

343 222(81)

A responsabilidade penal dos administradores das sociedades anônimas

MÁRCIO ANTONIO INACARATO

Procurador de Justiça e Prof. Dir.
Comercial PUCCAMP — SP

SUMÁRIO: I — Delitos Societários — Noções Gerais; II — Os sujeitos ativos dos crimes societários; III — Formas de cometimento e fixação da responsabilidade dos delitos societários; IV — Alguns tipos de delitos (crimes e contravenções) praticados por diretores e administradores de sociedades anônimas.

I — DELITOS SOCIETÁRIOS — NOÇÕES GERAIS

O problema da responsabilidade penal dos administradores das sociedades anônimas é erçado de dificuldades, porque entra em cena a figura complexa da empresa como sujeito ativo de infrações administrativas, dotada de um órgão colegiado de direção e gestão, sabendo que para o nosso direito penal a responsabilidade é sempre **individual** (Constituição, art. 5.º, n.º XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”), eis que seu pressuposto (da responsabilidade) é a **imputabilidade**, e esta de somente atribuível à pessoa humana.

Para se ser “imputável” é necessário que se seja pessoa humana, na plena posse de suas faculdades psíquicas e no exercício da liberdade de querer (arts. 26 a 28 do Código Penal).

A “culpabilidade” no sentido amplo (art. 18 do Código Penal) abrange o dolo e a culpa (sentido estrito), e somente as pessoas físicas podem agir com dolo e culpa.

Assim, dentre os sujeitos que respondem penalmente pelos delitos societários não foi incluída, evidentemente, a própria sociedade, como pessoa jurídica e autônoma. É que **societas delinquere non potest**.

Fica então a pergunta: Como apurar-se a responsabilidade individual, se todas as ordens emanam de um **órgão colegiado** como a diretoria ou o conselho de administração?

Esta indagação foi feita pelo Prof. Paulo Salvador Frontini no excelente trabalho “Crime Econômico por meio da Empresa. Relevância da Omissão Causal”, publicado no n.º 5 da Revista de Direito Mercantil.

Informa que nos casos de “crimes por meio da empresa”, cujos órgãos de decisão são colegiados, é difícilimo, senão praticamente impossível localizar o verdadeiro responsável pela conduta punível.

“Diante do impasse”, preleciona, “o legislador penal tem optado por uma fórmula simples de certo modo simplista: desconhece a pessoa jurídica, e alcança seus administradores”.

Mas, surge nova dificuldade, pois que raramente a pessoa jurídica tem um único responsável. E vem um problema prático, de caráter probatório: quem é o verdadeiro responsável pelo fato?

Sabendo-se que o crime é a ação (ou omissão) humana, voluntária, típica, antijurídica e culpável, importa saber quem efetivamente praticou a ação. A solução, veremos mais adiante.

II — OS SUJEITOS ATIVOS DOS CRIMES SOCIETÁRIOS

Em se tratando de sociedades anônimas assumem relevância, como sujeitos ativos dos crimes societários (que a Doutrina italiana denomina de “crimes colegiais”, como uma subespécie dos “crimes plurissubjetivos”) os “diretores” ou “administradores” da sociedade.

Abrindo um parêntese podemos concluir com Manuel Pedro Pimentel que “são crimes societários os comportamentos ilícitos, sancionados com a pena ou medida de segurança, cuja prática seja atribuída aos mandatários de pessoa jurídica, em nome desta, que ofendam ou coloquem em perigo a economia pública” (“Direito Penal Econômico”, Ed. R.T., 1973, pág. 137).

Ou, como diz Antolisei, repetindo o conceito de Rende: “sarebbe quello realizzato non da persone che si uniscono allo scopo di commettere reati, ma da persone che, essendo già costituite dalla legge in collegio come organo in una persona giuridica, pubblica o privata, pongono in essere uno o più nell'esercizio della loro funzioni” (“Manuale di Diritto Penale”, Leggi Complementari, Giuffrè, Ed. Milão, 1959, pág. 262).

São, portanto, crimes praticados não por pessoas que se uniram em sociedade com o objetivo de praticá-los, mas por pessoas que, já reunidas em sociedade para fins lícitos, praticam crimes no exercício de suas funções sociais.

Os “diretores” ou “administradores” das sociedades anônimas são algo mais que meros mandatários dos acionistas: como órgãos necessários da sociedade dispõem de uma série de prerrogativas, que lhes são diretamente atribuídas pela lei, que não podem ser suprimidas, além dos poderes que lhes são conferidos estatutariamente.

Entretanto, numerosos penalistas no Direito Alienígena defendem a possibilidade de responsabilizar-se criminalmente a **pessoa jurídica**. É o caso de Von Liszt que “consagra a doutrina da responsabilidade das pessoas jurídicas no direito penal moderno”. (apud Quintiliano Saldaña, “Capacidade Criminal de las Personas Morales”, Ed. Reus, Madri, 197, pág. 42).

Na Itália, temos De Marsico, “afirmando a possibilidade de uma responsabilidade penal do ente coletivo, e concluindo sustentando a aplicação de penas a tal coletividade” (apud Quintiliano Saldaña, pág. 47).

Idem, François Clerc, prof. da Universidade de Neuchatel ("Introduction à 1.^a Étude du Code Penal Suisse", partie generale", Lib. de Droit, Lausanne, 1942, pág. 70).

Entretanto, a razão encontra-se com Cesare Pedrazzi, quando afirma:

"Nos nossos sistemas jurídicos não se trata de responsabilidade penal da sociedade como tal; trata-se, pois, de buscar entre os órgãos sociais as pessoas físicas a quem deve ser imputada a responsabilidade pela infração" ("O Direito Penal das Sociedades e o Direito Comum", tradução de Armida N. Miotto, in Rev. Bras. de Criminologia e Direito Penal, vol. 9, pág. 135).

Inclusive Manuel Pedro Pimentel critica o Código Penal de 1940 cujo art. 99 prevê a imposição de "Medida de Segurança" à pessoa jurídica, "consistente em interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação", dispositivo que não mais vem repetido no atual Código Penal.

No moderno direito societário brasileiro temos a figura do "acionista controlador" que igualmente pode ser sujeito ativo de delitos societários. Caracterizam o acionista controlador, em nosso direito: a) titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem permanentemente a maioria dos votos na deliberação da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; b) o efetivo exercício de seu poder para dirigir a atividade social.

Trata-se de um "fiduciário de todo patrimônio societário" e é equiparado ao "administrador de fato" (Exposição de Motivos n.º 196, de 24/6/76, do Ministério da Fazenda).

O controlador pode tornar-se um coobrigado solidário pelos atos da administração, e por duas razões: a) ou o majoritário conseguiu eleger membros da administração que possam servi-lo como deseje; ou o acionista "onipotente" impede a destituição dos administradores nas assembléias.

A responsabilidade dos administradores é para com a companhia (art. 159), para com acionistas prejudicados (art. 159, § 7.º) e para com terceiros (art. 159, § 7.º da Lei das S.A.).

Igualmente, todas as pessoas que "exercem de fato" a função diretora (eleitas irregularmente, por exemplo), ocupando a condição de "diretor de fato", são responsáveis penalmente.

A Lei societária francesa, no art. 463, reza:

"Les dispositions du présent chapitre visant le president, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes et les gérants de sociétés en commandite par actions seront applicables a toute personne qui, directement, ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion des dites sociétés sous le vuvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux."

Como admite Lopes Pontes, "o exercício de funções contra legem não poderia sem absurdo isentá-los de responsabilidade" ("Sociedades Anônimas", Rio, 1957, vol. II, pág. 216).

Também os membros do Conselho Fiscal, naqueles atos que dependem de sua fiscalização e aprovação, respondem, em co-autoria, pelos delitos praticados.

O acionista, em determinados casos, pode ser sujeito ativo, como previa o § 2.º do art. 190 da Lei das Sociedades Anônimas anterior.

Os "crimes societários" são "crimes próprios", isto é, aqueles que somente podem ser praticados por pessoas que se revistam de determinadas qualificações subjetivas.

É, todavia, pacífico, que mesmo sujeitos não qualificados (terceiros) podem tornar-se culpados de crimes próprios, não como autores únicos e isolados, mas como co-réus ou co-autores, em concurso com o intraneus. O art. 168, § único da anterior Lei das S.A. previa expressamente tal possibilidade.

As normas relativas ao concurso de agentes permitem ademais atingir aqueles que são denominados de "administradores ocultos" (expressão introduzida na Doutrina por Nuvolone "Il Diritto Penale del Fallimento", Milão, 1955, pág. 48).

III — FORMAS DE COMETIMENTO E FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS DELITOS SOCIETÁRIOS

Os delitos societários, como os delitos comuns, podem ser cometidos por ação ou omissão, a título de dolo ou a título de culpa.

Os delitos econômicos em geral, atualmente previstos, na sua grande maioria somente são punidos a título de "dolo". Raramente o legislador faz referência à figura culposa, que por isso mesmo, não sendo expressamente prevista, inexistirá. Prevalece o princípio da excepcionalidade do delito culposos, acolhido no art. 18, § único, do nosso Código Penal vigente.

O dolo poderá ser genérico ou específico: os tipos que contiverem um "elemento subjetivo do injusto" constituirão crimes puníveis a título de "dolo específico".

A forma culposa é incompatível com a tentativa, isto é, jamais poderá haver tentativa de crimes culposos, pois se o agente não previu o resultado, como poderia "tentar" alcançá-lo?

Também os crimes "omissivos próprios", que são crimes de mera conduta, não comportam a forma tentada. Há os "crimes comissivos por omissão", de resultado necessário, admitem a forma tentada, quando dolosos.

Entre os deveres que a Lei impõe aos diretores, administradores e fiscais das S.A. encontram-se o de bem servir e o de impedir o desvio da atividade econômica da empresa, o dever de vigilância e o de bem escolher os seus auxiliares de confiança.

Omitindo-se nesses deveres assume o risco de que um resultado prejudicial ocorra (dolo eventual), ou, igualmente, dá causa, por negligência (culpa em sentido estrito), à superveniência do resultado.

Como bem explicita Paulo Salvador Frontini, no estudo já referido, "preocupado com a dificuldade em identificar o autor do fato delituoso, nos crimes praticados por meio da empresa, o legislador tem-se valido de um critério elástico: procura abranger a todos, na certeza de que, por outra forma, a incerteza sobre o autor, dentre vários membros de um órgão colegiado, conduzirá à absolvição geral" (pág. 45).

Cita alguns exemplos:

a) A Lei n. 4.137/62, que reprime o "abuso do poder econômico", no seu art. 6.º, § único, estabeleceu: "As pessoas físicas, os diretores e gerentes das pessoas jurídicas que possuam empresas serão civil e criminalmente responsáveis pelos abusos do poder econômico por elas praticados".

b) A Lei n. 4.729/65, que define o "crime de sonegação fiscal", no art. 6.º estabeleceu: "quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta lei será de todos os que, direta ou indiretamente, ligados à

mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal".

c) Nos crimes falimentares incriminou-se o devedor "quando com a falência concorrer um ou alguns dos fatos" descritos nos arts. 186 a 188 da L.F. Logo, se o falido deixou que certos fatos se verificassem, deve ser responsabilizado penalmente.

Aqui não há uma "responsabilidade objetiva" (que é vedada pelo nosso ordenamento Constitucional-penal), mas "uma omissão intencional de quem tinha o dever jurídico de agir, e, abstendo-se, permitiu que o fato ocorresse". Na prática, afirma Paulo Salvador Frontini, essa conceituação implica numa "inversão do ônus da prova", pois o agente deve provar que não se omitiu e que o resultado adveio a despeito de seu empenho em sentido contrário".

O novo Código Penal Brasileiro, ao conceituar a "omissão causal" no § 2.º do seu art. 13, deu uma solução bastante adequada:

"A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

O intérprete deve ter presente, concluiu Paulo Salvador Frontini, que a responsabilidade penal de diretores e gerentes não resulta de terem cometido pessoalmente o fato, mas decorre de haverem permitido que ele ocorresse!

IV — ALGUNS TIPOS DE DELITOS (crimes e contravenções) PRATICADOS POR DIRETORES E ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

Para distinguir o "crime" da "contravenção" o direito positivo brasileiro adota o critério da gravidade objetiva reconhecendo-se a diferença pela "natureza da pena cominada". As contravenções foram reservadas penas mais brandas, ou seja, "a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente"; os "crimes são as infrações penais que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa" (art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal).

Os crimes e contravenções societários, explica Manuel Pedro Pimentel (obra citada, pág. 141), são geralmente "pluriofensivos", isto é, ofendem ao mesmo tempo mais de um bem ou interesse jurídico, pois há pluralidade de objetos em jogo.

Sujeito passivo das infrações societárias será, em primeiro lugar, a coletividade. Em segundo lugar os titulares de bens ou interesses ofendidos ou colocados em perigo pela conduta, caso concreto.

Seu "objetivo jurídico" é a economia pública.

Por serem geralmente praticados por toda uma "diretoria" ou por um "conselho de Administração", são chamados de crimes "colegiais" (doutrina italiana), ou "plurissubjetivos".

A "co-autoria" não é tratada diversamente nos crimes societários. Segue a regra do Direito Penal comum, do art. 25 do Código Penal.

Quanto aos tipos de crimes societários, podemos arrolar, dentre outros, os seguintes:

a) As falsidades, derivadas do dever legal de informar corretamente quer os subscritores de ações, quer os acionistas, quer terceiros contratantes com a sociedade.

No Direito Comparado, temos a lei francesa das sociedades comerciais que nos arts. 432/436 descreve as "infractions relatives à la constitution des sociétés anonymes".

Seu art. 437 pune as falsidades cometidas durante a fase de funcionamento da sociedade pelos "presidente, administradores ou diretores gerais". O art. 457 se refere às falsidades dos "Commissaires aux comptes".

A lei alemã, no § 399, incrimina as falsidades na fase de constituição, e no § 400 incrimina as falsidades na fase de funcionamento. O § 403 diz respeito às falsidades do "prufer".

A legislação inglesa, no que tange à fase constitutiva, tem normas na seção 44 do "Companies Act" de 1948. Quanto à fase de funcionamento temos a seção 19 do "theft Act", de 1968.

A legislação italiana trata do assunto no art. 2.621, n. 1, do C.C. Italiano.

Nosso Código Penal pune as "falsidades" contra as S.A. no art. 177, e no art. 3.º, VII, e X da Lei n. 1.521/51 (Crimes contra a economia popular), sendo esta última "subsidiária" da primeira.

Agora, na nova Lei das S.A. brasileira a figura delituosa do "insider trading" está prevista no art. 157, sob a rubrica do "dever de informar", principalmente no seu § 4.º. A Lei que criou e regulamentou a Comissão de Valores Mobiliários traz inúmeros dispositivos que dizem com mecanismos de prevenção e repressão ao "insider trading". Com base no art. 18, II, letra "a" e 22, Incisos V e VI da Lei n. 6.385/76, a Comissão de Valores Mobiliários baixou instruções inclusive quanto às penalidades para a repressão das práticas abusivas do "insider trading".

b) Os dispositivos penais da "tutela do capital" ("Tratado de Direito Penal Económico — I, Direito Penal das Sociedades Anônimas" de Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Jr.):

A conduta típica aqui incriminada consiste na distribuição de lucros ou dividendos fictícios (art. 177, § 1.º, inciso VI do Código Penal).

Igualmente a legislação do Imposto de Renda tem disposições a respeito, punindo tais fatos como crime.

A Lei francesa de 27/07/66, no seu art. 437, n. I, pune igualmente a "distribuição de dividendes fictifs" realizados "en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux".

A Lei Italiana (Código Civil Italiano) pune o fato no seu art. 2.621, n. 2.

A Lei penal brasileira pune a "compra ou venda, por conta da sociedade, de ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite" (art. 177, § 1.º, IV, do Código Penal).

O Inciso V pune "o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade".

Na França, segundo informa Pierre Van Ommeslaghe ("Le regime des Sociétés par actions et leur administration en droit comparé", Bruxelles, 1960, pág. 562), "le fait pour un administrateur de faire, de mauvaise foi, un usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci, dans un but personnel ou pour

favoriser une autre société dans laquelle cet administrateur est intéressé, est érigé en délit spécial”.

Idem, no art. 2.624 do Código Civil Italiano, o art. 294 da lei alemã.

c) **Os delitos de apropriação indébita** (art. 168 do Código Penal Brasileiro).

Nos códigos penais do tipo germânico não subsistem lacunas porque, ao lado da figura da apropriação indébita (“unterschlagung”) foi prevista a figura da “infidelidade patrimonial” (“untreue”), no § 266 do Código alemão: tal crime será praticado por quem, em razão de lei, disposição de autoridade ou negócio jurídico, tem o poder de dispor do patrimônio alheio ou de obrigar outro sujeito; ou de quem por lei, disposição de autoridade, negócio jurídico ou por força de relação fiduciária, tenha o dever de cuidar de interesses patrimoniais alheios. O crime consiste no abuso de tais poderes, ou na violação de tais deveres.

A legislação francesa pune tais crimes no art. 437, n. 3 da Lei de 1966.

Nossa lei pune no art. 177, § 1.º, III, “o diretor ou gerente que toma empréstimo à sociedade, ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral”.

d) **A repressão aos abusos do poder econômico**

A Lei n. 4.137/62, no § único do seu artigo 6.º determina que “as pessoas físicas, os diretores e gerentes das pessoas jurídicas que possuem empresas serão civil e criminalmente responsáveis pelo abuso do poder econômico por elas praticados”.

O art. 19 da referida lei faz referência aos “servidores e os administradores de empresas que exercem função delegada do Poder Público”, e que ficam sujeitos, além da sanção penal à destinação do cargo ou função.

O art. 80 da citada lei prevê outra modalidade de delito, para os diretores, administradores ou gerentes que se recusaram a prestar informações ou que as fornecerem de forma inexata, com dolo ou má-fé.

O art. 81 esclarece que a repressão ao abuso do poder econômico não exclui a punição de outras infrações contra a economia popular.

e) **Crimes contra a economia popular**

Previstos na Lei 1.521/51, principalmente no art. 3.º, Incisos III, IV, VI, VII, VIII, IX, X, todos aplicáveis aos diretores, administradores e gerentes das Sociedades Anônimas.

f) **Crimes de sonegação fiscal**

Lei n. 4.729/65. No seu art. 6.º assim estabeleceu:

“Quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta lei será de todos que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação.”

g) **Distribuição disfarçada de lucros**

O Decreto-Lei n. 1.598 de 26/12/77, que alterou a legislação do imposto de renda para adaptá-la à lei das sociedades anônimas, presumiu, no art. 60 a distribuição disfarçada de lucros em certos negócios realizados pela pessoa jurídica e a pessoa física que seja administrador daquela.

Idêntico dispositivo se encontra no Regulamento do Imposto de Renda — Decreto n. 85.450/80, art. 367.

O art. 8.º do Decreto-Lei n. 1.736 de 20/12/79 determinou serem “solidariamente responsáveis” com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto sobre a renda descontado na fonte, bem como do imposto sobre produtos industrializados. Modalidade de apropriação indébita.