

BUSINESS JUDGMENT RULE: NOVA ÓTICA DE RESPONSABILIDADE

Nicolas Dourado Galves ALVES¹

RESUMO: o presente trabalho visa estudar as origens e influências do instituto da “Business Judgment Rule”, originária do sistema americano, no ordenamento jurídico brasileiro; explorando, para tal, a lei de sociedades anônimas e a análise de um caso fictício baseado no caso das lojas Arapuã.

Palavras-chave: Business Judgment Rule. Responsabilidade dos administradores. Sociedades anônimas. Novos contornos para a lei comercial.

1 INTRODUÇÃO

Tão antigo quanto o Direito Comercial (quando não mais) é a discussão acerca da responsabilidade; ou seja, a eterna pergunta: quem vai arcar com os prejuízos?

Segundo Sun Tzu, em seu notório livro “A Arte da Guerra”, quando a responsabilidade não é do comandante, ela é, inquestionavelmente, dos oficiais. Traduzindo a hierarquia militar para os níveis de uma sociedade (que também possui uma hierarquia em seu regimento), os comandantes seriam os acionistas que, por sua vez, coordenam o trabalho dos administradores (oficiais).

É claro que o sistema contemporâneo não admite mais a adoção dessa filosofia. Surge, pois, uma série de outras codificações na tentativa de amenizar as tensões que ora afligem as relações empresariais.

Nesse sentido surgem as “regras de julgamento dos negócios” (tradução literal de “Business Judgment Rule”). Criada no ordenamento jurídico norte

¹Discente do 4º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. nicolasdourado10@gmail.com.br

americano, sua primeira aplicação se deu na Corte Federal, no caso *Otis & Co. vs. Pennsylvania R. Co.*, em 1945.

2 O QUE É A “BUSINESS JUDGMENT RULE”

Diz a “Business Judgment Rule” que se um administrador (conselheiro-administrador ou diretor) agiu de boa-fé e cumpriu suas atribuições, não pode ser ele responsabilizado por negligência perante os sócios acionistas.

Desde já é possível afirmar, é um dever mais subjetivo que objetivo, visto que se funda no princípio da boa-fé. Como diria a expressão jurídica: “má-fé se prova, boa-fé se presume”.

Mas, o que é agir de boa-fé? Quais são suas atribuições? E o que seria exatamente negligência?

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a boa fé aqui observada é a objetiva; ou seja, segue aquilo que a malha social dita como correto.

Para melhor elucidar a questão, suponha a seguinte situação hipotética:

O grupo de empresas “Muiraquitã” possui sociedades de diferentes tipos e ramos, sendo a principal a “Muiraquitã S.A.”, varejista no setor de alimentos, e a mais recente a “Constroyer Ltda.”, construtora. Temendo que a “Constroyer Ltda.” não consiga cobrir os passivos adquiridos e que a crise internacional afete seus rendimentos, os diretores da “Muiraquitã S.A.” a transferiram uma série de recursos, sem qualquer garantia, e, como julgaram tratar-se do mesmo grupo, omitiram as movimentações no demonstrativo financeiro e tampouco convocaram uma reunião, obrigatória, pelo estatuto, para toda transferência e valores.

3 SUA INFLUÊNCIA DENTRO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Não atoa utilizei uma sociedade anônima, visto que o instituto norte americano se manifesta no Direito brasileiro na lei 6.404/76, a lei de sociedades anônimas.

As sociedades anônimas (chamadas por Eros Grau de “sociedades de ações”) são entidades que manipulam, em sua maioria, grandes somas de capital e empreendimentos de elevados aportes (necessário é ressaltar que, apesar de possuir origem semelhante e ser por diversas vezes utilizadas pelo Estado, em nada se confunde com as sociedades de economia mista, muito embora a própria Lei de Sociedades Anônimas preveja a “desapropriação” do capital social pela União, como já ocorreu com o Hospital Cristo Redentor S.A. em 1975 pelo decreto n. 75.403/75, mas que depois reduziu para 51% sua participação). Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2011, p.81): “suas características fundamentais são a limitação da responsabilidade dos sócios e a negociabilidade da participação societária”, dando margem para uma atuação cada vez maior dos conselheiros.

3.1 interpretando a lei de sociedades anônimas:

Quando o legislador brasileiro tratou do assunto (boa-fé do administrador, aqui nomeado de “dever de diligência”), na lei 6.404/76 (lei de sociedades anônimas), definiu a “Business Judgment Rule” da seguinte forma: “Art. 153: O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

Vêm à mente o conhecido ditado popular: “faça pelos outros aquilo que quer que façam por você”. Para decifarmos esse vago instituto, devemos perscrutar o texto do citado artigo:

- a) “... **no exercício de suas funções**”: a principal tarefa de um administrador é gerenciar transações em nome da sociedade, objetivando concretizar tanto seus fins quanto sua função social (art. 5º, XXIII da CF). Resumindo, deve buscar os melhores terrenos de negociação (menor preço ao comprar e maior ao vender), equilibrando custo/benefício aos anseios sociais mínimos esperados pelo exercício da empresa.

- b) “... **cuidado**”: o cuidado é imprescindível em qualquer atividade humana; não só os administradores de sociedades empresariais, mas toda e qualquer pessoa deve estar atenta para as reações que determinada ação sua pode ocasionar bem como a amplitude dos meios afetados direta e indiretamente. Para tanto, deve o profissional manter-se vigilante e atualizado (informado e qualificado desde a posse do cargo até o término deste), sabendo quando e como deve intervir.

A falta de informação foi o fator decisivo que levou a Corte de Delaware, no caso “Smith v. Van Gorkom”, por três votos contra dois, julgar precedente a responsabilização dos administradores.

Assim, o administrador deve, para Nelson Eizirik (2011) apud Pedro Henrique C. Brigagão (2014, p.4), “ter ou adquirir os conhecimentos mínimos sobre as atividades da companhia e a competência necessária ao desempenho de suas funções”.

- c) “... **diligência**”: sem dúvidas, esse é o núcleo do artigo. A diligência é corolário dos deveres implícitos definidos no diploma legal que um administrador deve cumprir.

Bastante genérico, a “duty of care” pode ser corretamente definida como um dever de lealdade (duty of loyalty), onde a fidelidade se revela na renúncia de interesses pessoais, a personalidade do administrador é dividida em duas, impedindo que experiências da vida particular exerçam qualquer influência nas decisões ou transações efetuadas que levam o nome da sociedade.

- d) “... **homem ativo e probo**”: eis um elemento alvo de grandes críticas; como é sabido, o Direito pátrio deriva, em sua essência, do Direito romano-germânico, e uma grande característica sua, em especial o romano, é a importância da figura personalíssima (trazendo heranças boas, como os direitos naturais evidenciados na obra de Sófocles; e, pelos parâmetros dos direito de terceira ordem, ruins, como a responsabilidade pessoal do devedor de pensão alimentícia).

Aqui o legislador mostra uma pré definição daquele que seria o bom homem de negócios, encarnado na figura do *bonus pater familias*.

Apesar dos vários pontos que denunciam contra a atualidade da redação, vale lembrar que, na época de sua elaboração, quem seduzisse moça honesta com fim de obter conjunção carnal era punido criminalmente, ou seja, a noção conservadora vitoriana, herança de uma colonização religiosa e de quase sete décadas de um império tolerante, ainda estava bem viva nesse momento social em específico.

4 APLICAÇÃO NO CASO PRÁTICO E A BAIXA AMPLITUDE DO TERMO ADOTADO

Compreendidas suas características, fica evidente que os diretores do exemplo não poderiam ser agraciados pela “Business Judgment Rule”, já que não

agiram com o cuidado e diligência necessários e, principalmente, não conduziram os negócios como se deles fossem, sendo muito mais provável voltarem somente as dívidas, uma vez que a “Muiraquitã S.A.” responde subsidiariamente; assim sendo, deverá ser responsabilizado vis-à-vis pelos sócios que se sentiram de alguma forma lesados com tal comportamento. Há uma pequena chance, todavia, dos conselheiros-administradores não se responsabilizarem, visto que, dentro do escalão hierárquico, são subordinados ao diretor; a discussão gira em torno da vigilância. Há quem defenda existir dois tipos de vigilância, uma geral (mais vaga, possuída pelos conselheiros, que cumprem ordens diversas sem saber do conjunto de suas ações) e outra específica (dos diretores, que, por emanarem as ordens de execução e não executá-las diretamente, devem possuir uma atenção maior ao prever e coordenar os rumos de suas escolhas).

O serviço de um administrador é mais ativo que passivo; o que justifica a gravidade que uma negligência (“gross negligence”) pode trazer. Negligência aqui pode assumir o sentido de imperícia, visto que seria um despreparo de alguém que foi treinado para isso (mesmo que a lei 6.404/76 não tenha mencionado em momento algum a exigência de um nível de estudo específico, coisa que também é criticada).

O então diretor da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) Pedro Oliva Marcilio de Sousa, ao tratar do assunto (em seu voto como relator do Caso Cataguazes, que abriu os precedentes dessa expressão), chamou-a de “regra da decisão negocial”; tal nomenclatura é deveras apropriada, pois é no fechamento do acordo que se verifica a qualidade e a compreensão dos conhecimentos adquiridos, é o último momento para ser usada sem trazer algum risco à sociedade. Apesar de muito pertinente, acho que um nome ainda melhor seria “regra da decisão transacional”, já que o vocábulo “negócio” sugere a participação de entes opostos, enquanto que a regra continua plausível para entes análogos.

5 CONCLUSÃO

Portanto, o “Business Judgment Rule” é um “tira teima”, um instrumento que afere o grau de culpa daquele que administra, daí seu grau de imprecisão (fulcro, quiçá, do sistema da *common law*, adotado pelos Estados Unidos). É uma regra que combate a má-fé; entretanto, a má-fé se presume, quando não se satisfaz, pela omissão, por uma obrigação que poderia e deveria ser observada, ao momento da decisão, e não foi; obrigação esta definida legalmente ou claramente estatuída.

“Dormientibus non succurrit jus”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Pedro%20Henrique%20Castello%20Brigag%C3%A3o.pdf, acesso em 29 08 2014

<http://www.webartigos.com/artigos/business-judgment-rule-como-parametro-nas-decisoes-dos-administradores/27208/>, acesso em 02 09 2014

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 28^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.