

JOANA SIQUEIRA

LIMITES DA RESPONSABILIDADE PENAL
POR OMISSÃO IMPRÓPRIA
DE ACIONISTAS CONTROLADORES



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

NOTA PRÉVIA E AGRADECIMENTOS

Este trabalho representa fundamentalmente a dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em direito penal econômico pela FGV/SP. Contudo, a revisão do texto, especialmente em decorrência de importantíssimas provocações da banca examinadora, composta por Alaor Leite e Viviane Prado – cujas contribuições agradeço, desde já –, permitiu reflexão e o amadurecimento de algumas ideias centrais. Disso resultaram as modificações na versão originalmente defendida.

“Escrever é um ato solitário”, dizem. Eu discordo. Em todas as linhas deste trabalho há reflexos de tantos, que seria impossível afirmar que escrevemos sozinhos.

Agradeço a Nina, minha fiel escudeira nesta e em todas as outras jornadas, pela incansável compreensão.

A Pedro agradeço por percorrer, ao meu lado, o labirinto que é a vida, tanto mais neste caminho tortuoso que é um mestrado. Você me define ao mesmo tempo em que me expande.

Agradeço a Heloisa Estellita por inspirar. Pelo rigor técnico que impõe a si e a todos que com ela se propõem a aprender. A Raquel Scalcon e Adriano Teixeira por terem acendido importantes luzes na minha mente. Sorte dos que cruzam com eles no caminho acadêmico.

Agradeço ao grande amigo Amilcar Falcão pela confiança que depositou em mim e por me lançar, sempre e constantemente, a desafios profissionais.

A Caroline Braun e Maurício Zanoide, cujo primor e excelência no exercício da advocacia criminal me encantaram desde o primeiro momento. A Maís Moreno e Floriano Azevedo Marques, pois a inteligência que possuem só não supera suas infinitas generosidades em compartilhar conhecimento.

Agradeço a Antenor Madruga, Ana Belotto, Claudia Chagas, Mariana Tumbiolo e Carlos Wehrs pelas doses diárias de conhecimento jurídico e de caráter. O convívio com vocês engrandece.

Aos meus pais e irmãos, por me aceitarem integralmente, sem ressalvas.

PREFÁCIO

Este livro, selecionado pela exigente curadoria da coleção Reflexões Jurídicas, é o primeiro exemplar do trabalho conjunto de professores, assistente e alunos do Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico e da Empresa da Escola de Direito de São Paulo da FGV a ser publicado pela prestigiosa Marcial Pons. Nele se vê, a olhos nus, os frutos que pode render para a dogmática penal brasileira a confluência entre uma pesquisadora talentosa e dona de uma robusta experiência profissional e um ambiente acadêmico estimulante, sério, consequente e dedicado.

O trabalho enfrenta o desafio de lidar com a responsabilidade por omissão em uma das estruturas societárias mais empregadas no Brasil por organizações empresariais de médio e grande porte com controle concentrado. Estruturas essas fenomenologicamente preferidas por empresas que associam, na sua gestão, controle familiar e (algum grau de) profissionalização. São estruturas complexas, que associam a forma das sociedades por ações com a concentração de controle nas mãos dos acionistas controladores, muitas vezes também constituídos na forma de sociedades anônimas. A complexidade tanto dessas estruturas como dos pressupostos da responsabilidade penal omissiva imprópria exigem daquele que se aventura a analisar a confluência entre esses fenômenos um conhecimento sólido e um manejo habilidoso tanto dos instrumentos penais como dos societários.

Nesse ambiente, só um olhar atento, paciente e minucioso pode ser capaz de identificar como essas estruturas de controle, que podem perpassar diversas sociedades empresárias, impactam na constituição de posições de garante, na delimitação dos âmbitos de vigilância e dos deveres de agir para evitar resultados típicos. A aventureira Joana Siqueira, como verão agora leitores e leitoras, cumpriu a missão com extrema maestria.

Joana ingressou no mestrado determinada a estudar a manifestação da responsabilidade omissiva em estruturas corporativas mais complexas. Isso certamente se deve à sua robusta experiência profissional na área, que a habilitou a nunca simplificar situações complexas e a ter a perseverança e, até mesmo, a paciência necessárias para explorar cada detalhe dessas estruturas que pudesse oferecer desafios ou particularidades para os contornos da responsabilidade por omissão. Assim determinada, não era incomum vê-la lendo a literatura indicada nos intervalos das aulas, os livros todos marcados, quase surrados de tantas idas e vindas por suas páginas; as marcas no mundo externo – como que uma “tipicidade objetiva” – dos pesquisadores altamente motivados e curiosos. Essas determinação e concentração não a privaram de ser aluna engajada nas disciplinas do curso, de participar dos momentos de descontração e até mesmo de encontrar ali, entre aulas, leituras e debates, lugar para o amor, que hoje se frutifica sorridente no Drão.

E para encerrar, uma confissão: nada realiza mais uma professora do que ter uma orientanda que aceita o desafio de continuar onde sua professora parou e o fazer com tanta dedicação, perspicácia, densidade e inteligência. A sensação é a de se realizar no outro, uma sensação de continuidade e, por isso, de profunda reverência e gratidão. Muito obrigada, Joana.

Itatiba, 22 de dezembro de 2021.

HELOISA ESTELLITA

SUMÁRIO

NOTA PRÉVIA E AGRADECIMENTOS	7
PREFÁCIO	11
INTRODUÇÃO	17
I. Premissas	17
II. Casos hipotéticos que conduzirão o trabalho	21
a. Hipótese 1.....	21
b. Hipótese 2.....	23
c. Hipótese 3.....	25
III. Estrutura do trabalho	27
1. AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E SEUS IMPACTOS NA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL	31
1.1. Estruturas societárias: a concentração de controle societário como uma realidade do Brasil	33
1.2. A administração da sociedade anônima.....	37
1.2.1. Companhias sob administração unitária.....	38
1.2.2. Companhias sob administração dual	39
1.2.3. Os reflexos dos poderes dos administradores sobre a configuração da posição de garantidor.....	41
1.3. Poderes e atribuições do acionista controlador	45

1.3.1. A maioria de votos nas reuniões assembleares..	47
1.3.2. Controle sobre a gestão da empresa	51
1.3.3. Síntese.....	58
1.4. Mecanismos de monitoramento do acionista controlador.....	59
1.5. Resultados parciais	62
2. UM PANORAMA DOS FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DO CRITÉRIO MATERIAL DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR DOS DIRIGENTES DE EMPRESAS: CONTROLE SOBRE A FONTE DE PERIGO “EMPRESA”	67
2.1. Objetivo do capítulo.....	67
2.2. Justificativa do marco teórico adotado.....	69
2.2.1. Insuficiência da teoria das fontes formais	69
2.2.2. Teorias que pressupõem a existência de um critério material de caráter penal para fundamentar a posição de garantidor	72
2.2.3. Razões para adoção do critério do controle sobre o fundamento do resultado	79
2.3. Compatibilidade com o artigo 13, §2º, do CPB...	79
2.4. A relação de controle ou domínio sob a perspectiva das estruturas empresariais.....	83
2.4.1. Empresa como fonte de perigo permitida.....	84
2.4.2. Poder diretivo sobre o subordinado.....	87
2.4.3. Ingerência	91
2.5. A posição de garantidor nas sociedades anônimas: diretores, membros do conselho de administração e acionistas.....	95
2.6. Deveres decorrentes da posição de garantidor em estruturas empresariais: o dever objetivo de cuidado e o dever de agir para impedir o resultado típico .	101

2.7. Síntese	104
3. VERIFICAÇÃO DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR DOS ACIONISTAS CONTROLADORES.....	109
3.1. Estrutura do capítulo	109
3.2. Preliminarmente: três problemas e suas respectivas soluções	111
3.3. Fundamento material da posição de garantidor dos acionistas controladores por controle sobre a fonte de perigo	114
3.3.1. Controle sobre a gestão da empresa: a materia- lização da interferência do acionista controlador em atos organizacionais.....	114
3.3.2. Necessidade de verificação fática da interferência sobre os administradores da companhia.....	120
3.3.3. Tomada de posição	124
3.4. Demais poderes do acionista controlador: relevan- tes instrumentos à efetivação da sua interferência na gestão da sociedade.....	126
3.4.1. Nomeação da maioria dos administradores.....	126
3.4.2. Maioria dos membros do conselho de adminis- tração (administração dual).....	126
3.4.3. Maioria dos diretores (administração unitária)	127
3.4.4. A destituição dos administradores nomeados e a preponderância sobre a assembleia	128
3.5. Resultados parciais	128
4. ÂMBITO DE VIGILÂNCIA, POSSIBILIDADE JURÍDICA E CAPACIDADE FÍSICO-REAL DE AGIR PARA EVITAR O RESULTADO	131
4.1. Delimitações	132
4.2. Premissas adotadas	133

4.2.1. Âmbito de vigilância: condutas ilícitas que en- sejam o dever de agir	133
4.2.2. Os sujeitos inseridos no âmbito de vigilância..	136
4.2.3. Possibilidade jurídica: o conteúdo concreto do dever de agir	136
4.3. Definição do âmbito de vigilância e do conteúdo concreto do dever de agir (possibilidade jurídica) do acionista controlador	141
4.3.1. Companhia sob administração dual	141
4.3.2. Companhia sob administração unitária	150
4.4. Controle societário por meio de pessoa jurídica: “sociedade controladora”	153
4.5. Controle societário por acordo de votos: bloco de controle	155
4.6. Resultados parciais	156
5. SOLUÇÃO DOS CASOS	161
5.1. Síntese da posição adotada	161
5.2. Esquema de verificação da posição de garantidor do acionista controlador	162
5.3. Proposta de solução dos casos	164
CONCLUSÃO	167
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	171

INTRODUÇÃO

I. Premissas

Este trabalho busca identificar em que medida seria possível atribuir responsabilidade penal aos acionistas controladores¹ de sociedades anônimas de capital fechado, que deixam de atuar para evitar a prática de crimes por membros (conselheiros, diretores e empregados) das empresas controladas². O trabalho situa-se na área de intersecção entre o direito penal e o societário, tratando de manifestação típica da acessoriedade penal³, na medida em que tão somente pela compreensão dos direitos e deveres de acionistas controladores frente às controladas é que se poderá, uma vez verificada a existência de uma posição de garante, estabelecer concretamente a conduta deles esperada.

Uma primeira advertência deve ser feita ao leitor: a discussão sobre as bases para fundamentar responsabilidade penal por omissão imprópria dos membros das empresas não está pacificada. Há os que refutam a existência de uma posição de garantidor, essencialmente fun-

1. Quando o termo “acionista controlador” for utilizado neste trabalho, será preciso considerar que o poder de controle é exercido em sua totalidade, de modo permanente e efetivo, nos termos do artigo 116, “a” e “b” da Lei das Sociedades Anônimas (LSA).

2. Utilizaremos as expressões “controlada direta” quando o acionista controlador, pessoal e diretamente, participar da assembleia de acionistas daquela companhia, e “controlada indireta” quando a participação na assembleia ocorrer por meio de representante, ou seja, quando o controle societário for detido por pessoa jurídica.

3. Sobre acessoriedade do direito penal, mais especificamente sua demonstração quanto às normas administrativas, cf. GRECO, 2006.

damentados nos princípios da autorresponsabilidade e da autonomia, que vedariam a responsabilização por fatos cometidos por terceiros plenamente responsáveis⁴, e há os que afirmam ser possível verificar tal posição, havendo, pelo menos, três grandes marcos teóricos: (i) poder diretivo sobre os empregadores; (ii) ingerência e (iii) controle sobre a fonte de perigo representada pela empresa⁵.

Se é objeto de polêmica a afirmação da existência da posição de garantidor dos integrantes das empresas, tampouco há calma quanto aos critérios para definição do âmbito de vigilância que lhes cabe ou mesmo sobre qual conduta lhes é exigida (conteúdo concreto do dever de agir).

Em que pese a falta de consenso doutrinário, parece-nos haver, ainda que intuitivamente, também discussões no âmbito judicial sobre a existência de deveres de vigilância (e, portanto, obrigação de agir diante do conhecimento da iminência da prática criminosa) entre membros de empresas⁶. Assim, nos autos do processo crime n. 5021365-32.2017.404/7000⁷, a denúncia descreve que o diretor presidente de empresa controladora⁸ de determinado grupo econômico “[...] era

4. Indicando alguns autores e respectivos fundamentos, cf. ROXIN, 2014.

5. Para um panorama sobre o estado atual da discussão, cf. ASSIS, 2017. Vale registro, não obstante, que a doutrina atualmente entende inexistir incompatibilidade entre tal princípio e a posição de garantidor dos membros de empresa a partir da fundamentação de um dever de vigilância pelo domínio ou do controle sobre o fundamento do resultado (fonte de perigo “empresa”). Cf. DEMETRIO CRESPO, 2009; ROBLES PLANAS, 2013.

6. Este trabalho não buscou realizar uma pesquisa aprofundada sobre o posicionamento adotado pelos tribunais brasileiros diante da matéria. O que se pode notar, por ora, é que inexistente jurisprudência a respeito do assunto. Especificamente com relação à posição de garantidor do acionista controlador, pesquisa no Superior Tribunal de Justiça com os termos “acionista” + “controlador” + “omissão”, “acionista” + “controlador” + “garantidor”//“garante” não retornou qualquer resultado pertinente ao objeto deste estudo.

7. Proc. n.º 5021365-32.2017.404/7000, 13ª Vara Federal de Curitiba, Justiça Federal do Paraná, movido pelo Ministério Público Federal.

8. Ao longo deste trabalho, veremos que nas hipóteses de controle societário realizado por meio de pessoas jurídicas (designaremos “controladora”, “sociedade controladora” ou “holding”) os poderes do acionista controlador (no caso, a pessoa jurídica) recairão sobre as pessoas naturais que representam seus interesses (seus diretores ou sujeitos com poderes outorgados). Portanto, a menção, a título exemplificativo, do caso objeto do processo criminal n.º 5021365-32.2017.404/7000 se dá exatamente em razão da

responsável por comandar, em última instância, [...] o oferecimento e promessa de vantagens indevidas aos agentes corrompidos”, sendo que o “[...] oferecimento e pagamento da propina decidida e determinada por [tal diretor presidente] eram realizados por intermédio dos executivos [integrantes das empresas controladas]”⁹.

Conquanto se trate de imputação de conduta comissiva, em sua defesa, tal diretor presidente – também acionista da empresa controladora e presidente do conselho de administração de algumas das empresas controladas – afirma que “*embora reconheça que possa ter havido omissão de sua parte*”, na medida em que tinha conhecimento sobre a prática criminosa por parte dos executivos das empresas controlada (não obstante declarar desconhecer detalhes sobre os ajustes), afirma que nenhum deles agiu por determinação sua, que todos tinham autonomia para o relacionamento com os agentes públicos em questão. Destaca ainda que “[...] *não tinha nenhum tipo de ingerência e nem mesmo sabia de detalhes dos negócios (lícitos e ilícitos) das empresas do GRUPO [X] com a [determinada empresa Estatal] que são objeto da denúncia. Os executivos dessas empresas tinham autonomia para resolver qualquer questão no âmbito de seus negócios*”¹⁰.

Nesse sentido, quando questionado a um dos executivos se “[...] *foi orientado ou buscou autorização junto [ao diretor presidente da holding] para oferecimento de qualquer um dos pagamentos de vantagens indevidas?*”¹¹, respondeu “[N]ão. *Eu tinha autonomia*”¹².

As imputações que recaem sobre tal diretor presidente da empresa controladora são por condutas comissivas – sem que tenha havido

imputação da prática delitiva incidir sobre o diretor presidente da *holding*. Recai, desta forma, sobre a pessoa natural que representa o acionista controlador.

9. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/denuncia-lula-sitio-de-atibaia/view>. Acesso em: 26 fev. 2021.

10. Cf. alegações finais. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2018/10/alegacoesfinais.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

11. Cf. alegações finais. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2018/10/alegacoesfinais.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

12. Cf. alegações finais. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2018/10/alegacoesfinais.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

menção à responsabilização do sujeito com base no artigo 13, §2º, do Código Penal brasileiro (CPB). Contudo, da narrativa apresentada, não nos parece ser possível extrair qual teria sido a conduta (comissiva) realizada. O que há, ao nosso ver, é a descrição de um conhecimento das práticas criminosas empreendidas pelos diretores das empresas controladas e um não agir de sua parte (seja para a evitação ou mesmo visando interromper a continuidade da prática delitiva).

Ora, o que descreve a denúncia é o que nos parece um caso típico de omissão. Sendo assim, por que o Ministério Público não lhe imputa esta modalidade de conduta? Por que a dificultosa empreitada de narrar conduta comissiva inexistente? Seria possível, ao menos em tese, apontar para os requisitos ensejadores da responsabilidade omissiva imprópria?

Pensamos haver uma nítida ausência de exploração do ferramental da omissão imprópria no âmbito da responsabilidade penal em estruturas empresariais, especialmente no que toca ao acionista controlador (no caso acima descrito, o diretor presidente da empresa controladora, tendo em vista se tratar de controle societário detido por pessoa jurídica, motivo pelo qual os poderes e obrigações relativos ao acionista controlador recaem sobre os representantes legais da pessoa jurídica). Esta exploração nos parece imprescindível, tendo em vista o aumento da sofisticação e complexidade das estruturas empresariais, assim como das próprias características e natureza dos crimes cometidos no âmbito empresarial. A compreensão do arcabouço relacionado à omissão imprópria pode ser apta a prevenir, nesse sentido, uma indesejável lacuna de punibilidade.

Nosso objetivo, contudo, não é o de rediscutir as propostas existentes para verificação de cada um dos pressupostos para atribuição da responsabilidade omissiva imprópria. Filiamo-nos a determinados critérios para buscar respostas aos questionamentos que elencamos, a saber: (i) critério do domínio ou controle sobre o fundamento do resultado acerca da omissão imprópria no âmbito empresarial *temperado* normativamente¹³, para verificar os pressupostos da posição de garante e sua viabilidade no caso dos acionistas controladores¹⁴; (ii)

13. A expressão é usada por Heloisa Estellita (2017b, p. 94).

14. Cf. Capítulo 2 infra.

no que concerne à fonte de perigo, adotaremos a posição de que a “empresa” representa fonte de perigo lícita, permitida, da qual podem advir lesões a bens jurídicos de terceiros¹⁵; e, em razão disso, de que (iii) a responsabilidade daqueles considerados garantidores somente abrange os delitos relacionados à empresa, devendo o delito ter íntima relação com as atividades desempenhadas pelo empregado¹⁶.

A pergunta de fundo e que permeará todo o trabalho é a seguinte: são os acionistas controladores de sociedades anônimas garantidores de vigilância relativamente aos atos praticados por administradores¹⁷ ou outros membros das empresas controladas?

II. Casos hipotéticos que conduzirão o trabalho

a. Hipótese 1

A sociedade anônima de capital fechado “ *Holding-A* ” possui como acionista controlador a pessoa natural “ *AC* ”, que sobre tal empresa exerce controle totalitário¹⁸. A “ *Holding-A* ” tem por objeto a exploração de minério e a comercialização de produtos correlatos. “ *AC* ” não ocupa qualquer cargo diretivo ou na administração da empresa “ *Holding-A* ”, cuja administração é exercida exclusivamente por sua diretoria (administração unitária). Na qualidade de controlador único, “ *AC* ” elegeram todos os membros da diretoria da “ *Holding-A* ”. “ *AC* ” frequenta diariamente a empresa, possuindo uma sala para si e e-mail corporativo. Participa ativamente das decisões relacionadas à administração da sociedade, orientando seus diretores sobre os rumos das atividades sociais, sendo comumente consultado previamente à assinatura de contratos tidos como relevantes, dentre outras atividades. O setor de integridade da “ *Holding-A* ” está diretamente vinculado a “ *AC* ”, sendo completamente independente da diretoria.

15. Cf. Capítulo 2 *infra*.

16. Cf. Capítulo 3 *infra*.

17. Sempre que o termo “administrador” ou “administradores” for utilizado neste trabalho estaremos nos referindo aos membros do conselho de administração e aos diretores da empresa, indistintamente, em conjunto ou isoladamente, conforme o caso.

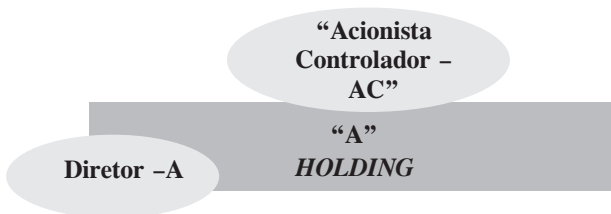
18. Entende-se por controle totalitário a “[...] concentração de quase a totalidade das ações com direito de voto na propriedade de uma única pessoa” (COELHO, 2012, p. 278).

Após resultado de investigação interna conduzida pela área de integridade, “AC” toma conhecimento¹⁹ de que certo diretor da “*Holdings-A*”, designado “*Diretor-A*”, por decisão própria, participou de diversas reuniões com concorrentes nas quais fixou, junto com tais concorrentes, os preços a serem praticados na comercialização de alguns produtos da “*Holdings-A*”.

Conforme apurado pelo setor de integridade, além dos ajustes pretéritos, o “*Diretor-A*” estava na iminência de participar de nova reunião com concorrentes nos próximos dias, cujo objeto, ao que identificou o relatório de integridade, seria novo ajuste de preços, conduta definida como crime pelo artigo 4º, II, “a”, da Lei 8.137/1990²⁰.

O organograma abaixo ajuda a compreender a situação descrita na Hipótese 1:

Figura 1 – Esquema de Sociedade Anônima sob administração unitária



Fonte: *Elaboração própria.*

19. Entendemos que o dever de agir inerente à posição de garantidor decorre do conhecimento sobre todas as elementares do tipo objetivo e não apenas da colocação em perigo do bem jurídico (situação típica). Sobre os problemas atinentes ao tipo subjetivo, cf. ESTELLITA, 2017b, p. 285-291.

20. O artigo 13, §2º do Código Penal dispõe que será responsabilizado criminalmente aquele que devia e podia agir para evitar o resultado. Em razão de constar do tipo penal menção expressa a resultado, existem discussões sobre se apenas os crimes que exigem resultado naturalístico admitiriam a modalidade omissiva imprópria. Parece-nos, no entanto, que diante do avanço da dogmática para entender o tipo “como descritor de condutas perigosas para o bem jurídico”, o conceito de resultado engloba tanto a lesão como o perigo. Assim, nos crimes de resultado se exige o resultado naturalístico propriamente dito e, nos crimes de perigo abstrato, a colocação em risco do bem jurídico. Portanto, parece-nos defensável e aqui adotaremos o entendimento de que o termo resultado se refere ao “acontecimento típico” – ou seja, à ofensa (perigo ou lesão) ao bem jurídico, de modo que os crimes de mera atividade também podem ser cometidos por omissão imprópria. No mesmo sentido, entre outros, cf. ESTELLITA, 2017b, p. 239 et seq.

Dessa situação extraem-se as perguntas centrais ao trabalho: (i.) teria “AC” dever de agir ao tomar conhecimento da iminência da prática criminosa pelo “*Diretor-A*”? Em caso positivo, qual a seria a conduta legalmente exigida de “AC”? (ii.) E se o autor das tratativas ilícitas for empregado²¹ (sem cargo diretivo) da empresa “*Holdings-A*”, haveria dever de agir?

b. Hipótese 2

Imaginemos agora que, anos depois da situação descrita na Hipótese 1, a “*Holdings-A*” tenha passado por reestruturação societária no intuito de viabilizar adequadamente a sucessão de “AC”. Como parte da reestruturação, “AC” foi afastado do dia a dia das decisões da diretoria da empresa e a “*Holdings-A*” passou por reformulação de sua governança corporativa, sendo instituído conselho de administração.

“AC”, na qualidade de acionista controlador único, elegeu a totalidade dos membros do conselho de administração da empresa, cabendo aos conselheiros a nomeação dos diretores da empresa e a interface com o órgão propriamente gestor da companhia. Com tal reestruturação, o setor de integridade da empresa passou a responder ao conselho de administração.

“AC” continuou frequentando ocasionalmente a “*Holdings-A*”, manteve seu e-mail corporativo e sua sala, apesar de não mais comparecer à empresa diariamente.

Como parte da reestruturação sofrida pela “*Holdings-A*”, “AC” não mais orienta as decisões da diretoria, mas interfere nas decisões do conselho de administração sempre que a matéria sob deliberação impacte na estrutura organizacional/administrativa da empresa ou que represente a assunção de dívidas de grande porte, orientando os conselheiros por ele eleitos com relação a esses temas, além de outros que julgar pertinente. Assim, recebe previamente a pauta das reuniões do conselho de administração e avalia, caso a caso, a sua interferência.

21. A gestão empresarial, concernente à organização interna da companhia, contratação e demissão de empregados etc., é atribuição privativa da diretoria de cada empresa (artigos 138 e 139 da LSA). Assim, o acionista controlador não possui poderes para, diretamente, contratar ou demitir empregados das empresas controladas.

O conselho de administração da “ *Holding-A*” decide por maioria de votos e é formado por cinco membros, dentre eles o “ *Conselheiro-A*”, o “ *Conselheiro-B*” e o “ *Conselheiro-C*”, respectivamente filhos e genro de “ *AC*”. Os demais conselheiros não possuem qualquer relação de parentesco com “ *AC*”, tratando-se de profissionais de mercado. Como regra de governança, os “ *Conselheiro-A*”, “ *Conselheiro-B*” e o “ *Conselheiro-C*” devem reunir-se previamente às reuniões do conselho de administração para que definam seu voto conjunto, garantindo assim o atingimento do quórum de deliberação do conselho.

Certa ocasião, como de costume, “ *AC*” recebeu a pauta objeto da deliberação, verificando que seria votada, dentre outras matérias, a revisão do orçamento destinado à Diretoria de Segurança da “ *Holding-A*”. A Diretoria de Segurança é responsável por administrar a operação da única barragem de rejeitos minerais construída pela “ *Holding-A*”. Esta barragem está localizada próximo à comunidade ribeirinha e passa por revisões semestrais de segurança, realizada por perito externo contratado pela “ *Holding-A*”. Analisando a pauta, “ *AC*” entendeu não ser o caso de orientar os conselheiros quanto às matérias em deliberação, uma vez que, a princípio, não se referiam à estrutura organizacional da empresa ou à tomada de empréstimos e dívidas de modo geral.

Poucos dias antes da data estipulada para referida reunião extraordinária do conselho de administração da “ *Holding-A*”, “ *AC*” recebeu e-mail de destinatário não identificado. O e-mail continha relato no sentido de que a solicitação de aumento extraordinário pela Diretoria de Segurança estava fundamentada em parecer elaborado pelo perito externo contratado pela “ *Holding-A*”. O parecer, que seguia anexo ao e-mail recebido por “ *AC*”, registrava que, em razão de um imprevisto aumento pluviométrico na região, foi verificada a necessidade de realização de diversas obras de melhorias no sistema de disposição de rejeitos da barragem. Tais melhorias, conforme concluía o parecer, deveriam ser imediatamente realizadas, a fim de evitar o rompimento da barragem. O e-mail relatava ainda que, em reunião prévia, os “ *Conselheiro-A*”, “ *Conselheiro-B*” e o “ *Conselheiro-C*” haviam decidido vetar a solicitação de aumento orçamentário da Diretoria de Segurança da “ *Holding-A*”, pois a aprovação do orçamento extraordinário poderia “abrir um precedente”, fazendo com que

outras diretorias da empresa solicitassem novas revisões e aumentos orçamentários. Cópia da ata da reunião prévia, com a assinatura dos Conselheiros *A*, *B* e *C* estava também anexa ao e-mail.

Avaliando novamente a natureza da matéria posta em deliberação, “*AC*” decidiu que não era o caso de orientar os conselheiros quanto aos votos a serem proferidos na reunião do conselho de administração, entendendo que, por estar afastado do dia a dia da empresa e da interface com a diretoria, o conselho de administração teria mais condições de avaliar a pertinência do pedido de aumento orçamentário feito pela Diretoria de Segurança, não sendo caso de intervir.

Em razão dos votos do “*Conselheiro-A*”, “*Conselheiro-B*” e do “*Conselheiro-C*”, a deliberação do conselho de administração foi a de manter o orçamento previsto inicialmente para a Diretoria de Segurança, que, assim, não realizou as obras de melhoria recomendadas pelo perito. Trinta dias após a deliberação do conselho, a barragem da “*Holdings-A*” se rompeu, ocasionando a morte de 10 pessoas por asfixia e afogamento, em razão do escoamento de toneladas de rejeitos da barragem.

Considerando a situação acima: (i) é possível verificar, no que tange a “*AC*”, o atendimento dos pressupostos do tipo objetivo, especificamente posição de garantidor e omissão da conduta exigida, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo, nos termos do artigo 13, §2º, Código Penal Brasileiro, considerando a configuração típica de homicídio (artigo 121 do Código Penal Brasileiro)? Ou seja, “*AC*” deveria ter interferido nos votos dos membros do conselho de administração da empresa?

c. Hipótese 3

Suponhamos, por fim, que após grande desenvolvimento econômico-financeiro, a “*Holdings-A*”, controlada por “*AC*”, passou a ser uma sociedade controladora de inúmeras outras sociedades empresárias (todas subsidiárias integrais, direta ou indiretamente). A “*Holdings-A*”, sob administração dual, agora é empresa de investimento, não operacional e controla diversas empresas operacionais; estas, por sua vez, atuam em múltiplos segmentos para além da exploração do minério e produtos correlatos, com milhares de empregados. Cada uma

das empresas controladas pela “ *Holding-A*” possui administradores e setor de integridade próprios.

“*AC*”, na qualidade de acionista controlador único da “ *Holding-A*”, permanece responsável pela eleição dos membros do conselho de administração desta empresa, sendo que, atualmente, em razão do avançar da sua idade, intervém na atuação deste órgão em raras ocasiões, especificamente quando se delibera sobre a realização de investimentos em outras áreas de negócios ou desinvestimentos. Por força de sua atuação cada vez mais distanciada da administração da “ *Holding-A*”, “*AC*” frequenta a empresa ocasionalmente, em datas próximas às designadas para a reunião do conselho de administração e apenas quando está em pauta a deliberação sobre novos investimentos ou desinvestimentos. Nestas situações, orienta os conselheiros sobre os rumos decisórios deste assunto em específico. “*AC*” não mais interfere ou orienta quanto às matérias de cunho organizacional da “ *Holding-A*”, inclusive eleição da diretoria ou mesmo a respeito da assunção de obrigações pela “ *Holding-A*”. “*AC*” não intervém na atuação dos membros da diretoria da empresa. A interface com a diretoria da “ *Holding-A*” é feita pelo conselho de administração, responsável pela eleição dos diretores e fixação da atribuição destes, tudo conforme o estatuto social da “ *Holding-A*”.

Dentre as empresas controladas direta e exclusivamente pela “ *Holding-A*” está a sociedade anônima “ *Sociedade-B*”, subsidiária integral²² da “ *Holding-A*”, também de capital fechado, com administração própria. A “ *Sociedade-B*” atua no ramo da construção civil pesada, possuindo diversos contratos com o Poder Público.

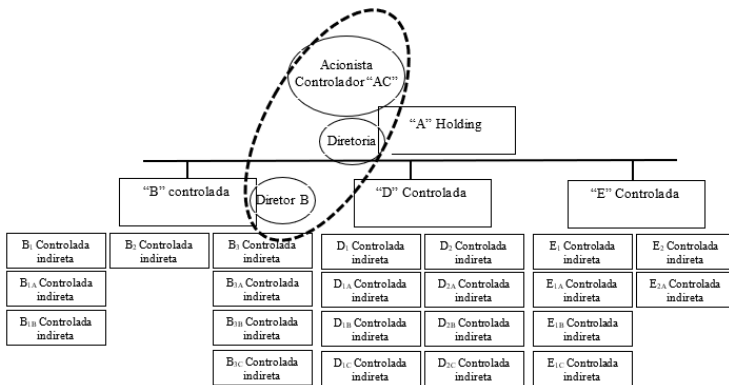
“*AC*” não ocupa qualquer cargo diretivo ou na administração da “ *Sociedade-B*”, tampouco participa das reuniões de sua assembleia de acionistas. “*AC*” não elegeu os membros da administração da “ *Sociedade-B*” e não orienta ou interfere nas decisões da administração da “ *Sociedade-B*”.

A “ *Sociedade-B*” é empresa sob administração unitária. A representação da “ *Holding-A*” perante a “ *Sociedade-B*” é feita exclusivamente por determinado diretor da “ *Holding-A*”.

22. Cf. artigos 251 e seguintes da LSA.

Em determinada ocasião, “AC” recebeu em sua residência carta escrita a punho, porém anônima, relatando que determinado diretor da “Sociedade-B”, o “Diretor-B”, ofereceu e pagou a funcionário público vantagem indevida para que a “Sociedade-B” fosse sagrada vencedora de determinada licitação (corrupção ativa, conforme artigo 333 do Código Penal Brasileiro). A carta continha, ainda, reportagem jornalística que comprovava ter sido a “Sociedade-B” a empresa vencedora do certame. Apesar do conteúdo da carta, “AC” entendeu que não era o caso de tomar qualquer medida, guardando-a na sua residência.

O organograma abaixo ajuda a ilustrar a Hipótese 3:



Fonte: *Elaboração própria.*

A partir da situação descrita, indaga-se: há responsabilidade penal de “AC” com relação à conduta do “Diretor-B”?

III. Estrutura do trabalho

Mais do que apenas responder “sim ou não” à pergunta quanto à ocupação de eventual posição de garantidor de vigilância pelo acionista controlador com relação a todas as situações acima descritas, nosso intento é delimitar a extensão da posição de garantidor derivada de um dever de vigilância sobre a fonte de perigo (a empresa) e determinar de forma concreta quais seriam as ações dele juridicamente esperadas.