

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA II**

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

JOSIANE PETRY FARIA

FRANCIELE SILVA CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Franciele Silva Cardoso; Josiane Petry Faria; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-801-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA II

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro que reúne os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Criminologia II”, por ocasião da realização do XII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. O evento aconteceu entre os dias 12 e 14 de outubro de 2023 junto à Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, na capital argentina.

O Grupo de Trabalho acima referido, ocorrido em 13 de outubro, reuniu inúmeros pesquisadores de diferentes Estados brasileiros, consolidando o estabelecimento, no âmbito do Encontro Internacional do CONPEDI, de um lócus privilegiado de discussão dos mais variados temas abrangidos pelo Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Da análise dos textos apresentados, fica evidente o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra, como se evidencia da relação dos textos aqui reunidos:

1 PROTOCOLO NÃO SE CALE: A RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE DE ESTABELECIMENTO DE LAZER NOTURNO EM DECORRÊNCIA DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR: aborda a responsabilidade da pessoa jurídica segundo as perspectivas normativas da Espanha e do Brasil, e sua conexão à Teoria da Cegueira Deliberada. Analisa o caso do jogador Daniel Alves como paradigma de abordagem, discorrendo sobre a figura do garante, a responsabilização por crimes omissivos impróprios e o sistema de compliance como um instrumento de mitigação de riscos.

2 O DESAFIO DA SEGURANÇA HUMANA NO SÉCULO XXI: COMPREENDENDO E BUSCANDO NO CAMINHO DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E SUA TRANSNACIONALIDADE: o artigo analisa a eficácia do enfrentamento da violência e da criminalidade, causadas pelo crime organizado, com foco na promoção da segurança cidadã.

3 A RECONSTRUÇÃO DA CIDADANIA DO ENCARCERADO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: o texto aborda aspectos dos movimentos sociais com a finalidade de reconstrução da cidadania do encarcerado no sistema penitenciário brasileiro. Analisa os conceitos referentes à cidadania, bem como a relevância desse conceito na

ressocialização do preso e a crise do sistema prisional. Aborda, por fim, os movimentos sociais existentes e apresentadas as associações destinadas à melhoria das condições humanitárias aos presos.

4 A ESTIGMATIZAÇÃO DOS ANORMAIS E A LUTA ANTIMANICOMIAL NO BRASIL: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DO HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA/MG: a partir da análise do caso do Hospital de Colônia de Barbacena/MG, o artigo analisa os estigmatizados como “loucos ou anormais” que sofreram extremas violações de direitos humanos, sendo relegados à própria sorte em ambientes hostis e degradantes.

5 NOVOS MARCOS CRIMINOLÓGICOS E DE ORDEM PÚBLICA DESDE OS ATAQUES À (A)NORMALIDADE: FAKE NEWS E GUERRAS HÍBRIDAS: o texto tematiza a questão criminal no atual contexto de expansão das chamadas fake news, que tornam mais aguda a sensação de insegurança e descrédito nas instituições políticas e jurídicas tradicionais, impactando nas políticas de segurança pública no Estado Democrático de Direito.

6 ABANDONO FAMILIAR DAS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL: o artigo analisa o perfil da mulher em cárcere, as causas e consequências do abandono, bem como a violação dos direitos das presas, evidenciando a necessidade de políticas públicas a essa população que vive à margem da sociedade.

7 A (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS: o estudo analisa a possibilidade ou não da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais no contexto legal brasileiro. O texto explora como as empresas podem ser legalmente responsabilizadas por danos ambientais, além das abordagens teóricas subjacentes, investigando as teorias que fundamentam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, e analisando capacidades de ação, culpabilidade e consequências penais.

8 A INCIDÊNCIA DO BUSINESS JUDGEMENT RULE NO DIREITO BRASILEIRO: RISCO PERMITIDO NO CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA: o artigo aborda o elemento normativo da temeridade contida no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, ponderando-o através de uma análise comparada com o delito de infidelidade patrimonial ou administração desleal, existentes nos ordenamentos jurídicos da Alemanha e Espanha.

9 DA JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ AO DIREITO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE HERMENÊUTICA DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO NO

CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS: o artigo analisa aspectos hermenêuticos da aplicação do princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado no direito penal brasileiro, tendo como parâmetro as decisões do Supremo Tribunal Federal no RE 418.376-5 /MS e no HC 102087.

10 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: DO “PLEA BARGAINING” NORTE-AMERICANO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO: o artigo examina a crescente influência do "plea bargaining" dos Estados Unidos na formação da Justiça Penal Negociada no Brasil, particularmente com a introdução do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) através da Lei nº 13.964/2019.

11 A POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS E O SEU IMPACTO SOCIAL NO BRASIL: MARGINALIZAÇÃO, PUNIÇÃO E ENCARCERAMENTO EM MASSA: o texto empreende uma revisão bibliográfica, analisando os diversos efeitos causados pelas políticas de drogas proibicionistas no Brasil, apresentando como tais efeitos afetam uma parcela específica da população, excluindo e marginalizando essas pessoas, além de apresentar possíveis soluções e caminhos.

12 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E OS IMPACTOS NO ENCARCERAMENTO FEMININO BRASILEIRO: o artigo investiga os impactos da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF nº 347) no encarceramento feminino.

13 PRISÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: O EXTERMÍNIO DO JOVEM NEGRO NO BRASIL E SUA APARENTE CAUSA EXTRAPENAL: o estudo aborda a problemática do sistema prisional brasileiro, a seletividade do aprisionamento e os efeitos da pandemia de COVID-19 nos direitos fundamentais dentro das prisões.

14 CULTO À PENA: APROXIMAÇÕES ENTRE INSTINTO, FÉ E RAZÃO: o estudo empreende uma crítica interdisciplinar acerca do discurso legitimador da pena enquanto pretensão produto da razão. O trabalho busca articular as contribuições da teoria psicanalítica freudiana com as bases utilizadas na estruturação dogmática jurídico-penal, a fim de justificar a inflicção de dor.

15 O FENÔMENO DO CRIME ORGANIZADO: ESTUDO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL, COMANDO VERMELHO, FAMÍLIA MONSTRO, OKAIDA E FAMÍLIA DO NORTE – ORIGENS E CARACTERÍSTICAS COMUNS: o artigo aborda o fenômeno do crime organizado e das

facções criminosas no Brasil, com ênfase na investigação das eventuais semelhanças e características comuns entre as facções criminosas, especialmente no que tange ao seu local e forma de nascimento e eventuais motivações ou causas de sua fundação. O trabalho analisa as facções criminosas com maior capilarização no território nacional.

16 SOB O JUGO DAS FACÇÕES: OS TRIBUNAIS DO CRIME DAS ORGANIZAÇÕES: o estudo aborda o fenômeno do crime organizado e das facções criminosas no Brasil, com ênfase nos denominados "Tribunais do Crime", sistemas de justiça paralela operados pelas organizações criminosas.

17 O VAZAMENTO DE DADOS POR UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: A INSUFICIÊNCIA DE RESPOSTA JURISDICIONAL AOS CONFLITOS EMERGENTES DE UMA SOCIEDADE DE MASSA: o estudo analisa um caso de vazamento de dados ocorrido em uma instituição financeira e a resposta do Poder Judiciário, colocando em relevo o desafio da proteção de dados diante dos fluxos informacionais. Discute a vulnerabilidade dos dados pessoais diante de novas e sofisticadas formas de tratamento, o que aponta para a necessidade de tutela diferenciada.

18 A INSERÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO BRASILEIRO PARA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE EM REDE: o texto analisa experiências na inserção de políticas públicas no Estado Brasileiro para garantia de direitos fundamentais no âmbito da sociedade em rede, identificando exemplos da Europa e América Latina, especificamente em relação a inclusão digital e proteção de dados, problematizando o acesso à informação, promoção da transparência e efetividade de direitos fundamentais a partir do uso das tecnologias de informação e comunicação pelo Estado através de políticas públicas.

19 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NAS AÇÕES PENAS PÚBLICAS COMO ACORDO COLETIVO: o artigo aborda o acordo de não persecução penal nas ações penais públicas como acordo coletivo. Empreende análise conceitual referente à não persecução penal e sua aplicabilidade, avaliando como o Direito Penal acaba por tutelar direitos difusos e como tais acordos refletem não somente na vida do acusado, mas na sociedade como um todo.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura!

É o que desejam os(as) organizadores(as).

Buenos Aires, primavera de 2023.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Josiane Petry Faria - Universidade de Passo Fundo

Franciele Silva Cardoso - Universidade Federal de Goiás

**A INCIDÊNCIA DO BUSINESS JUDGEMENT RULE NO DIREITO BRASILEIRO:
RISCO PERMITIDO NO CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA**

**THE INCIDENCE OF THE BUSINESS JUDGMENT RULE IN BRAZILIAN LAW:
RISK ALLOWED IN THE CRIME OF RECKLESS MANAGEMENT**

**Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Bruno Pinto e Silva**

Resumo

Este artigo tem a finalidade precípua de abordar o elemento normativo da temeridade contida no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, vindo a ponderá-lo através de uma análise comparada com o delito de infidelidade patrimonial ou administração desleal, existentes nos ordenamentos jurídicos da Alemanha e Espanha. O delito estrangeiro em questão é classificado como a principal infração penal do Direito Penal Econômico e possui elementos do tipo objetivo similares à infração penal pátria. Além disso, diante do fato do delito brasileiro ser jungido, por força expressa de lei, à condução de instituição financeira, mister se faz confrontar o nível de discricionariedade que o agente financeiro possui na administração dos investimentos alheios com os requisitos de observância obrigatória – tanto interno quanto externo – para a consideração de uma gestão diligente e regular. Para tanto, utilizaremos da ferramenta do Business Judgment Rule, figura amplamente utilizada como instrumento de aferição de responsabilidade empresarial-cível-administrativa daquele que tomou uma decisão em favor da entidade, porém acabou gerando lesões aos seus interesses.

Palavras-chave: Direito penal econômico, Gestão temerária, Dever de diligência, Administração desleal, Infidelidade patrimonial

Abstract/Resumen/Résumé

This article's main purpose is to address the normative element of recklessness contained in Article 4, sole paragraph, of Law 7,492/86, analyzing it through a comparative analysis with the offense of patrimonial infidelity or mismanagement existing in the legal systems of Germany and Spain. The foreign offense in question is classified as the primary criminal offense in Economic Criminal Law and has objective elements similar to the domestic criminal offense. Furthermore, considering that the Brazilian offense is explicitly linked to the management of financial institutions by law, it is essential to compare the level of discretion that the financial agent has in managing other people's investments with the mandatory internal and external observance requirements for the consideration of diligent and regular management. To do so, we will use the Business Judgment Rule, a widely used tool for assessing the civil-administrative liability of those who made a decision in favor of the entity but ended up causing harm to its interests.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic criminal law, Reckless management, Duty of diligence, Mismanagement, Patrimonial infidelity

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como eixo temático a utilização da denominada Business Judgment Rule (BJL) na seara do Direito Penal, notadamente na análise do risco permitido – elemento integrante do juízo normativo da imputação objetiva – no delito de gestão temerária de instituição financeira, prevista no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

Assim, o trabalho tem por hipótese, a partir das experiências normativas vivenciadas na Espanha e na Alemanha, verificar a compatibilidade dos postulados da Business Judgement Rule na análise do risco permitido na gestão de instituições financeiras.

O método empregado mescla uma análise hipotético-dedutiva sobre o instituto, como ele é utilizado no Direito, juntamente com uma avaliação comparativa entre ordenamentos jurídicos e tipos penais correlatos, com o escopo de identificar semelhanças, distinções e padrões normativos que permitam compreender as implicações na imputação do tipo objetivo a gestores de instituições financeiras.

Para tanto, será feito breve introito sobre as origens e as aplicações já reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, traça-se um paralelo entre a gestão temerária e os tipos objetivos da Administração Desleal ou Infidelidade Patrimonial, previstos na legislação penal da Espanha e Alemanha, para situarmos as similitudes (parciais) de nossa legislação ao mais importante delito da atualidade.

Em seguida, teceremos considerações sobre a imputação objetiva e, em especial, sobre o risco permitido, visando explicitar as balizas sobre tal juízo normativo de imputação de resultados contrários às determinações jurídico-penais.

Ao fim, adentraremos aos contornos da BJR como parâmetro de indelével importância para aferição da legitimidade das decisões empresariais contidas em operações financeiras de risco que produzam ou não o conteúdo da proibição contida no delito de gestão fraudulenta. Isto é, utilizando da aludida teoria, valoraremos se e em qual medida é possível cogitar sobre a ocorrência de violação de deveres externos e internos por parte do gestor de instituição financeira. Nessa senda, intentaremos oferecer uma exegese consentânea sobre a temeridade existente como elemento normativo do tipo objetivo previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.942/86.

Com isso, pretendemos dar contornos mais consentâneos ao dispositivo penal em questão, que desde sua origem, recebe duras críticas ao ponto de sustentarem uma permanente posição doutrinária sobre sua inconstitucionalidade, em decorrência da violação do elemento *lex certa*, integrante do Princípio da Legalidade.

1. A BUSINESS JUDGMENT RULE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Business Judgment Rule (BJL) possui vigoroso histórico que data o início do século XIX¹, servindo de importante marco referencial para aferição da responsabilidade² civil-administrativa dos controladores, administradores e demais agentes integrantes das cadeias de comando de determinada companhia que, no exercício de seus atos de gestão empresarial, acabam por gerar prejuízos à entidade.

Mariana Pargendler ensina que de acordo com um caso paradigmático julgado pela Suprema Corte do Estado Americano de Delaware (JAMES, 2014), a responsabilidade dos administradores de uma companhia depende da demonstração de violação de deveres de lealdade e diligência. Com efeito, se as decisões empresariais são tomadas em favor do melhor interesse da entidade empresarial, bem como decorrem de um processo de decisão informada e realizadas levando-se em consideração a boa-fé, não há como sustentar a responsabilização pessoal de tais tomadores de decisão (PARGENDLER, 2015, p. 6).

Conforme ensinamentos de REDECKER e SARTURI (2021, p. 3), após a Segunda Guerra Mundial, associações sem fins lucrativos dos Estados Unidos da América, formadas, prioritariamente, por operadores do Direito, fomentam a padronização ou melhoramento das leis comerciais/empresariais dos Estados-membros, a fim de dar segurança jurídica e atrair investimentos com a implantação de companhias.

¹ *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n.s.) 68 (1829), May 1829 · Louisiana Supreme Court, 8 Mart. (n.s.) 68. Disponível em: <https://cite.case.law/mart-ns/8/68/>. Acesso em: 20 de dez. 2022.

² No contexto do Direito Anglo-saxão, fala-se em *liability*, conceito que se diferencia da *responsability*, mas em português podem ser considerados como sinônimo do desígnio responsabilidade.

Dentre as diversas temáticas objeto de estudo, temos a abordagem da *business judgment rule*, notadamente, em decorrência da inserção da seção 8.30 no denominado *Model Business Corporation Act*, responsável por prever standards de conduta dos diretores³.

Nesta senda, a BJJ pode ser concebida como sendo uma barreira de proteção em favor dos administradores das companhias em decorrência da tomada de uma má decisão empresarial geradora de danos à entidade, mas que fora adotada objetivando seu melhor interesse (REDECKER; SARTURI, 2021, p. 14-15), isto é, trata-se de uma causa de exclusão da responsabilidade (*liability*) do gestor (FRADA, 2007).

Esse filtro, para além de ser importante parâmetro de aferição de responsabilidade pós tomada de decisão empresarial, na seara do Direito Comercial, também pode ser utilizado em evitações de resultados que *ex ante* demonstrem o desvio aos parâmetros de boa-fé objetiva (REDECKER; SARTURI, 2021, p. 4), servindo, portanto, como ferramenta de tutela inibitória preventiva.

No Brasil, a figura do BJR, embora não possua uma regulamentação específica, pode ser obtida a partir da ideia da existência de cláusulas gerais, na linha do que sugerem ENGISCH (2001, p. 229) e TARTUCE (2019). Assim, há uma diretriz normativa prevista no art. 153 da Lei 6.404/76, a qual enuncia que “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”, vindo a ser correlacionada ao dever de diligência.

³ Section 8.30. GENERAL STANDARDS FOR DIRECTORS (a) A director shall discharge his duties as a director, including his duties as a member of a committee: (1) in good faith; (2) with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances; and (3) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation. In determining what the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation, a director may consider the interests of the corporation's employees, suppliers, creditors and customers, the economy of the state, the region and the nation, community and societal considerations, and the long-term and short-term interests of the corporation and its shareholders, including the possibility that these interests may be best served by the continued independence of the corporation. (b) In discharging his duties, a director who does not have knowledge that makes reliance unwarranted is entitled to rely on information, opinions, reports, or statements, including financial statements and other financial data, if prepared or presented by: (1) one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent with respect to the information, opinions, reports or statements presented; (2) legal counsel, public accountants, or other persons retained by the corporation, as to matters involving skills or expertise the director reasonably believes are matters (i) within the particular person's professional or expert competence or (ii) as to which the particular person merits confidence; or (3) a committee of the board of directors of which the director is not a member if the director reasonably believes the committee merits confidence. (c) A director is not liable for any action taken as a director, or any failure to take any action, if he performed the duties of his office in compliance with this section.

NEGRÃO (2017, p. 370-371), ao tratar do sobredito dever, enuncia que os administradores das companhias devem exercer suas atividades observando o mesmo padrão mínimo de cuidado dispensado ao mandato (art. 667, CC/02), vindo a invocar o dever geral de diligência plasmado no artigo 1.011, *caput*, do mesmo diploma legislativo citado.

Aprofundando as obrigações decorrentes do dever de diligência, CRUZ (2023, p. 513) preleciona que o administrador deve: 1º - se qualificar para o exercício da função; 2º - manter-se informado; 3º - investigar; 4º - vigiar; 5º - administrar bem. Os elementos aludidos acima revolvem as premissas da teoria da agência e desnudam os custos negociais derivados da relação agente-principal (JANSEN, MECKLING, 1976, p. 305-360).

O âmbito de aplicação de tais deveres, em nosso sistema jurídico, não se restringe a solucionar litígios na área cível/comercial, avançando também para o Direito Administrativo Sancionador, em especial, nas apurações exercidas no controle externo do Tribunal de Contas, bem como nas investigações administrativas comandadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁴, responsável por exercer a regulação de parcela do setor econômico e apurar responsabilidade dos agentes econômicos que olvidam seguir as regulamentações gerais, com consequente causação de prejuízo e risco aos credores, concorrentes e demais interessados⁵.

Em ilustração, cabe-nos rememorar o paradigmático caso enfrentado pela Corte de Contas da União em que uma das partes ventilou à argumentação da BJR para tentar afastar a responsabilidade do administrador pela aquisição da refinaria de Pasadena (Pasadena Refining System Incorporated – doravante PRSI) por parte da Petrobrás S.A., no bojo do TC 005.406/2013-7⁶.

⁴ Em especial, a partir do artigo 5º da Lei 6.385/76.

⁵ Os processos de apuração de responsabilidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador da CVM são regidos pela Instrução Normativa nº 607/2019. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/600/Inst607.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.

⁶ Parecer firmado por André Saddy. Disponível em: https://www.estadao.com.br/blogs/blog/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/3_OUT2-parecer-cervero-pasadena.pdf. Acesso em: 12 abr. 2023. Em sentido similar: Processo TCU n. 026.363/2015-1, Acórdão 3052/2016, Plenário, Data de Julgamento: 30/11/2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3052%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOI NT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 26 abr. 2023.

Para além dessas possibilidades já ventiladas, surge o questionamento se há um espaço para a incidência da BJR no âmbito do Direito Penal, como critério de aferição imputação do tipo objetivo pela prática de infrações no âmbito empresarial.

Em primeiro lugar, constatamos inexistir previsão legal expressa relativa à BJR na legislação penal, seja no tocante à punibilidade – causa de diminuição de pena ou como hipótese de crime privilegiado –, seja como elemento do injusto ou da culpabilidade.

Entretanto, analisamos utilizar tal parâmetro na seara do Direito Penal, notadamente, na análise de um tipo penal específico – o delito de gestão temerária, previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86. Tal construção doutrinada deriva-se do fato do Brasil ainda não possuir um tipo legal da Infidelidade Patrimonial ou Administração Desleal, tal como amplamente previsto nos ordenamentos jurídicos da Europa Continental – Espanha e Alemanha, por exemplo – *locus* onde já encontramos trabalhos específicos sobre o cotejo da BJR e Direito Penal (VILA, 2019, p. 83-119). No entanto, a similitude entre as figuras típicas permite fazer inferências no sentido de incidir a BJR no delito contra o Sistema Financeiro Nacional, como se verá.

2. O DELITO DE GESTÃO TEMERÁRIA E OS DELITOS DE INFIDELIDADE PATRIMONIAL E ADMINISTRAÇÃO DESLEAL

O cotejo entre o delito de gestão temerária e aqueles previstos na Espanha e na Alemanha demanda situar os contornos sobre a tipicidade dos delitos de Administração Desleal da Espanha e Infidelidade Patrimonial da Alemanha.

Exatamente realizando esse paralelo, GRANDIS (2018, p. 206-215), prevê similitudes interessantes entre as aludidas categorias normativas. Para tanto, prudente que iniciemos a abordagem tecendo as considerações iniciais relativas ao delito brasileiro e depois avançarmos na comparação.

Consoante descrito na ementa da Lei 7.492/86, serve a legislação para tratar de crimes contra o sistema financeiro nacional. O artigo 1º encarrega de conceituar o que é instituição financeira para fins penais, com importante novação legislativa decorrente do advento da Lei 14.478/2022, que elasteceu tal conceito – com a criação do parágrafo único em tal dispositivo –, vindo a equiparar à instituição financeiras outras entidades e

pessoas físicas que exercem atividades consagradas, bem como realizam a “gestão de recurso de terceiros”⁷, de maneira geral.

Interessante notar que exatamente esse ponto da inovação legal que justifica com maior intensidade vislumbrarmos um paralelo entre os delitos de Administração Desleal/Infidelidade Patrimonial e a Gestão Temerária, sobretudo por trazer para a seara penal pessoas naturais que exerçam atividades empresariais (ou não) de gerência/mandato de recursos alheios, mesmo que de maneira eventual⁸.

PRADO (2021, p. 144) enxerga que tal delito – junto da Gestão Fraudulenta – visa tutelar a higidez da gestão das atividades econômicas dessas instituições financeiras e, nesse diapasão, serve, de maneira reflexa, para resguardar o patrimônio dos investidores e da própria instituição financeira.

Mais especificamente, a gestão temerária é reconhecida, segundo BALTAZAR JUNIOR e GONÇALVES (2022), para as hipóteses de condução de negócios, por instituições financeiras e equiparadas, de maneira extremamente ousada ou impetuosa. Isso é, de acordo com SANCTIS (2003, p. 67), tal tipo objetivo será realizado nas hipóteses em que o agente com os devidos poderes de manejo da instituição financeira pratique ato de potencial risco à higidez econômica da entidade.

Em mesmo sentido, OLIVEIRA (1952, p. 154) quando comentava a Lei 1.521/51, revogada tacitamente e de forma parcial pela previsão do artigo 4º da Lei 7.492/86, sustentou que *gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscado com dinheiro alheio*”.

Coca Vila ao trabalhar a chamada *Administração Desleal “altruísta”*, comenta que a psicologia cognitiva aborda de maneira aprofundada os efeitos do excesso de otimismo (*overoptimism bias*) e de confiança (*overconfidence bias*) do gestor/administrador na condução societária dos negócios. Além disso, assinala que sob tal perspectiva, esses defeitos de representação resultam em uma relação dual entre a superlativação dos

⁷ Diante de tal previsão normativa, incidente o Princípio da Não Retroatividade da Lei Penal, consagrado no artigo 1º de nosso Código Penal.

⁸ Obviamente que tal elástico deverá ser interpretado, em especial, levando-se em consideração os fins da norma penal, sob pena de reconhecermos a infração penal em gestões comezinhas e sem relevância jurídico-penal.

conhecimentos empresariais do próprio tomador da decisão e a minimização dos riscos de fracasso, em decorrência de “uma ilusão de controle que determina uma incorreta valoração sistêmica dos riscos que rodeiam a tomada de decisões negociais” (VILA, 2019, p. 88-89).

Nessa toada, o delito em questão deve ser classificado quanto ao resultado como de mera conduta ou atividade (ROXIN, 1997, p. 328) e, conseqüentemente, pode ser vislumbrado como típico exemplo de delito de perigo concreto (SANTOS, 2014, p. 110). Não é qualquer temeridade na gestão da companhia que configurará o tipo penal analisado, sendo necessário realizar um escrutínio do mercado financeiro holisticamente para poderemos decidir se, de fato, a conduta do agente amolda-se à previsão normativa proibitiva em questão (COELHO, 2023).

Em outras palavras, o elemento normativo do tipo “temerária” só poderá ser compreendido também levando-se em consideração as regras internas da instituição financeira derivadas das práticas de conformidade, bem como as normas regulamentadoras dos setores bancário e afins (SOUZA, 2007, p. 141-142).

Quando traçamos o paralelo com o tipo penal da infidelidade patrimonial ou da administração desleal, rememoramos SCHÜNEMANN (2010), responsável por sustentar que tal figura delitiva deve ser considerada como sendo “o delito econômico por excelência de nosso tempo”, em que pese flertar com a inconstitucionalidade derivada de sua indeterminação (violando o postulado da legalidade na vertente de *lex certa*) e por abrir a possibilidade de reprovar meras imoralidades de gestão (SCHÜNEMANN, 2010).

A previsão alemã (§ 266 do StGB) abarca duas subcategorias: a administração infiel e a administração abusiva (PEREZ, 2016), derivadas de uma lesão dolosamente praticada por aquele que detinha um poder-dever de tutela de patrimônio alheio confiado.

TEIXEIRA e LEITE (2017, p. 23-24), ao sintetizarem o conteúdo do injusto em questão, assinalam que a relação de gestão envolvendo a infidelidade patrimonial engloba uma margem de discricionariedade por parte daquele que recebe o ônus de gerir o patrimônio alheio, de maneira a constituir uma fidejussão qualificada geradora de dever especial de evitar conscientemente decisões que possam lesionar tal patrimônio.

GRANDIS (2018, p. 142), por sua vez, coteja que somente os atos lesivos que ocorram no curso da gestão do patrimônio confiado, de maneira concreta, é que poderão receber reprovabilidade penal, pois trata-se de delito em razão da função de administrador.

Em interessante lição sobre a figura típica espanhola, que somente abrange a tipologia do abuso (art. 252 do CP espanhol), deixando de considerar, *ex lege*, a administração infiel, MARTÍN (2018, p. 250), ao contextualizar o âmbito de incumbência do administrador de sociedade empresária, enuncia que deve ele evitar danos à entidade e situações de conflito de interesse, além de aproveitar oportunidades negociais, pois, em verdade, na administração desleal ao contrário dos demais delitos contra o patrimônio, o potencial realizador da conduta proibida é um inimigo interno.

Com isso, necessário notar que o delito em questão perpassa pela tutela do bem jurídico patrimônio, todavia, tal conceito contempla diversas vertentes (NETTO, 2014, p. 47), passando a dialogar com o postulado do prejuízo do patrimônio alheio administrado. PASTOR MUÑOZ (2016, p. 5, 8-12) preleciona que a discussão envolve as concepções econômica e jurídica, bem como os conceitos pessoal e dinâmico de patrimônio, sintetizando que tais categorias derivam de uma decisão valorativa e não de uma realidade ontologicamente pré-definida. Em paralelo, tais elementos repercutem na abrangência de tal criminalização, pois somente abarcam condutas de gestão desleal mais graves, por força dos postulados da fragmentariedade, intervenção mínima e proporcionalidade (GONZÁLEZ CUSSAC, 2022).

Outros dois elementos do tipo objetivo que caminham juntos são a quebra do dever jurídico de administração leal por parte do especial obrigado, bem como o fato dessa obrigação decorrer da lei, encomendadas pela autoridade ou derivadas de um negócio jurídico. O primeiro contempla um notório exemplo de elemento especial de autor, o qual remete a discussão sobre os delitos de infração de dever (ROXIN, 2016, p. 343-385), enquanto o segundo restringe a fonte de tais deveres especiais, possibilitando que a configuração delitiva derive tanto de uma ação como uma omissão.

Através de tais apontamentos, identificamos nas tipologias estrangeiras caminhos para alcançar a verdadeira abrangência do delito brasileiro de gestão temerária, sobretudo diante de tantos elementos similares. São delitos dolosos que podem ser praticados por condutas omissivas e comissivas, por parte de especiais obrigados que devem zelar pelo patrimônio alheio confiado *ex lege*, por negócio jurídico ou por incumbência que tanto relativo ao patrimônio da instituição financeira ou genericamente considerado, devem receber tratamento condigno com a fidúcia especial depositada no gestor.

GRANDIS (2018, p. 208-213) observa que a doutrina brasileira em geral não considera que o delito de gestão temerária (junto da gestão fraudulenta) como sendo espécie de

delito de infração de dever ou especial como ele o faz. Além disso, conclui que o tipo penal brasileiro é mais específico que a administração desleal, já que jungido à gestão de instituição financeira e não patrimônio alheio em geral. Também constata que a gestão temerária não contempla realização através de fraude, em que pese perpassar pela administração “arriscada” ou “impetuosa” e, por isso, aproxima-se da discussão sobre configuração do delito da infidelidade patrimonial em gestão de negócios de risco ou especulativos, especificamente, dentro do tipo objetivo.

Nesta senda, exatamente objetivando delimitar quais atos de gestão de instituição financeira são condignos de receberem resposta penal é que podemos manejar a ferramenta da BJR e estreitar a aparente vagueza do elemento normativo “temerário” constante do parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/86, tendo em conta a necessidade de discutirmos o nível de risco permitido que o gestor está submetido quando da administração de negócios desta natureza.

3. BUSINESS JUDGMENT RULE, ESPAÇOS DE LIBERDADE DECORRENTES DO RISCO PERMITIDO E CORRETA APREENSÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO DA TEMERIDADE DA GESTÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Ao tratarmos dos espaços de conformação para o devido exercício da liberdade/gestão, devemos tomar por base os âmbitos de controle/regulação que as instituições financeiras estão submetidas. SILVA (2022, p. 9) enumera dois campos principais – externos e interno – é dizer, as normas oriundas do Sistema Financeiro Nacional e “políticas de investimentos” junto do “consentimento do dono do patrimônio”.

Sobre o primeiro vetor, estão congregadas normativas relativas ao risco de liquidez – ínsito ao sistema bancário –, bem como riscos de mercado, crédito-inadimplência, operacional, legal e sistêmico (SILVA, 2022, p. 42-43). Para todos eles, incidem regulação estatal, a fim de parametrizar um mínimo de previsibilidade as condutas desse mercado tão essencial para o desenvolvimento social. Em adição, tendo em vista que o Sistema Financeiro Nacional integra a cadeia global de transmissão de valores, inclusive há regulações internacionais ou multilaterais que incidem sobre esse setor da economia (SILVA, 2022, p. 44).

Para além dessa gama de limitações, servem as regulamentações internas, oriundas das próprias políticas de investimento e do consentimento do detentor do patrimônio, para obstar as práticas econômicas predatórias.

Em mesma direção, MARTÍN (2018, p. 279) ao tratar do âmbito de risco permitido ínsito à gestão de qualquer patrimônio alheio, divide suas preocupações em um duplo paradigma. Em primeiro plano, obtempera que devemos aferir qual nível de risco que o próprio detentor do patrimônio está disposto a se submeter. Para tanto, ao adentrar ao segundo plano de filtros, foca-se na regra de avaliação empresarial, a qual se consubstancia por analisar: a) se existiu conflito de interesses; b) se houve prestação de informação suficiente; c) se foram respeitados os protocolos internos.

Pois bem, exatamente sob esses elementos é possível tentar contextualizar a temeridade contida no delito plasmado no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/86. O adjetivo em questão se fará presente, portanto, quando o gestor da instituição financeira desrespeitar os limites internos e externos que conduzam aquela operação financeira holisticamente considerada (FELDENS, 2011).

Nesse diapasão, se faz necessário tratar da imputação objetiva sob a ótica do risco permitido. Contextualizando historicamente a temática, CONTRERAS (2002, p. 569) preleciona que a discussão do risco permitido e a adequação social surge na temática do delito imprudente, servindo para reduzir o conteúdo da proibição que, aos olhos de um juízo puramente causal, preencheria o tipo penal. Através de tais elementos adicionamos mais esse filtro normativo para limitar o juízo de reprovabilidade de condutas aceitas socialmente.

Em um segundo momento do debate doutrinária, o autor expõe que a adequação social serviu para eliminar a tipicidade, enquanto o risco permitido atuaria como causa de justificação. Porém, com o avançar da dogmática, a adequação social acaba relegada como categoria jurídica autônoma na teoria do delito, passando a ser utilizada como filtro interpretativo de natureza teleológico dos injustos penais. Já o risco permitido permanece com valiosa ferramenta na categoria de imputação do resultado do tipo objetivo (CONTRERAS, 2002, p. 570).

Em importante correlação, JAKOBS (2010, p. 36) diz que o conceito de risco permitido nada mais é que a concreção do princípio da adequação social. Isto é, radica hipóteses decorrentes das relações sociais e, para tanto, levamos em consideração o binômio custo-

benefício. Sob esse signo, temos de ponderar que para a obtenção de determinados ganhos no quesito *desenvolvimento social*, tais avanços (tecnológicos) deverão ser aquilatados entre prós e contras (CONTRERAS, 2002, p. 569-570).

Outra questão que devemos adentrar é quão abrangente pode ser a aplicação da teoria da imputação objetiva. Em um primeiro âmbito, ela serviu para limitar a punibilidade de delitos de resultado (ESCAMILLA, 1994, p. 69). Todavia, no avançar da matéria, parte da doutrina também viu sua relevância para a concepção democrática de um Direito Penal aplicado aos delitos de mera conduta ou crimes de perigo abstrato-concreto (BACIGALUPO, 2005, p. 289).

Defendendo tal concepção, CAVERO (2012, p. 436-437) enuncia que por inexistir diferenciação temporal – no mundo dos fatos – entre conduta e resultado para delitos de mera conduta, será exatamente sobre o primeiro paradigma que faremos um juízo normativo de imputação, prescindindo de vincular objetivamente a qualquer resultado concreto.

Acrescenta o referido autor que também para delitos de perigo concreto, a imputação objetiva repousará unicamente sobre o comportamento perigoso, sendo despiciendo o “resultado concreto de um perigo ou dano”. Dessa feita, o escrutínio de imputação levará em consideração se a conduta perigosa foi capaz de produzir as específicas circunstâncias descritas no tipo penal, isto é, a lesão ou perigo penalmente desvalorado, mesmo ignorando a aferição concreta de dano e risco no caso sob análise (CAVERO, 2012, P. 438-439).

Cabe salientar que ROXIN (2008, p. 119-120) elucida servir a imputação objetiva como importante instrumento limitador de responsabilização para delitos dolosos, sobretudo por evitar a incorreta concepção de ausência de dolo em hipóteses de cursos causais “anormais”, deslocando-se o enfoque de análise da categoria Tipicidade, também nessa espécie de delito, no sentido do tipo objetivo em detrimento dos institutos pertencentes ao tipo subjetivo.

Da intelecção acima narrada, percebemos que o delito de gestão temerária, consoante já delineado, amolda-se, a priori, ao postulado da imputação objetiva, levando-se em consideração ser delito doloso e de perigo concreto. Em sequência, se faz necessário discutir se a ferramenta dogmática está restrita ao denominado Direito Penal Clássico ou pode também ser utilizado no Direito Penal Moderno (SÁNCHEZ, 2013, p. 188-192).

RAMOS, VELOSO e DUARTE (2021, p. 123) assinalam que sob a ótica a sociedade pós-industrial, as empresas, em seu sentido subjetivo, são reconhecidas como fontes de risco, sendo tal concepção derivada dos perigos socialmente aceitos para o atendimento do consumo de massa e dos avanços tecnológicos. Todavia, isso não quer significar que tais riscos podem ser desmedidos. Em verdade, a sociedade acaba por controlá-los para que não produzam lesões aos bens jurídicos penais.

O risco, na forma como aduz GIMBERNAT ORDEIG (1994, p. 39), é fruto da desestabilização de um foco de perigo (por ação ou omissão), quando o sujeito não observa a medida de precaução a que estava obrigado. Assim, o legislador impõe a determinadas pessoas o dever de aplicar medidas estabilizadoras de precaução. Quando o comportamento ultrapassa a esfera do risco permitido, o responsável será aquele que detinha o dever de garante de proteção do risco, dentro dos limites tolerados pelo ordenamento.

SÁNCHEZ (2009, p. 6) ao tratar do tema da imputação objetiva aplicada ao Direito Penal Econômico e Empresarial, vislumbra a possibilidade de utilizá-la para fins de limitar a reponsabilidade calcada em bases causais, bem como servindo para diminuir o âmbito de abrangência de reprovabilidades legais oriundas de violações de infrações administrativas e comerciais qualificadas, haja vista que ela franqueia empregar contornos materiais à uma lógica de responsabilização de cunho mais formalista. Isto é, a imputação objetiva poderá ser utilizada no Direito Penal Econômico (TIEDMANN, 2010, p. 55-58).

Em adição, se demonstra que pela utilização dessa ferramenta dogmática é possível criar uma teoria global que regerá a imputação de injustos penais aos autores das infrações. Isto porque aferiremos ser a conduta objetivamente praticada se amolda ao tipo legalmente previsto, possibilitando valorar se houve violação ao dever de evitação contido na proibição legal, olvidando-se, neste primeiro momento, “conhecimentos, capacidades ou experiências do autor” (SÁNCHEZ, 2009, p. 7-8).

No caso do delito de discussão, a temática da imputação objetiva se mostra ainda mais interessante, na medida em que a aferição do risco permitido (e a delimitação do tipo penal sob exame) dialoga fortemente com o elemento normativo contido em seu tipo objetivo.

SÁNCHEZ (2022, p. 134) sugere que o contorno da reprovabilidade (risco proibido/permitido) em tipos penais contendo remissões flexíveis, tais como nos casos de delitos imprudentes, ou que contenham elementos típicos de antinormatividade e

elementos de valoração global do fato delitivo doloso, podem ser preenchidos por meio de normas de setores extrapenais regulados, tais como o bancário/financeiro, utilizando da pirâmide normativa daquele âmbito.

Desta feita, sugerimos alguns níveis de aferição de conformidade da conduta à Juridicidade. Em primeiro lugar, para fins de configuração da temeridade da gestão de instituição financeira, deveremos observar se as normas constitucionais, legais e infralegais expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, Conselho Monetário Nacional ou Banco Central do Brasil e outros órgãos reguladores foram detidamente observadas.

Em caso de violação externa, devemos escrutinar as normas internas da instituição (MARTÍN, 2018, p. 255), bem como observar se os parâmetros de conformidade normativa, tais como código de ética, protocolos de atuação e aferir se o administrador respeitou os percentuais máximos-mínimos de alocação dos recursos nos diversos tipos de papéis-investimentos que aquela hipótese específica permite.

Isto é, a temeridade descrita no tipo legal perpassa necessariamente uma dupla violação de preceitos de retidão normativa, pois inexistindo infração de algum dos dois âmbitos, estaremos diante de mero ilícito de natureza extrapenal, a ser resolvida em outro âmbito de responsabilização. Com tal intelecção reforça-se o postulado da subsidiariedade e *ultima ratio*, fazendo com que o Sistema de Justiça Criminal se detenham às ofensas realmente graves aos interesses dignos de reforço através de tal ferramenta coativa.

Devemos ainda adicionar ao parâmetro da temeridade de gestão o fator da margem de discricionariedade a ser depositada em favor dos gestores das instituições financeiras, sob pena de inviabilização da atividade empresarial decorrente do excessivo controle a ser empregado na supervisão. Será sob a margem dessa discricionariedade empresarial que devemos aferir à retidão da conduta do gestor da instituição financeira.

A Business Judgment Rule, por sua vez, quando empregada no mesmo sentido de filtro ablativo de responsabilidade será ferramenta de verificação de legitimidade da conduta sob exame a ser realizado tendo por base não as consequências do ato de gestão e sim as capacidades de tomada de decisão por parte do administrador da instituição financeira.

O filtro *ex ante* da BJR, nos mesmos moldes da prognose póstuma objetiva (ROXIN, 1997, p. 360 e 367), trará o julgador da ação de gestão tida como temerária ao ponto antes da causação da ofensa ao bem jurídico para, a partir de tal paradigma, valorar as condições

que permearam à decisão do especial obrigado. Com isso, se aferirá se o agente possuía os conhecimentos necessários para a tomada de decisão, sendo esta tida como diligente suficiente quando o administrador tenha observado a boa-fé objetiva, inexistência de conflito de interesse e levando-se em consideração se houve observância do procedimento decisório adequado ao caso concreto⁹.

Em síntese, a proposta da utilização da Business Judgment Rule no bojo da aferição do elemento normativo da gestão temerária proporcionará o deslocamento da reprovabilidade de fins teleológicos para uma filtragem sistêmica de adequação e previsibilidade, auxiliando o gestor na tomada de decisões empresariais estratégicas com maior nível de segurança.

Em mesma medida, também proporcionará ao detentor do patrimônio gerido uma maior garantia de existência de parâmetros de retidão a incidir na gestão da instituição financeira, isto porque restará reforçado o dever tanto de sua disponibilidade de se expor ao risco do mercado financeiro, tal como perpassará a necessidade da instituição fornecer as informações adequadas sobre os investimentos ofertados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios da Business Judgment Rule funcionam como uma regra de proteção a gestores e administradores, decorrentes de decisões tomadas no exercício de suas funções. Esta proteção, contudo, somente se concretiza quando a atuação empresarial é regida pelos princípios de boa-fé, de diligência e de conformidade com o dever e as funções que lhes são atribuídas.

Estes princípios podem ser utilizados como paradigma para verificação da conformidade da atuação dos gestores no âmbito empresarial de um modo geral, ajudando a solucionar questões jurídicas no âmbito civil, comercial e no próprio Direito Administrativo Sancionador.

Embora não haja previsão legal expressa, é possível utilizar-se dos parâmetros do Business Judgment Rule no Direito Penal, mais notadamente, no delito de gestão temerária de instituição financeira. É possível se valer de tais parâmetros levando-se em

⁹ Na mesma lógica erigida pelo artigo 226 da Lei de Sociedades de Capital da Espanha.

conta tipos penais previstos no direito comparado, como os de Administração Desleal da Espanha e Infidelidade Patrimonial da Alemanha.

Fazendo um cotejo dos referidos tipos, é possível que os parâmetros do Business Judgement Rule sejam utilizados para corrigir eventuais vaguezas e aberturas do conceito de gestão temerária, levando-se em conta as regras da imputação objetiva, e tendo como paradigma a ideia de risco permitido.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. Trad. André Estefam. Revisão, prólogo e notas: Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial esquematizada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022 (versão digital)

BRASIL, Conselho de Valores Mobiliários. **Instrução Normativa nº 607/2019**

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 3052/2016, Plenário. Processo TCU n. 026.363/2015-1

CAVERO, Percy García. **Derecho penal**: parte general, 2. ed., Juristas Editores: Lima, 2012

COELHO, Marina Pinhão. Crimes contra o sistema financeiro nacional. In: SOUZA, Luciano Anderson de, _____. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023

CONTRERAS, Joaquín Cuello. **El derecho penal español**: parte geral. nociones introductorias. teoria del delito. 3. ed. Madri: Dykinson, 2002

CRUZ, André Santa. **Manual de Direito empresarial**: volume único. 13. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2021

ESCAMILLA, Margarita Martínez. La imputación objetiva del resultado: una primera aproximación. In: **Revista de La Facultad de Derecho de México**, n. 193-194, 1994, p. 63-100. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28100>. Acesso em: 5 mai. 2023

Estados Unidos da América. **Percy v. Millaudon**, 8 Mart. (n.s.) 68 (1829), May 1829 · Louisiana Supreme Court, 8 Mart. (n.s.) 68. Disponível em: <https://cite.case.law/mart-ns/8/68/>. Acesso em: 20 de dez. 2022

FELDENS, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo. In: **Direito penal econômico**: crimes financeiros e correlatos. VILARDI, Celso Sanchez (et al) (Coord.), São Paulo: Saraiva, 2011, versão digital

FRADA, Manuel Carneiro da. **A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores.** Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>. Acesso em: 27 jul. 2023

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciências penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, p. 5-60

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (et al). **Derecho penal**: parte especial. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022 (versão digital)

GRANDIS, Rodrigo de. **O delito de infidelidade patrimonial e o direito penal brasileiro.** Tese de doutorado, USP, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06112020-131159/publico/6902744_Tese_Original.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal.** Trad. André Luís Callegari. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

JAMES, Morris Delaware. *Delaware – the right choice of business.* Disponível em: <https://www.morrisjames.com/printpilot-article-290.pdf?1674259340>. Acesso em: 20 jan. 2023

JANSEN, Michael C., MECKLING, Willian H.. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In **Journal of Financial Economics**, October, 1976, v. 3, n. 4, p. 305-360. Acesso em: 26 abr. 2023. Disponível em: <https://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>.

MARTÍN, Adán Nieto. Administración desleal y apropiación indebida. In: BARRANCO, Norberto J. de la Mata (et al), **Derecho penal económico y de la empresa**, Madrid: Dykinson, 2018

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: teoria geral da empresa e direito societário. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal. São Paulo: Atlas, 2014

OLIVEIRA, Elias de. **Crimes contra a economia popular.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952

PARGENDLER, Mariana. **Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro**, p. 6. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151118-08.pdf>. Acesso em 28 dez. 2022

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal: a la vez, una reflexión sobre la naturaliza y las premisas del concepto jurídico-penal de patrimonio y sobre sus raices históricas em la dogmática de estafa. In: **InDret** 4, 2016. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/314494/404647>. Acesso em: 29 jul. 2023

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **El delito de administración desleal de patrimonio ajeno.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016 (versão digital)

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

REDECKER, Ana Paula, SARTURI, Tais Bueno. **Business judgment rule**: um mecanismo de proteção dos administradores de sociedade anônima no Brasil, p. 3. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/08/tais_sarturi.pdf. Acesso em: 12 abr. 2023.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; VELOSO, Roberto Carvalho; Rayane Duarte Vieira. A importância da aplicação da teoria da imputação objetiva na responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes econômicos: uma análise da legislação brasileira e espanhola. In: **IV Encontro Virtual do CONPEDI: Direito Penal, Processo Penal e Constituição II**, 2021, p. 121-139 (específica p. 123). Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/x477p663/EQLxFTRVtL93po8X.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016

_____. **Derecho penal**: parte general. tomo I. fundamentos. la estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remsal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997

_____. **Estudios de direito penal**. Trad. Luís Greco. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: 2008.

SADDY, André. **Parecer Jurídico**. Disponível em: https://www.estadao.com.br/blogs/blog/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/3_OUT2-parecer-cervero-pasadena.pdf. Acesso em: 12 abr. 2023

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Imputación objetiva em el derecho penal económico y empresarial. In: **InDret**, n. 2, 2009, p. 6-7. Disponível em: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/627_1.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

_____. **El riesgo permitido em derecho penal económico**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2022

SANCTIS, Fausto de. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millennium, 2003

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Infracción grave del deber “en la administración desleal? In: DIEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). **La administración desleal de los órganos societários**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010 (versão digital)

_____ . La administración desleal de los órganos societários: el caso mannesmann. In: _____ (versão digital)

SILVA, Eduardo Ferreira da. **Gestão temerária de instituição financeira: uma contribuição para a interpretação da elementar típica “temerária” prevista no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86.** São Paulo: FGV, 2022. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/31657/Eduardo%20Ferreira%20da%20Silva%20-%20disserta% c3%a7% c3%a3o%20-%20vers% c3%a3o%20definitiva%20p% c3% b3s%20banca.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/31657/Eduardo%20Ferreira%20da%20Silva%20-%20disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20vers%c3%a3o%20definitiva%20p%c3%b3s%20banca.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Acesso em: 20 jan. 2023

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral.** Vol. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, versão digital

TEIXEIRA, Adriano; LEITE, Alaor. O principal delito econômico na moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico**, Santa Catarina/SC, n. 1, 2017, p. 15-58

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico: parte geral y especial.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2010

VILA, Ivo Coca. La business judgment rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal, in **Revista do Instituto de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, vol. 4, 2019, p. 83-119. Disponível em: <https://ricp.org.br/index.php/revista/article/view/67/124>.

Acesso em: 26 abr. 2023