

Dever de diligência

Novas perspectivas em face de programas de *compliance* e de atingimento de metas

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial na UnB. Ex-conselheira do Cade.

É sabido que o dever de diligência de controladores e administradores de sociedades empresárias apresenta grande fluidez, gravitando em torno de diversos parâmetros, dentre os quais: (i) dever de informação para a tomada das decisões; (ii) competência profissional; (iii) perícia ou pelo menos certo grau de conhecimento técnico compatível com as funções exercidas; (iv) conhecimento sobre os negócios da companhia; (v) estruturação de organização empresarial compatível com as atividades da companhia e o risco por ela assumido; (vi) implementação de sistema de vigilância, supervisão e investigação; (vii) dever de intervir diante de problemas graves ou respectivas ameaças; (viii) respeito a obrigações legais bem definidas; (ix) presença em reuniões dos órgãos colegiados de que participa; e (x) adoção de processos decisórios justos, adequados e razoáveis¹.

Embora seja útil para um primeiro mapeamento do tema, a multiplicidade de critérios para a delimitação do dever de diligência, muitos dos quais são objeto de consideráveis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, acaba dificultando a identificação do seu núcleo básico.

Tal tarefa torna-se ainda mais complexa quando se verifica que as balizas acima mencionadas precisam ser contextualizadas e moduladas em razão de diversos fatores, tais como (i) o tamanho da sociedade; (ii) a natureza de suas atividades; (iii) a forma de estruturação da administração – já que membros do Conselho de Administração e da diretoria ocupam posições distintas, por exemplo –; (iv) o tempo e as circunstâncias em que a decisão foi tomada; e, a

¹ Para uma análise mais pormenorizada dos aspectos essenciais do dever de diligência, ver: FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 350-404.

depende do caso, até mesmo (v) o tipo de administrador e a forma da sua remuneração.

Não obstante, já se consolidou há certo tempo o entendimento de que, apesar de todas as controvérsias em torno da extensão do dever de diligência, poder-se-ia chegar a pelo menos um consenso a seu respeito: o de que a sua obediência exige que controladores e especialmente administradores de sociedades apenas possam agir se tiverem as informações necessárias para tal.

Sob tal perspectiva, o *dever de agir bem informado* acabou se tornando o núcleo inquestionável do dever de diligência, reforçando a necessidade de que ao menos o processo decisório das sociedades seja idôneo, avaliação que obviamente vai depender da complexidade da questão a ser resolvida, bem como do tempo para a tomada da decisão².

Ocorre que discussões mais atuais têm propiciado reflexões em torno da ampliação do núcleo mínimo do dever de diligência. Uma delas é a referente ao *compliance*, aqui visto como o conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade.

Embora a dimensão organizacional sempre tenha sido explorada nas discussões relacionadas ao dever de diligência, acabou ganhando ainda mais força com o papel que as legislações antitruste e anticorrupção progressivamente vêm atribuindo a bons e efetivos programas de *compliance*, não somente para efeitos da prevenção de ilícitos, como para efeitos de atenuação – ou até mesmo de exoneração³ – de responsabilidade da pessoa jurídica e dos próprios gestores caso os ilícitos já tenham ocorrido.

² Como sintetiza Maddalena Rabitti (*Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*: Contributo allo studio dell'illecito civile. Milano: Giuffrè, 2004, p. 144), o conteúdo mínimo do dever de diligência está contido no princípio de agir informado. Destaca-se que, com a expansão dos destinatários do dever de diligência, a informação deve abranger igualmente os dados referentes aos outros interesses e valores que devem ser realizados e tutelados pela atividade empresarial.

³ Vale notar que os efeitos da adoção de programas de *compliance* são diversos a depender do ordenamento analisado. No caso brasileiro, tanto na seara anticorrupção quanto na seara antitruste, um bom programa de *compliance* jamais poderá afastar a responsabilidade da pessoa jurídica, podendo ser, na melhor das hipóteses, uma atenuante a ser considerada na dosimetria.

Conseqüentemente, o *compliance* reforça a dimensão organizacional do dever de diligência, a fim de que controladores e administradores estruturem a organização empresarial de forma compatível com as atividades da companhia e com o risco por ela assumido. Para isso, torna-se necessário criar adequados sistemas de vigilância, supervisão e investigação sobre as atividades da sociedade, de modo a assegurar o respeito às obrigações legais e possibilitar a intervenção adequada diante da identificação de problemas e ameaças. Não é sem razão que um aspecto fundamental dos programas de *compliance* é a necessidade de comprometimento da alta administração.

Logo, é inequívoco o potencial do *compliance* para ampliar o núcleo básico do dever de diligência, abrindo margem para que, ao lado do dever de agir bem informado, acrescente-se igualmente a importante obrigação de instituir e manter uma organização idônea para lidar com o risco assumido, inclusive no que diz respeito à prevenção de ilícitos.

Outra discussão cada vez mais importante diz respeito à vinculação da atividade dos gestores ao cumprimento de metas previamente estabelecidas, aspecto nem sempre associado ao dever de diligência, cuja visão mais tradicional tende a concebê-lo como obrigação de meio e jamais de fim⁴.

Daí o fato de a *business judgment rule* impedir, em princípio, o controle *ex post* do mérito da decisão empresarial, salvo diante de algumas hipóteses extremas - e mesmo assim controversas -, como as de decisões manifestamente ilegais, irracionais, desarrazoadas ou inaceitáveis.

Todavia, mais recentemente cresceu o interesse pela compreensão do dever de diligência como obrigação de fim, traduzida no cumprimento de metas ou resultados, o que foi destacado pela nova Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) no que diz respeito aos seus administradores. Com efeito, a lei determina, em seu artigo 23, que “É condição para investidura em cargo de diretoria da empresa pública e da sociedade de economia mista a assunção de compromisso com metas e resultados específicos a serem alcançados, que deverá

⁴ Segundo Bonelli (*Gli Amministratori di S.P.A.* Milano: Giuffrè, 2004, pp. 183-185), a atividade empresarial é de risco, motivo pelo qual o direito não impõe aos administradores a obrigação de gerir a sociedade sem cometer erros, até porque, se assim fosse, eles jamais tomariam decisões arriscadas. Logo, desde que tenha agido de forma diligente e buscando atender o interesse social, não há que se cogitar da responsabilidade do administrador pelo insucesso da sua decisão.

ser aprovado pelo Conselho de Administração, a quem incumbe fiscalizar seu cumprimento”.

É interessante notar que, nos termos do §2º do referido artigo, o Conselho de Administração responde, mesmo por omissão, por falhas na supervisão do atendimento de metas e resultados da execução do plano de negócios e estratégia de longo prazo.

Por mais que tais previsões sejam dirigidas apenas às estatais, é inequívoco que ampliam as reflexões em torno do núcleo básico do dever de diligência, suscitando questionamentos que podem ser igualmente aplicados às empresas privadas.

Logo, já se foi o tempo em que se podia afirmar, com segurança, que o núcleo básico do dever de diligência se restringia ao dever de agir bem informado. Na atualidade, além da dimensão informacional, as dimensões organizacional e de resultado começam a se colocar como importantes parâmetros para a construção do conteúdo mínimo do dever de diligência e, conseqüentemente, para a identificação das hipóteses de responsabilidade de controladores e administradores pelo seu descumprimento.

Publicado no Portal Jota, em 15 de Fevereiro de 2017.

Disponível em: <http://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-15022017>