

Os administradores e o dever de vigiar

19/12/2023

Diante de um mundo empresarial cada vez mais complexo e multidisciplinar, o dever de diligência dos administradores a ser observado por membros do conselho de administração, de comitês estatutários, da diretoria e do conselho fiscal de companhias abertas e fechadas tem sido objeto de detalhada interpretação por parte de julgadores e pela doutrina especializada. O melhor entendimento sobre a amplitude e limites desse dever fiduciário (e de seus subdeveres, mencionados a seguir) não só contribui para um aprimoramento de processos decisórios internos, gerando mais valor para a companhia e seus *stakeholders*, como também confere maior proteção a tais profissionais, que poderão ou não, a depender do contexto, ser responsabilizados pessoalmente (civil, administrativa e criminalmente) por eventuais prejuízos oriundos de suas decisões. Essa melhor definição dos contornos acerca desse dever com conteúdo abrangente é fundamental para um ambiente de negócios mais confiável e estável.



Previsto no artigo 153 da Lei nº 6.404/1976, conforme alterada (Lei das Sociedades por Ações), o dever de diligência é considerado, dentre os demais deveres aplicáveis aos administradores (como os de obediência e lealdade), o mais amplo e relevante por se tratar de verdadeiro padrão de conduta, “standard” – mínimo a ser seguido por tais profissionais no exercício de suas funções. Exige-se que o administrador aja com o mesmo cuidado e diligência que empregaria na administração dos seus próprios negócios. Tal comando legal sempre suscita uma interpretação caso a caso e depende de esforço interpretativo coletivo, pois demanda a apuração não só dos fatos específicos como também da análise, em muitos casos, da cadeia e dos processos decisórios da companhia como um todo.

Mais recentemente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência em nosso país vêm destrinchando o dever de diligência em alguns subdeveres, sendo os três principais deles:

1. o dever de informar sobre os negócios e riscos da companhia;

2. o dever de investigar os fatos, em especial aqueles sinalizados como *red flags* (sinais de alerta sobre evento passado, atual ou futuro que possa representar riscos à companhia e a seus *stakeholders*); e
3. o dever de vigiar, incluindo a fiscalização geral e rotineira da atividade da companhia, cujo nível de vigilância poderá variar de acordo com a posição ocupada pelo administrador, bem como com a relevância e sensibilidade de cada matéria.

Entre os referidos subdeveres, destaca-se o dever de vigiar por estar intrinsecamente relacionado com a estrutura de governança da organização, em especial no que diz respeito à vigilância e ao monitoramento de suas atividades e riscos. A vigília e a coleta de informações relativas aos temas sob sua responsabilidade e alçada, realizadas de forma precisa e tempestiva, são indispensáveis ao bom exercício das funções do administrador. Afinal, será justamente o resultado obtido com o exercício do dever de vigiar que proporcionará ao administrador as bases objetivas para que possa cumprir seus demais deveres. Como exemplo, podemos mencionar que, sem o exercício apropriado de vigilância e de coleta de informações, o administrador não será capaz de tomar as medidas apropriadas para sanar um evento indesejável ou um problema na companhia, e nem mesmo reportar eventuais *red flags* encontradas ao conselho de administração e/ou aos acionistas (conforme o caso) – falhando, assim, em cumprir com seu dever de informar, outro subdever previsto na Lei das Sociedades por Ações.

O subdever de vigiar, monitorar e coletar informações dos administradores vem recebendo cada vez mais atenção, tendo sido objeto de análise minuciosa em julgados recentes proferidos pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no Brasil e, no exterior, especialmente pelas cortes dos Estados Unidos – envolvendo processos decisórios empresariais cada vez mais minuciosos, longos e complexos.

No âmbito da CVM, em julgado de 2022, foi reconhecido que o dever de diligência é, de fato, um conceito aberto. Sua interpretação deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto e a realidade cultural, tecnológica e empresarial do momento analisado.

Especificamente sobre o dever de vigiar, em abril de 2023, ao analisar uma acusação de falha nessa incumbência por parte de diretor em relação à subsidiária de uma companhia aberta, o Colegiado da CVM entendeu que – dada a baixa relevância do montante financeiro envolvido no processo vis-à-vis o patrimônio financeiro do grupo, conjugada com a ausência de *red flags* por parte dos *gatekeepers* (profissional ou instituição cuja atuação contribui para conferir segurança e credibilidade ao mercado) que atuaram no caso (ex. auditor independente) – o acusado não deveria ter tal obrigação tão amplificada, o que, na prática, inviabilizaria o próprio exercício de suas atividades. Logo, nota-se que a interpretação da CVM sobre o dever dos administradores de companhias abertas no Brasil deve ser pautada pela razoabilidade da vigia exigida, especialmente considerando as competências legais ou estatutárias de cada administrador, aliada à existência de sinais de alerta quando da tomada de decisão em questão.

Em âmbito internacional, verificou-se caso bastante paradigmático relativo à questão do dever de vigiar envolvendo uma grande rede de *fast food*, julgado em 23 de janeiro de 2023 pelo tribunal do estado de Delaware, nos EUA. Após analisar o inteiro teor do processo instaurado por um grupo de acionistas da empresa, referido tribunal decidiu expressamente que diretores executivos também possuem dever de vigiar. Essa ação judicial foi movida com o objetivo de pleitear a responsabilização do diretor global de recursos humanos por ter pretensamente violado seu dever de vigiar ao ignorar, conscientemente, as *red flags* relativas a assédios sexuais e não os ter reportado ao conselho de administração ou ao diretor-presidente da companhia.

Vale destacar, por fim, que os contornos modernos e a evolução interpretativa do dever de diligência e de seus subdeveres devem ser acompanhados por todas as companhias e seus administradores. Os *stakeholders* (incluindo os órgãos fiscalizadores) estão cada vez mais exigentes quanto ao fortalecimento das estruturas de governança das companhias, demandando uma atuação mais diligente e profissional de seus administradores.

Sob qualquer ângulo de análise, essa discussão é fundamental para que melhoremos a percepção de confiança nas companhias – delimitando as responsabilidades dos administradores, individualizando e punindo apenas os reais responsáveis – de forma a contribuir para um ambiente de negócios mais confiável e estável. O aprimoramento constante dos sistemas de tecnologia, de controles internos e de riscos, das políticas internas de governança e da educação continuada dos administradores, gerentes e demais lideranças das companhias, aliado à contratação de assessores especializados e atualizados no assunto, são essenciais para que os administradores exerçam seu dever de diligência e se protejam de processos administrativos e judiciais cíveis e criminais, assim como de riscos reputacionais irreparáveis, para eles e para a própria companhia.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-dez-19/os-administradores-e-o-dever-de-vigiar/>