

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ALEXANDRE DAIUTO LEÃO NOAL

**RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRETOR-PRESIDENTE E DO *CEO* NAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS**

SÃO PAULO

2020

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ALEXANDRE DAIUTO LEÃO NOAL

**RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRETOR-PRESIDENTE E DO *CEO* NAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito parcial para aprovação no Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (GV Law).

Orientadora: Professora Heloisa Estellita

SÃO PAULO

2020

1. TEMA, CONTEXTO E DELIMITAÇÃO DE ESCOPO

Quase sempre que noticiada a prática de uma infração penal praticada no âmbito das atividades de uma empresa, notadamente quando se trata de sociedades anônimas, o “alvo da culpa” costuma ser direcionado, em primeiro lugar, ao presidente ou ao diretor-presidente (doravante, *diretor-presidente*).

A figura do *diretor-presidente* de uma companhia adquire tamanha dimensão que ele é visto como o principal “responsável” por todas as condutas que ocorrem no âmbito da empresa, inclusive as praticadas por outras pessoas dentro da organização. E no mais das vezes realmente a persecução penal se volta contra o diretor-presidente não só na fase investigativa como também no âmbito de ação penal. Alguns casos notórios, como a tragédia ocorrida na cidade de Mariana-MG em novembro de 2015¹, e o acidente ocorrido no parque de diversões HopiHari², são exemplos dessa constatação.

Ocorre que em empresas onde há divisão de funções e delegação de tarefas, tal como costuma ocorrer em sociedades anônimas, é preciso que se estabeleça critérios para a imposição de responsabilidade penal a seus administradores, dentre os quais o diretor-presidente, especialmente por atos praticados por terceiros ou incluído no feixe de atribuições destes.

O estabelecimento de tais critérios precisa passar pela análise de normas extrapenais, como a Lei nº. 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S.A), e seus eventuais reflexos no âmbito penal no que diz respeito à atribuição de responsabilidade. É tal lei, por exemplo, que erige a *diretoria*, órgão no qual o diretor-presidente geralmente ocupa posição central e talvez de maior destaque, como aquela que administra a companhia, em conjunto ou não com eventual Conselho de Administração, conforme disposto em seu artigo 138, *caput*. É tal lei também que impõe deveres aos administradores na administração da companhia, tais como o de diligência (art. 153) e o de vigilância (art. 158), inclusive e eventualmente por ato de outro administrador (158, §1º). Tais deveres colocam os diretores, incluindo o diretor-presidente, como *garantidores* por excelência de eventual fonte de perigo para terceiros decorrente das atividades da empresa. Em contrapartida, a mesma lei confere poderes ao estatuto social da companhia para estabelecer atribuições e poderes de cada diretor (art. 143, inciso IV), bem como que

¹<https://veja.abril.com.br/brasil/policia-pede-prisao-de-ex-presidente-da-samarco-e-mais-6/>

²<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI155166.61044-MPSP+denuncia+12+peessoas+por+morte+de+adolescente+no+Hopi+Hari>

determinadas decisões, de competência dos diretores, sejam ou não tomadas em conjunto por eles. A mesma lei confere competência a qualquer diretor, desde que silente o estatuto social, para representar a companhia e praticar de atos necessários ao seu funcionamento regular, sendo lícito aos diretores constituir mandatários (art. 144). Daí já se pode extrair hipóteses de delegação de tarefas e divisão de funções capazes de estabelecer limites à responsabilização dos diretores, notadamente do diretor-presidente.

Ainda na análise de matéria extrapenal, a pretensa amplitude da responsabilidade do diretor-presidente aparenta ser ainda maior quando ele recebe a denominação de *Chef Executive Officer*, o famoso “CEO”, por parte da imprensa, nomenclatura importada para o nosso país de vocabulário empresarial estrangeiro e que não guarda similitude com a figura em seu ambiente jurídico de origem, os USA. Daí surge o interesse de se analisar o real significado desse cargo³, analisando se há essa figura no ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, se quem ocupa tal posição tem ou não maior ônus em termos de responsabilização penal.

Não obstante a importância de tais pontos e contrapontos, e a amplitude de responsabilidade que a lei extrapenal e o estatuto social possam conferir ao diretor-presidente, não servem eles como critério suficiente para a imposição de responsabilidade penal por condutas de terceiros, mas apenas como função indiciária da existência de uma posição de garantidor em relação a tais condutas e de seus limites⁴.

A responsabilização penal por omissão compreende, para muito além disso, a análise dos requisitos exigidos pela lei e pela dogmática penal. Tal análise tem início na **(1) tipicidade**, consistente na verificação do **(1.a) tipo objetivo**, no que diz respeito à presença de **(1.a.a)** conduta *omissiva*, sendo que esta se verifica quando efetivamente o agente estiver em posição de garantidor, numa perspectiva material, ou seja, dentro de uma assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico, seja por *obrigação legal* (art. 13, §2º, ‘a’, do

³Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a Securities and Exchange Commission - SEC, órgão correlato a nossa Comissão de Valores Mobiliários, expressamente prevê a posição de CEO no SEC Memorandum Circular n. 19, um código de governança corporativa para companhias abertas, estipulando deveres e responsabilidades para o CEO na gestão da companhia, inclusive a de dirigir, avaliar e orientar os principais executivos da companhia. http://www.sec.gov.ph/wp-content/uploads/2016/12/2016_memo_circular_no.19.pdf (Recommendation 5.4, p. 25). Em nosso ordenamento, não encontramos, até o presente momento, disposições correlatas ao diretor-presidente, por exemplo.

⁴ESTELLITA, 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. 1. ed. São Paulo: 2015, p. 166.

Código Penal – CP), por *assunção* de tal posição (art. 13, §2º, ‘b’, do CP), ou por ter criado o risco com a conduta anterior (art. 13, §2º, ‘c’, do CP).

A posição de garantidor do diretor-presidente pode ser limitada ou até inexistente a depender da forma de divisão de funções entre membros da diretoria (estruturas horizontais), ou em caso de delegação de funções (estruturas verticais), e mitigada em caso de nova delegação por parte do delegado⁵.

Pode servir também de limitador o *princípio da confiança*, segundo o qual o delegante pode confiar na atuação do delegado, desde que mantenha certa supervisão.

A caracterização da omissão penalmente relevante exige também **(1.a.b)** *omissão de conduta determinada e exigida de evitação do resultado ou da conduta prevista como crime*, presente a capacidade físico-real de fazê-la.

A análise do tipo objetivo ainda compreende a verificação **(1.a.c)** do *nexo de causalidade* entre a conduta omissiva e o resultado ou a prática delitiva; **(1.a.d)** da *imputação objetiva*, ou seja, da possibilidade de objetivamente se imputar o fato à pessoa por ela ter criado um risco, risco este juridicamente proibido e que tenha se verificado na conduta ou no resultado.

A *tipicidade* compreende ainda a análise do chamado **(1.b)** *tipo subjetivo*, consistente na presença de conduta *dolosa*, representada pelo conhecimento dos elementos constantes no tipo penal e na assunção de risco ou indiferença para a sua prática; ou *culposa*, desde que prevista tal modalidade na lei penal, o que em ambos os casos leva em conta eventual atuação em *erro de tipo* por parte do agente.

A responsabilização penal ainda passa pela análise da **(2)** *antijuridicidade* da conduta, ou seja pela verificação de sua contrariedade ao ordenamento jurídico, presente, em síntese, quando não houver causa que a justifique, tais como a legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal; e, por fim, pela análise da **(3)** *culpabilidade*, ou seja, da reprovabilidade da conduta e da possibilidade de imputá-la ao agente, presente, em síntese, quando o agente for imputável, tiver agido com consciência da ilicitude (afastada ou atenuada por erro de proibição) e quando era exigido do agente uma conduta diversa da praticada (afastada por inexigibilidade de conduta diversa, seja por coação ou obediência hierárquica).

⁵*Idem*, p. 170

Assim, o trabalho pretende abordar o tema da responsabilidade penal do diretor-presidente de sociedades anônimas traçando sua similitude ou não à figura do denominado “CEO”, com eventual aproveitamento para as sociedades limitadas. Assim, os seguintes questionamentos serão respondidos:

1. Diante da legislação societária brasileira, quais são as responsabilidades do diretor-presidente no que diz respeito à fonte de perigo gerada pelas atividades da empresa ou pela proteção de bens jurídicos expostos?
2. O que pode compreender a função de *ChiefExecutive Officer* – CEO? Ela é equivalente a alguma posição na linguagem legal societária brasileira? A partir de tal análise, a pessoa que ocupa tal cargo tem maior ônus de responsabilização penal?
3. A responsabilidade atribuída pela lei extrapenal ao diretor-presidente (ou ao CEO) coloca-o em uma posição de garante em relação à conduta de terceiros para fins de responsabilização penal por omissão?
4. Para fins penais, a posição de garantidor pode ser limitada ou excluída a depender da estrutura organizacional da companhia, notadamente da divisão e da delegação de funções entre membros da diretoria e subordinados?
5. Tal posição também pode ser limitada ou excluída a depender da forma de gestão e de tomada de decisões sobre as atividades da companhia?
6. A existência de um conselho de administração na companhia altera o ônus de responsabilidade para fins penais do diretor-presidente ou do CEO?

2. MODELO DE PESQUISA

A pesquisa será feita através do estudo da legislação, doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira sobre direito societário e direito penal.

3. JUSTIFICAÇÃO DA RELEVÂNCIA PRÁTICA E DO POTENCIAL

A relevância prática do trabalho consiste em encontrar respostas a tema ainda não tão bem explorado pela doutrina (inovador), especialmente no tocante à figura do diretor-presidente

(linguagem legal nacional) e do CEO (linguagem legal estrangeira), mas que é potencialmente aplicável a qualquer hipótese de caso criminal ocorrido no âmbito das sociedades anônimas. O estudo poderá servir para guiar companhias quando da elaboração de seu estatuto social, pensando no nível de exposição da diretoria em relação à eventual ocorrência de fato com potencial criminal.

4. FONTES E MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO

Como fonte de pesquisa será utilizada a leitura de livros e artigos jurídicos produzidos pela doutrina nacional e estrangeira, assim como a leitura de cópias de casos criminais envolvendo sociedades anônimas, e documentação correlata, quando disponível.

Pretende-se também utilizar como fonte de exploração os normativos de órgãos reguladores, tais como os da Comissão de Valores Mobiliários, Banco Central do Brasil e BM&Fvespa.

5. HIPÓTESE

O presente trabalho pretende extrair conclusões a respeito dos critérios para aferição de eventual responsabilidade penal do diretor-presidente de sociedades anônimas, ou do denominado CEO (quando existente tal figura nos quadros da companhia), em razão do cargo que ocupa, e se tal responsabilidade pode ser reduzida ou ampliada a depender da estrutura interna da empresa e do que constar em seu estatuto social.

6. INDICAÇÃO DE LITERATURA ESPECIALIZADA E OBRAS DEREFERÊNCIA

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

BARROS, José Ourismar. *Criminalidade de empresa: a responsabilidade penal dos diretores empresariais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BATISTA, Nilo. *Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 2002, 271-291.

_____. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo abstrato*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Do tratamento penal da ingerência*. Tese de livre docência, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. 2: direito de empresa. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

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. 1. ed. São Paulo: 2015.

FEIJOO, Sánchez, Bernardo. *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Reus, 2007.

_____. *Autorregulación y derecho penal de la empresa: una cuestión de responsabilidad individual?* In L. Arroyo Jiménez & A. Nieto Martín (Eds), 2. ed. Navarra: Thompson Reuters-Aranzadi, 2015, 197-248.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Crimes omissivos no direito brasileiro*. Revista de Direito Penal e Criminologia, 1982.

_____. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GRANDIS, Rodrigo de. *A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais*. In A. d. B. G. Souza (ed.). Brasília: ESMPU, 2011, 335-344.

GRECO, Luis. *Imputação objetiva: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Dolo sem vontade*. In L. Duarte D'Almeida, A. Silva Dias, P. d. Souza Mendes, J. Lopes Alves, & J. A. Raposo (Eds.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, 885-903.

_____. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In J. Zilio & F. Bozza (Eds.). Estudos críticos sobre o sistema penal. Curitiba: LedZe, 2012, 925-937.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRECO, Luís; Assis, Augusto. *O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. A autoria como domínio do fato*. Greco, Luís, et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; Teixeira, Adriano. *A autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. A autoria como domínio do fato*. Greco, Luís, et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2014, 47-80.

GUARAGNI, Fabio André. *Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades*. In: F. A. Guaragni & P. C. Busato (eds). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015, 70-94.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

LEITE, Alaor. *Existem deveres gerais de informação no direito penal? Violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade do erro de proibição*. *Revista dos Tribunais*, 2012.

_____. *Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2014, 106, 47-90.

LUCAS, Flávio Oliveira. *A responsabilidade penal na criminalidade empresarial: a posição de garante do dirigente da pessoa jurídica*. Dissertação de mestrado, Universidade do Rio de Janeiro, 2009.

PARGLENDER, Mariana. *Direito Societário em Ação: Análise Empírica e Proposições de Reforma*. *Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais*, 2013, 215-256.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

PUPPE, Ingeborg. *La imputación objetiva: presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los tribunales*. Granada: Comares, 2001.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Atribución de responsabilidade penal em estruturas empresariais. Problemas de imputación subjetiva*. *Revista de Derecho Penal*. Madrid, 2002, 1, 201-231.

ROXIN, Claus. *Causalidad y posición de garante em los delitos de omisión impropia*. In C. Garcia Valdez, A. Cuerda Riezu, M. Martínez Escamilla, R.

Alcárcer Guirao, & M. V. Mariscal De Gante (Eds.). *Estudios penales em homenagem a Enrique Gimbernat*. Vol. II. Madrid: Edisofer, 2008, 1543-1558.

ROXIN, Imme. *Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2015, 112, 61-77.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; Castro, Rafael Guedes de. *A responsabilização criminal individual em estruturas complexas: uma análise aplicada*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, 2016, 69, 71-100.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas*. Madrid: Tecnos, 2002, 129-152.

_____. *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria*. 2013, p. 161 e ss.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión: Concepto y sistema*. 2. Ed., Buenos Aires: B de F, 2003.

_____. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La responsabilidad penal de los administradores*. Madrid: La Ley Digital, 2011, 1-109.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

7. SUMÁRIO PRELIMINAR:

1. Problemática e casos
2. Definições

- 2.1. Poderes e deveres do diretor-presidente em sociedades anônimas
 - 2.1.1. Com administração dual
 - 2.1.2. Sem administração dual
- 2.2. Conceito de *Chief Executive Officer* – CEO – tentativa de delimitação
 - 2.2.1 Figura correlata ao CEO na linguagem societária brasileira
- 3. Delimitação: CEO nas sociedades anônimas
- 4. Responsabilidade penal do diretor-presidente nas sociedades anônimas
 - 4.1. Responsabilidade penal por omissão diante da conduta de terceiros
 - 4.1.1. A posição de garantidor para fins penais
 - 4.1.2. A estrutura organizacional da companhia como limitadora da posição de garantidor
 - 4.1.3. A conduta omissiva penalmente relevante
 - 4.2. Demais requisitos para a responsabilização penal
- 5. Conclusão e propostas

8. Cronograma de execução

Atividade	2019		2020												Horas
	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
[Coleta de decisões]	■	■	■												[150]
[Revisão bibliográfica]		■	■												[40]
[Análise e fichamento das decisões]		■	■	■											[90]
[Redação do primeiro capítulo]				■	■	■									[60]
[Redação do segundo capítulo]						■	■								[60]
[Redação do terceiro capítulo]								■	■						[60]
[Redação do quarto capítulo e introdução]										■	■				[70]
[Conclusão dos demais itens, revisão e ajustes finais]												■	■		[30]
[Entrega de versão qualificação]														■	
[Depósito versão final]															