Janeiro, 2023, pp. 1-37.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Crisis financiera y retribución de directivos ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal? *In: InDret* Revista para el análisis del derecho. InDret 02/2009, mayo, Barcelona, 2009.

MIRANDA, Matheus de Alencar e. **(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”**. São Paulo: LiberArs, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento. *In: NIETO MARTÍN, Adán (Org.); GARCIA DE LA GALANA, Beatriz (Org.) ; BLANCO CORDERO, Isidoro (Org.) ; LASCUARÍN SANCHEZ, Juan Antonio (Org.) ; FERNÁNDEZ PEREZ, Patricia (Org.) ; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.) ; GOMES, Rafael Mendes (Org.) . Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas - V. II* Coleção Business & Criminal Justice. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. La institucionalización del sistema de cumplimiento. *In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. *In: NIETO MARTÍN, Adán (Org.) ; GARCIA DE LA GALANA, Beatriz (Org.) ; BLANCO CORDERO, Isidoro (Org.) ; LASCUARÍN SANCHEZ, Juan Antonio (Org.) ; FERNÁNDEZ PEREZ, Patricia (Org.) ;*

SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.) ; GOMES, Rafael Mendes (Org.) . **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas** - V. II Coleção Business & Criminal Justice. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **A responsabilidade por omissão dos sujeitos obrigados pela lavagem de dinheiro**: o dever de informação. Tese de Doutorado. Orientador: Professor. Dr. Pierpaolo Cruz Bottini. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito. São Paulo, 2016.

RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da *business judgment rule* para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. vol. 937/2013. Nov., 2013.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa**. Fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA JUNIOR, Sidney Rosa da. **La mediación de conflictos ambientales**. Una visión sistémico-funcional hacia el desarrollo sostenible. 1. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Vols. 1-4. Ano 25, Coimbra, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. 2ª ed. São Paulo: LiberArs, 2022.