

CAPÍTULO 5

A IDEIA DA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

A *business judgment rule* nada mais é do que uma regra de standard revisional, originária dos Tribunais norte-americanos para efeito de solucionar problemas jurídicos nos quais os sócios postulam a responsabilidade civil dos seus administradores por decisões negociais tomadas no ambiente de suas empresas. Com a aplicação dessa regra, busca-se estabelecer equilíbrio nas decisões tomadas no ambiente corporativo e a identificação de responsabilidade por ocasião da tomada de decisões, a fim de proteger o administrador de boa fé a se resguardar de eventual prejuízo causado por conta de sua atuação ou de responsabilizá-lo no caso de verificação da intenção de lesar a empresa. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) já há alguns anos, vem reconhecendo e aplicando a *business judgment rule* com previsão no art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas, compreendendo-a como uma regra que protege os administradores no exercício de sua função à medida que observa os deveres fiduciários a que estão submetidas, em especial o dever de diligência.

No direito brasileiro, um conceito muito semelhante à *business judgment rule* foi incorporado pela legislação aplicável às sociedades anônimas, Lei 6.404/1976, que em seu artigo 159, § 6º, determina que: “Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. § 6º - O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

De acordo com o texto legal, existe uma preocupação do legislador em amparar o administrador que de boa fé pratica ato que eventualmente possa causar prejuízo à empresa e aos seus acionistas.

Transportando a mesma linha de raciocínio para a questão abordada neste trabalho relativa às ações neutras, eventual responsabilidade penal de alguém que atuando de forma neutra, chegue a cometer algum ilícito penal, verificando-se a boa fé dessa pessoa, no evento, seria o caso de isentá-la de responsabilidade penal.

Para Ivó Coca Vila, relativamente ao tema da *business judgment rule*, de acordo com a legislação da Espanha, em que pese o fato de que a Lei de Sociedade de Capitais (LSC) diversifica o regime de responsabilidade do administrador societário, tratando de forma mais severa a infração do dever de lealdade (art. 227, LSC) que a do dever de diligência (art. 225, LSC), ambas as infrações administrativas são passíveis de integrar por igual o tipo penal de administração desleal do art. 252, do Código Penal espanhol. A questão é a de se saber de que maneira a regulação mercantil dos deveres fiduciários do administrador e, em especial a regra de proteção de discricionariedade empresarial do artigo 226, da *Business Judgment Rule* (LSC), deveria condicionar os espaços de risco permitido ante a adoção de negócios de risco suscetíveis de serem enquadrados no tipo penal do artigo 252, do Código Penal espanhol, que cuida do crime de administração desleal. Os negócios de risco, de maneira geral, impulsionam o capitalismo, nas palavras de Ivó Coca. Não apenas seria injusto proibi-los, como contraproducente não incentivá-lo. Não foi por outro motivo que o legislador espanhol incorporou no artigo 226, da LSC, uma regra de proteção de discricionariedade empresarial (*business judgment rule*). Em face de decisões de natureza estratégica do administrador societário que atua de boa fé, que não tenha interesse pessoal no assunto e tenha atuado de forma adequada, observando os protocolos procedimentais de natureza empresarial, a diligência do administrador societário se presume. O novo tipo penal do art. 252, do Código Penal (CP) espanhol pune a conduta do gestor de patrimônio alheio que infringe suas faculdades de administração de maneira dolosa, excedendo-se, em seu exercício, em prejuízo do patrimônio administrado. Nas palavras de Ivó Coca Vila, sobre o tema *La business judgment rule*:

El art. 252, CP sanciona con las penas previstas para el delito de estafa a aquellos sujetos que “teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera causen un perjuicio al patrimonio administrado.”⁵⁸

58 COCA VILA, I. La business judgment rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Belo Horizonte, nº 4, p. 83-116, nov. 2019.