

# **REFLEXÕES ACERCA DOS PARÂMETROS PARA GESTÃO SEGURA NOS ENTES PÚBLICOS: A REGRA DA DECISÃO NEGOCIAL PODE INSPIRAR A ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO?**

Helena Telino Monteiro  
Vitor Rodrigues Sampaio Barbosa

---

## INTRODUÇÃO

A tomada de decisão diante de uma variedade de opções possíveis é uma constante na atuação dos gestores públicos. Não por outro motivo, a busca por parâmetros que assegurem segurança jurídica na atuação dos administradores públicos – sobretudo quando presentes elementos de discricionariedade em seu processo decisório – assume singular importância nas atuais reflexões do Direito Administrativo.

Na atual quadra do pensamento jurídico, já não há maiores dificuldades na aceitação da ideia de que os administradores de pessoas jurídicas são órgãos e não mandatários. Não há vontade da pessoa jurídica que não seja manifestada senão por seus órgãos. Logo, os administradores “presentam” diretamente a vontade da pessoa jurídica, sem propriamente representá-la.

Por outro lado, essa manifestação de vontade da pessoa jurídica – seja sociedade anônima, seja a Administração Pública direta ou autárquica – pelo Administrador não é propriamente livre, mas vinculada ao interesse da pessoa jurídica. Com efeito, a organização da pessoa jurídica não deixa de ser um instrumento para a realização de uma finalidade. É o fim da pessoa jurídica — e não a organização — o elemento que assegura a coerência desta.<sup>1</sup>

Há tempos tem-se estudado a aproximação entre o direito público e o privado não sendo poucas as análises sobre a inteireza do direito e a necessidade de diálogo entre as fontes e sistemas, com vistas a buscar nos institutos de um e outro ramo a racionalidade necessária para atuação coerente.

Tepedino<sup>2</sup> leciona que: “O despertar do Direito Civil (e, por conseguinte, da magistratura) para a vida além do Código,

na tentativa de abrir o sistema e buscar o conteúdo normativo dos preceitos codificados a partir do compromisso constitucional da sociedade, relaciona-se, por sua vez, a duas circunstâncias históricas que alteraram radicalmente a preocupação da civilística nas últimas décadas, relativizando os confins entre o direito público e o privado: (i) a dignidade da pessoa humana alçada a paradigma axiológico das relações privadas; (ii) as novas tecnologias, que alteram fundamentalmente a dogmática concernente à autonomia privada, tanto do ponto de vista subjetivo, quanto dos pontos de vista objetivo e formal. Deve-se conceber a constitucionalização do direito civil, portanto, não como o deslocamento topográfico de normas de direito privado para cartas políticas ou tratados internacionais, mas como procedimento metodológico de compreensão do ordenamento em sua complexidade, no âmbito do qual os valores constitucionais se incorporam aos normativos e à própria racionalidade da legislação infraconstitucional” (sem grifos no original).

À luz dessas reflexões busca-se investigar a possibilidade da advocacia pública orientar o Administrador Público para que, diante de várias decisões possíveis em cenário de discricionariedade, possa evitar que venha a ser pessoalmente responsabilizado, por meio da adoção das mesmas premissas fornecidas pelo princípio jurídico-societário do business judgment rule.

---

1 FRAZÃO, Ana. A responsabilidade civil de administradores de associações. Associações - Constituição, fundamentos e perspectivas. Editora processo, 2017, p.354.

2 TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. Revista novos estudos jurídicos. Santa Catarina: Univale editora. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos), D: 10.14210/nej.v24n1.p22-52R N E J - E, V. 24 - . 1 - JAN-ABR 2019, p. 26.

1. Um trajeto do hemisfério norte ao sul: breve relato da introdução da regra da decisão negocial (business judgment rule) no Direito Brasileiro

A regra da decisão negocial (business judgment rule) consiste em um critério de julgamento cunhado no direito societário estadunidense para informar a avaliação jurisprudencial ou arbitral quanto à conduta do administrador de uma sociedade empresária.

Naquele país, desde o leading case *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, 61 F. Supp. 905 (E.D. Pa. 1945) assentou-se a ideia de que os atos de gestão dos diretores de sociedades anônimas gozam de uma forte presunção de legitimidade e boa-fé, razão pela qual só devem ser infirmados pelo Poder Judiciário em caso de manifesta ilegalidade.

Da decisão americana, tem-se que o pressuposto retirado da legislação de regência estabelecia a obrigação de que os gestores deveriam guardar, na sua atuação, a boa-fé e diligência que os homens ordinariamente devem exercer sob circunstâncias similares em sua vida pessoal.<sup>3</sup> Nessa ordem de ideias, a Corte Distrital da Pennsylvania em 1945 consolidou o entendimento de que não é possível ao Judiciário analisar o mérito de uma decisão negocial em que o gestor tenha sido honesto, imparcial e razoável,<sup>4</sup> mesmo que dela resultem prejuízos à companhia ou aos acionistas.

Mais adiante, em *Gimbel v. Signal Cos*, 316 A.2d 599, 608 (Del. Ch. 1974), a business judgment rule foi definida como o princípio certificador de que os “os diretores das empresas são protegidos pela presunção a eles conferida pelo Direito de terem agido com boa-fé em relação aos interesses da empresa cuja gestão lhe foi conferida”.<sup>5</sup>

Como é natural no paradigma contemporâneo de globalização, que incide com maior peso no direito empresarial, não tardou que se cogitasse da aplicação dos mesmos parâmetros previstos na business judgment rule americana para a atuação dos administradores de sociedades anônimas estabelecidas em território brasileiro.

Para a linha intelectual que defende a aplicação da teoria americana, o permissivo para a sua inserção no ordenamento jurídico pátrio se apoiaria na excludente de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas prevista no art. 159, § 6º, da Lei 6.404/1976.

Ao tratar da ação de responsabilidade civil por prejuízos causados ao patrimônio social, a ser promovida pela S.A. em desfavor de seu administrador, a lei nacional estatui que “[o] juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

---

<sup>3</sup> In Pennsylvania, the relation of officers and directors to the corporation is stated in the Business Corporations Law 1933, P.L. 364, art. IV, § 408, 15 P.S. § 2852 408, as follows: “Officers and directors shall be deemed to stand in a fiduciary relation to the corporation, and shall discharge the duties of their respective positions in good faith and with that diligence, care and skill which ordinarily prudent men would exercise under similar circumstances in their personal business affairs.” *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, 61 F. Supp. 905 (E.D. Pa. 1945), acesso em 13/06/2022 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/61/905/1607268/>>

<sup>4</sup> “The question is frequently asked, how does the operation of the so-called ‘business judgment rule’ tie in with the concept of negligence? There is no conflict between the two. When the courts say that they will not interfere in matters of business judgment, it is presupposed that judgment reasonable diligence has in fact been exercised. A director cannot close his eyes to what is going on about him in the conduct of the business of the corporation and have it said that he is exercising business judgment. Courts have properly decided to give directors a wide latitude in the management of the affairs of a corporation provided always that judgment, and that means an honest, unbiased judgment, is reasonably exercised by them.”, acesso em 13/06/2022 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/61/905/1607268/>>

<sup>5</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 386.



Em exame do citado dispositivo legal, Nelson Eizirik é assertivo ao compreendê-lo como suficiente para assimilar os parâmetros da compreensão jurisprudencial norte-americana. Nas palavras do autor: No §6º adotou-se, também entre nós, o princípio da business judgement rule (“regra da decisão empresarial”) consagrada no direito societário norte-americano. No Estados Unidos, embora não tenha sido positivada, tal regra foi desenvolvida pelos tribunais em reiteradas decisões judiciais.

De acordo com a business judgement rule, presume-se que, ao tomarem uma decisão empresarial, os administradores agiram com os conhecimentos e informações adequadas e de boa fé, acreditando que ela atende aos interesses sociais. Assim, em tais circunstâncias, as decisões adotadas pelos administradores não podem ser revistas pelos tribunais, nem os sujeitam à responsabilização, ainda que se revelem posteriormente inadequadas ou mal sucedidas. [...]

Os administradores devem ter uma razoável margem de discricionariedade em sua atuação, podendo avaliar a conveniência e a oportunidade de determinadas decisões visando à maximização dos lucros da companhia.<sup>6</sup> A importação da teoria da business judgment rule, contudo, não é chancelada por toda a doutrina brasileira, pois há quem defenda que o art. 159, §6º da Lei 6.404/76 (Lei das S.A) não abrange todos os seus elementos, mas apenas a boa-fé e o atendimento ao interesse da Sociedade anônima.<sup>7</sup>

A despeito do dissenso doutrinário e da ausência de menção expressa à teoria pelos tribunais superiores brasileiros,<sup>8</sup> os critérios estabelecidos em *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.* encontraram campo fértil nos julgamentos promovidos pela Comissão de Valores Mobiliários, que por

excelência é sede para o escrutínio das condutas de administradores de sociedades anônimas abertas.

Relembra-se, pela notoriedade da deliberação, o Processo Administrativo Sancionador CVM Nº RJ2005/1443, relatado pelo Diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa, em que a autarquia reguladora do mercado de capitais acolheu ao argumento defensivo que invocara a teoria, com as seguintes considerações:

31. Para evitar os efeitos prejudiciais da revisão judicial, o Poder Judiciário americano criou a chamada “regra da decisão negocial” (business judgement rule), segundo a qual, desde que alguns cuidados sejam observados, o Poder Judiciário não irá rever o mérito da decisão negocial em razão do dever de diligência. A proteção especial garantida pela regra da decisão negocial também tem por intenção encorajar os administradores a servir à companhia, garantindo-lhes um tratamento justo, que limita a possibilidade de revisão judicial de decisões negociais privadas (e que possa impor responsabilidade aos administradores), uma vez que a possibilidade de revisão ex post pelo Poder Judiciário aumenta significativamente o risco a que o administrador fica exposto, podendo fazer com que ele deixe de tomar decisões mais arriscadas, inovadoras e criativas (que podem trazer muitos benefícios para a companhia), apenas para evitar o risco de revisão judicial posterior. Em razão da regra da decisão negocial, o

---

6 EIZIRIK, Nelson. A lei das S/A comentada – Volume III (artigos 138 a 205). 2ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 189-190.

7 BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. A business judgment rule no direito brasileiro: a problemática da recepção da regra pela lei das S.A. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, SP, v. 74, 2016.

8 Em consulta aos repositórios de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a inserção dos termos “business judgment rule” e “regra da decisão negocial” não retornou resultados válidos.

Poder Judiciário americano preocupa-se apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito. [...]

No acórdão em questão, não houve menção ao § 6º do art. 159 da Lei 6.404/1976 como fundamento normativo para a business judgment rule no Direito brasileiro. A teoria foi tratada por ocasião da análise do dever de diligência previsto no art. 153 da Lei das S/As, cuja redação em muito se assemelha à deliberação da Corte da Pensilvânia em *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, ao dispor 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”.

À adoção da teoria pela Comissão de Valores Mobiliários, ainda sob o manto do direito privado em sua face mais pura, seguiu-se a introdução da business judgment rule no âmbito do controle externo da Administração Pública.

No Tribunal de Contas da União, a teoria foi veiculada em diversas oportunidades nos entendimentos técnicos exarados pelas unidades de fiscalização.<sup>9</sup> Nesses casos, a sua inclusão nos acórdãos decorreu da praxe dos Ministros relatores de incorporarem, em seu relatório, a transcrição de trechos das manifestações dos Auditores de Controle Externo. A partir desses entendimentos do corpo de auditoria, pode-se afirmar que o Tribunal reconheceria os seguintes requisitos para aplicação da teoria da decisão empresarial:

(i) Decisão informada: A decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memoran-

dos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação;

(ii) Decisão refletida: A decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio; e

(iii) Decisão desinteressada: A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os standards do dever de lealdade (duty of loyalty).

Somam-se a esses parâmetros a presunção de boa-fé e os dados conhecidos até o momento em que a decisão foi tomada. A primeira menção à teoria na fundamentação – e não no relatório – de um acórdão do TCU ocorreu no julgamento de Tomada de Contas Especial na qual se analisava a conduta de gestores da Petrobras. Na ocasião, a compreensão unânime foi de que a business judgment rule não se aplica ao presente caso, haja vista que, como já dito na instrução técnica e acima demonstrado, os então gestores da Petrobras não se cercaram dos cuidados necessários para a tomada de decisão, pois era sabido que o modelo usina merchant era um negócio intrinsecamente de alto risco.<sup>10</sup>

À semelhança da CVM, o TCU também si-



tuou a regra da decisão negocial no contexto do art. 153 da LSA e do dever de diligência dos administradores, sem indicar expressamente o § 6º do art. 159 da Lei 6.404/1976, usualmente citado como fundamento pela doutrina brasileira.

A business judgment rule voltou a figurar na fundamentação do Acórdão n.º 2677/2018 do TCU,<sup>11</sup> novamente em processo de contas por suposto dano causado ao patrimônio da Petrobras. Na ocasião, ao se defrontar com a acusação de suposta inobservância dos deveres dos administradores das sociedades anônimas previstos nos arts. 153 e 158 da Lei 6.404/1976 por um dos gestores da estatal, o Relator Min. Benjamin Zymler ponderou:

99. O art. 158, em seu caput, traz pressuposto inspirado na denominada business judgment rule, ou “regra de decisão empresarial”, segundo a qual os administradores, não tendo agido contrariamente à lei ou ao estatuto social, e, dentro de suas atribuições, não terem atuado com culpa ou dolo, não são passíveis de responsabilização por prejuízos, caso estes decorram de prática de ato regular de gestão. Ocorre que a decisão que determinou a citação do Sr. José Sérgio Gabrielli deixou assente que o responsável sempre esteve ciente das gravíssimas irregularidades em curso no empreendimento, tendo negligenciado e se omitido de tomar as medidas cabíveis diante dos diversos apontamentos do TCU, falhando no seu dever de investigar.

Em conclusão, conquanto o TCU não tenha propriamente acolhido a business judgment rule como argumento defensivo nos casos citados, ao menos se pode afirmar com segurança que a Corte de Contas reconhece a aplicabilidade da teoria em solo brasileiro, bem como enxerga na

Lei das Sociedades Anônimas o fundamento normativo para a sua aplicação.

Disso, infere-se que a regra da decisão negocial tem aplicabilidade indiscutível às sociedades de economia mista – por serem necessariamente constituídas sob a forma de sociedade anônima, nos termos do art. 5º da Lei 13.303/2016 – e também a determinadas empresas públicas, desde que adotem o tipo societário de sociedade anônima.

Essa aplicação às empresas estatais se mostra compreensível, tendo em vista que o regime híbrido entre direito público e privado justifica em maior medida a necessidade de agilidade num cenário de competição, tornando cada vez mais comum a orientação importada do direito e julgados estadunidenses acerca da business judgment rule (regra da decisão empresarial ou negocial).<sup>12</sup>

Nota-se portanto que, por essa regra,<sup>13</sup> o Administrador de uma sociedade de economia mista pode se proteger contra eventual responsabilização por erros de julgamento em negócios que realize, desde que demonstre que sua decisão foi refletida, informada e desinteressada.

---

9 Cita-se, como exemplo: ACÓRDÃO 3052/2016 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 026.363/2015-1. TIPO DE PROCESSO RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA). DATA DA SESSÃO 30/11/2016

10 ACÓRDÃO 1850/2014 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 032.295/2010-3. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). DATA DA SESSÃO: 16/07/2014

11 ACÓRDÃO 2677/2018 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 000.168/2016-5. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). DATA DA SESSÃO 21/11/2018.

12 The rule was succinctly stated by Justice Shientag in *Casey v. Woodruff*, supra, 49 N.Y.S.2d at page 642:

“The directors are entrusted with the management of the affairs of the railroad. If in the course of management they arrive at a decision for which there is a reasonable basis, and they acted in good faith, as the result of their independent judgment, and uninfluenced by any consideration other than what they honestly believe to be for the best interests of the railroad, it is not the function of the court to say that it would have acted differently and to charge the directors for any loss or expenditures incurred.” *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, 61 F. Supp. 905 (E.D. Pa. 1945), acesso em 13/06/2022 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/61/905/1607268/>>

A partir dessas constatações, surge o questionamento: se um administrador de entidade privada integrante da Administração Pública pode eximir-se de responsabilização se valendo da business judgment rule, poderia também um gestor de órgão ou entidade pública se valer da mesma tese defensiva?

2. Uma nova fronteira para a regra da decisão negocial: o regime punitivo e resarcitório dos gestores de órgãos e entidades públicos

Em que pese os precedentes de direito empresarial tenham considerado a LSA como fundamento normativo, é possível extrair outras cláusulas gerais capazes de permitir a importação da teoria.

No que diz respeito ao Administrador Público, busca-se igualmente construir um cenário seguro em que lhe seja dado caminhar sem temer a responsabilização pessoal, especialmente em contexto de discricionariedade. Atualmente é comum que se defenda que diante de uma decisão discricionária o critério de controle restringe-se à legalidade, restando ao Administrador Público definir a conveniência e oportunidade da decisão adotada. Todavia, os conceitos de conveniência e oportunidade, por serem indeterminados, acabam por ocasionar insegurança jurídica muito mais do que prestigiar a separação de poderes, cuja teleologia buscou resguardar ao conferir ampla

margem de atuação para alcançar a finalidade pública.

Não são raras as vezes em que se noticiam condenações e investigações que demonstram a intenção de controlar a conveniência e oportunidade, substituindo a racionalidade do Administrador Público pela do Juiz, ou do órgão ministerial. Isso para não falar dos controles diários e condenações dos Tribunais de Contas, auxiliares que são do Poder Legislativo.

Se por um lado é correto afirmar que a Administração Pública não atua em cenário de concorrência, por outro é de se considerar que sua atuação não se distancia tanto do dia a dia de um Administrador de Sociedade de Economia Mista, por exemplo.

Isso porque a Administração Pública, direta e também autárquica, possui o dever constitucional de eficiência na prestação de seus serviços e seus gestores também se deparam com cenários de tomada de decisão num universo de discricionariedade perante o qual respondem de maneira subjetiva.

Nesse pormenor, um exemplo pode se mostrar revelador. Suponha-se o caso do gestor do regime próprio de previdência de um ente federativo, em cujas atribuições se inclui a realização de investimentos no mercado de capitais com o fito de obter receitas para o Fundo. Trata-se de atividade de alto risco que, mesmo em um cenário de uma decisão bem ponderada, pode resultar em um prejuízo ao ativo gerido. Nesse cenário, seria cabível imputar ao administrador do fundo de previdência a responsabilidade por dano ao erário, somente por ter ocorrido decréscimo patrimonial?

Em paralelo, alguém que desempenhe a mesma atividade, porém na gestão de um fundo de previdência complementar, estaria abrangido pela proteção da

13 Em voto proferido no Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 19/05, o Diretor Otavio Yazbek esclarece que se consolidou, nos Estados Unidos da América, o entendimento de que o conteúdo do dever de diligência possui duas naturezas distintas: uma de cunho negocial, sujeita ao teste da business judgment rule; e outra de natureza fiscalizatória, sujeita a uma análise de razoabilidade e de adequação. Isto significa que, mesmo no sistema norte-americano, e por diversas razões, o cumprimento do dever de constituir controles internos adequados e eficientes não se confunde com a tomada de decisões protegidas pela business judgment rule. (CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 19/2005. Relator: Diretor Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2009).



business judgment rule, enquanto o gestor público – cuja remuneração inclusive pode ser menos atrativa – ficaria sujeito a um regime sancionatório comum do Direito Administrativo?

É possível asseverar, portanto, que a regra da decisão empresarial é um standard de proteção do administrador que é capaz de orientar em que casos sua responsabilidade pode ser afastada, devendo caminhar lado a lado com a insindicabilidade do controlador quando se verificar a atuação dentro dos padrões legais e estatutários.

Como já frisado no tópico anterior, a linha de raciocínio que defende a aplicação da teoria da regra da decisão negocial no direito brasileiro o faz a partir das seguintes premissas.

Primeiro, o art. 159, §6º da Lei das S.A. (Lei nº 6.404/1976), segundo o qual “o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”, o que autorizaria a utilização dos parâmetros traçados pelo princípio da business judgment rule.

Segundo, o art. 153 da Lei nº 6.404/1976 traz como a primeira dessas obrigações o dever de diligência: “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”. Entre outros mandamentos, a diligência mencionada pelo art. 153 da Lei das S/A se traduz na devida fundamentação das decisões empresariais.

Terceiro, a aplicação do princípio da deferência consiste no respeito da autonomia decisória pelas cortes judiciais. Na prática, a aplicação desse princípio implica a definição dos limites da jurisdição dos tribunais. O grau adequado de deferência é construído a partir das especificidades do

caso concreto, devendo-se estabelecer o equilíbrio entre o princípio da separação dos poderes e os direitos constitucionalmente garantidos.<sup>14</sup>

Alexandre Santos de Aragão,<sup>15</sup> ao comentar a incidência da business judgment rule no regime jurídico das empresas estatais, ensina que:

“Assim, quando devidamente fundamentados, os atos de gestão das estatais detêm verdadeiro princípio da deferência diante de qualquer “órgão ou ente de controle”, que não pode se imiscuir “no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”, nos termos do art. 90 do Estatuto das Estatais.

É dentro do contexto da evolução da governança corporativa das empresas em geral, privadas ou estatais, que, no caso dessas, se soma a aplicação adaptada dos princípios do caput do art. 37 da CF. Há igualmente a incidência conjunta do publicista princípio da deferência e do princípio societário da business judgment rule. Essa incidência simultânea também aqui revela a junção de vetores publicistas e privatistas na mesma direção axiológica, no caso há de se prestigiar a decisão racional e razoável de gestão empresarial.” (sem grifos no original)

Deve-se atentar para o fato de que essas três premissas são passíveis de verificação na atuação do gestor público, uma vez que o dever de diligência constitui obrigação de meio, e não de resultado, o que leva à conclusão de que o mérito

---

14 ALLAN, T. R. S. Deference, defiance, and doctrine: defining the limits of judicial review. *University of Toronto Law Journal*, v. 60, n. 1, p. 41-59, Winter 2010. p. 42)

15 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Business Judgment rule e os limites sobre o controle das empresas estatais. IN: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.318 e 319. ISBN 978-85-450-0752-4.



do ato do administrador não deve ser perscrutado, sendo o exame da sua responsabilidade limitado à sua conduta no caso concreto.

Nesse aspecto é possível verificar certa semelhança no fundamento da regra da decisão negocial – segundo a qual o mérito do ato do administrador não pode ser objeto de questionamento, ainda que tenha causado prejuízo à companhia, desde que seja resultado de decisão negocial, tomada de boa-fé e sem conflito de interesses, dentro da discricionariedade conferida ao administrador pelo estatuto social – com a decisão tomada pelo gestor público a partir dos critérios de conveniência e oportunidade que qualificam um ato administrativo como discricionário.

Nessa ordem de ideias, cabe trazer à lume outra decisão da CVM, no processo administrativo sancionador CVM RJ2013/11703, nos termos do voto proferido pelo diretor Gustavo Tavares Borba:

16

“Assim, em se tratando de decisão negocial tomada pela Administração no âmbito da esfera de discricionariedade conferida pela legislação societária e pelo estatuto social, a business judgment rule pressupõe que, observados certos cuidados durante o processo decisório, não caberá ao julgador substituir-se aos administradores para avaliar a adequação e o mérito da decisão tomada. [...] Ao se aplicar a business judgment rule, restringe-se a esfera de atuação do julgador, a quem caberá analisar tão somente se o comportamento do administrador ao longo do processo decisório demonstra que ele atuou de maneira informada, refletida e desinteressada, ainda que, posteriormente, considerando os resultados obtidos, venha a se verificar que a decisão tomada não foi a mais benéfica para a companhia”

Diante do que até aqui analisado, a proposta desse artigo é de estabelecer os mesmos parâmetros do princípio do business judgment rule para defesa dos atos discricionários adotados pelo gestor público na Administração direta e autárquica.

A doutrina clássica aponta a existência de um critério jurídico e um prático para sustentar a existência da discricionariedade.<sup>17</sup> O primeiro utiliza-se da teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: tendo em vista os graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade, existente, portanto, para tornar possível a existência dos acréscimos.

No campo prático, a discricionariedade justifica-se para evitar o automatismo decorrente da aplicação rigorosa de regras preestabelecidas; e, também, diante da impossibilidade de a lei prever todas as situações possíveis que o Poder Público deve enfrentar. Nos dois casos, deve se considerar que a discricionariedade é fundamental para viabilizar o poder de iniciativa da Administração para atender às infinitas necessidades coletivas.

É sabido que a lei não estabelece, na maioria dos casos, com precisão, qual a situação de fato objetivamente identificável e qual a conduta única e perfeita a ser adotada pela Administração Pública perante tal situação.

Nessa ordem de ideias, a própria Lei de Introdução as Normas do Direito Brasi-

---

16 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, processo administrativo sancionador CVM RJ2013/11703, relator diretor Gustavo Tavares Borba, j. 31.07.2018

17 MARINO, Tiago Fuchs; FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. Controle judicial da discricionariedade administrativa, com enfoque na jurisprudência do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR, v. 19, n. 1, p. 87-114, jan./jun. 2016, p.96.

leiro (LINDB) em recente alteração trouxe inovações no que tange à responsabilidade do Administrador Público e contornos para controle de seus atos, ao estabelecer a necessidade de que o órgão de controle (qualquer que seja) leve em consideração as consequências jurídicas e administrativas da anulação de um ato, bem como leve em consideração as dificuldades reais do gestor.<sup>18</sup>

Para além dessas alterações, estabeleceu também a disciplina de sua responsabilização civil, prevendo que sua responsabilidade pessoal ocorre em caso de dolo ou erro grosseiro.<sup>19</sup>

Por sua vez, o Decreto 9.830/2019 ao regulamentar a LINDB assim dispôs acerca da responsabilização do gestor público, disciplinando os contornos do erro grosseiro, ao considerá-lo como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (art. 12, § 1º).

O art. 12 ainda prevê que complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização (§ 4º) e que o montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo (§ 5º). Ao fim, estatui-se que essas disposições não eximem o gestor do seu dever de diligência (§ 8º).

Vê-se, portanto, que a responsabilidade do gestor público é subjetiva e encontra disciplina no conceito de culpa grave e dolo, independe da relevância do dano, conta com o dever de diligência e deve levar em conta a complexidade da situação bem como a realidade enfrentada de forma específica e detalhada.

Nesse sentido, o mesmo Decreto 9.830/2019 estabelece em seu art. 13 que

a análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

Fica evidente que os artigos acima mencionados estabelecem as mesmas premissas e se baseiam nos mesmos vetores do princípio que originou a regra da decisão empresarial ou comercial. A ideia central que norteia sua aplicação, de forma ampla, é a de que os atos discricionários em razão do princípio da deferência e da separação das funções não merecem ter seu mérito vulnerado a menos que se prove a atuação desonesta, parcial ou desarrazoada.

Isso porque existe uma correlação entre o dever de diligência e transparência do administrador das Sociedades anônimas com o dever de diligência, transparência e fundamentação do gestor público.

A questão objeto de análise não traduz-se simplesmente na necessidade de proteção do gestor público, mas também na

---

18 Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento) Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

19 Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.



necessidade de proteção do ambiente decisório, dos investimentos e dos jurisdicionados.

Nessa toada, Luiz Cavalcante<sup>20</sup> demonstra alguns aspectos que concorrem para os baixos níveis de investimento no Brasil:

“Com base em dados do Banco Mundial e da Fondation pour le droit continental, esses aspectos são associados i) à precariedade do ambiente de negócios; e ii) aos elevados níveis de insegurança jurídica no país. A precariedade do ambiente de negócios é atribuída a três aspectos: i) carência de incentivos para que os agentes públicos busquem simplificar procedimentos no âmbito da administração pública; ii) reduzido rule of law, que induz à imposição de uma excessiva e rigorosa fiscalização ex ante; e iii) exigências redundantes resultantes da ausência de coordenação entre os diversos órgãos de governo e entre os entes da federação. Em particular, a carência de incentivos para simplificar procedimentos caracteriza uma espécie de “apagão das canetas”, uma vez que os agentes públicos evitam dar sequência aos processos burocráticos por temerem posterior questionamento judicial de seus atos. A insegurança jurídica é atribuída aos seguintes aspectos: i) existência de normas ambíguas e dispersas e, portanto, sujeitas a múltiplas interpretações; e ii) instabilidade jurisprudencial, que é caracterizada pela multiplicidade e pela dissonância de entendimentos no momento de aplicação das normas jurídicas. Busca-se, assim, reunir elementos para a formulação de políticas públicas capazes de elevar as taxas de investimento no Brasil por meio da melhoria do ambiente de negócios e da redução da insegurança jurídica” (sem grifos no original).

Cabe reconhecer que, diante de decisões de agências reguladoras, a postura de deferência pelo Poder Judiciário brasileiro tem se mostrado bastante produtiva e vem se baseando na jurisprudência americana consolidada desde 1984 após o julgamento *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, em que a Corte estabeleceu os parâmetros para se garantir deferência do Judiciário às interpretações que as agências realizam das normas que administram.

Segundo a Suprema Corte, os órgãos judicantes, ao analisarem a construção interpretativa de uma agência sobre o significado de uma norma que administra, deve considerar duas questões: primeiro, se o Congresso definiu diretamente a questão; se o Congresso foi claro, é o fim do problema para a Corte e para a agência, devendo respeitar a intenção inequívoca do Congresso. Caso não haja um posicionamento inequívoco do Congresso, a segunda questão a ser feita é a se a construção da agência se baseia numa interpretação possível da norma. Essa duas questões ficaram conhecidas como o *Chevron two-step test*.<sup>21</sup>

Vê-se aqui também que há deferência diante de opções possíveis de uma agência reguladora, de forma semelhante a um ato discricionário que possui várias maneiras de ser praticado. A doutrina *Chevron*, portanto, esclarece que os juízes não são especialistas da área em questão e tampouco são as autoridades

---

20 CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil, *Revista Direito e Desenvolvimento*, número 12-1, janeiro de 2021, p. 83.

21 SILVESTRE, Matheus Meott. Estado administrativo nos Estados Unidos e Brasil: Um modelo construído pela jurisprudência. *Transformações do Direito Administrativo: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 433.

legitimadas para fazer as escolhas políticas.

Esse entendimento de deferência pode ser trazido também para os atos administrativos discricionários, uma vez que a autoridade administrativa é a pessoa legítima para em cenário de conveniência e oportunidade praticá-lo.

#### CONCLUSÃO

Como se buscou demonstrar, a insegurança jurídica associada aos conceitos de conveniência e oportunidade, bem como o ativismo judicial no país com responsabilização massiva de gestores públicos, não afetam somente a esfera privada do gestor. Criam, em essência, um cenário de baixo desenvolvimento político, econômico e social que precisa ser enfrentado. Nesse sentido, ressalta Cavalcante:<sup>22</sup> “Todos esses aspectos têm repercussões negativas sobre os níveis de investimento e, portanto, sobre o desenvolvimento econômico e social. Nesse sentido, a elaboração de políticas públicas capazes de lidar com eles é um desafio que precisa ser urgentemente enfrentado. Trata-se, portanto, de uma agenda de pesquisa que pode amparar a formulação de políticas públicas capazes de elevar as taxas de investimento no Brasil por meio da melhoria do ambiente de negócios e da redução da insegurança jurídica sem sacrificar as medidas de combate à corrupção e ao mau uso de recursos públicos. Uma agenda de pesquisa dessa natureza é obviamente interdisciplinar, uma vez que o tema, além de envolver aspectos relacionados à gestão pública, tem uma clara interface com a área de direito, uma vez que aspectos de natureza legal e jurí-

dica mantêm forte associação com o ambiente de negócios e com a insegurança jurídica”.

Desse modo, é necessário buscar parâmetros objetivos em que se possa fornecer ao gestor público um caminho seguro para decidir a prática de um ato administrativo. A partir do diálogo das fontes, e da aproximação do direito público e privado, é possível extrair das conclusões da business judgment rule a objetividade necessária para fundamentação do ato administrativo. Em que pese não se tratar de ato empresarial, as premissas de honestidade, diligência, boa-fé e atendimento ao interesse geral de modo imparcial também devem estar presentes na atuação administrativa ordinária.

Conclui-se afirmando a possibilidade de que os parâmetros a serem seguidos pelo administrador de uma sociedade anônima diante de uma decisão negocial podem ser utilizados pelo administrador público na prática de um ato discricionário. A exclusão de sua responsabilidade pode ser aferida a partir da demonstração de que a decisão do gestor público foi adotada de forma imparcial, informada e refletida.

Isso porque a aplicação da referida teoria desdobra-se em duas fórmulas principais: primeiro, a presunção de o administrador age sobre uma base informada em boa-fé e na crença honesta de que a ação foi tomada no melhor interesse da companhia; e segundo, a ideia de que o mérito das decisões dos administradores é insuscetível de alteração judicial, salvo hipótese de fraude, conflito de interesses, ilegalidade ou negligência grave.

Por fim, registra-se que a atuação em ambiente de segurança jurídica e conhecimento prévio das regras aplicáveis pelos órgãos de controle ultrapassa a esfera

---

22 CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil, Revista Direito e Desenvolvimento, número 12-1, janeiro de 2021, p. 94.



privada do administrador, para garantir à sociedade um ambiente propício de desenvolvimento econômico e social, em que cada função tem sua atribuição preservada contribuindo para o fortalecimento das políticas públicas e da democracia como um todo.

Outrossim, a necessidade de que a conveniência e oportunidade acerca da prática de um ato administrativo seja demonstrada através do preenchimento dos requisitos de impessoalidade, honestidade, colhendo-se todas as informações possíveis e de forma refletida favorece o ambiente democrático pois coloca sob o gestor o ônus da motivação a partir de premissas concretas e demonstráveis.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção e SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. Efetividade dos mecanismos internos de controle da companhia e a responsabilidade dos administradores. Ebook Compliance Teoria e Prática. Editora Foco, Nova Indaiatuba, SP, 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Business Judgment rule e os limites sobre o controle das empresas estatais. IN: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). Direito Administrativo e Corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2020. ISBN 978-85-450-0752-4.

BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO 1850/2014 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 032.295/2010-3. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). DATA DA SESSÃO: 16/07/2014

\_\_\_\_\_. ACÓRDÃO 3052/2016 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 026.363/2015-1. TIPO DE PROCESSO RE-

LATÓRIO DE AUDITORIA (RA). DATA DA SESSÃO 30/11/2016.

\_\_\_\_\_. ACÓRDÃO 2677/2018 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 000.168/2016-5. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). DATA DA SESSÃO 21/11/2018.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. A business judgment rule no direito brasileiro: a problemática da recepção da regra pela lei das S.A. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, SP, v. 74, 2016.

CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil, Revista Direito e Desenvolvimento, número 12-1, janeiro de 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, processo administrativo sancionador CVM RJ2013/11703, relator diretor Gustavo Tavares Borba, j. 31.07.2018

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19/2005. Relator: Diretor Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2009.

EIZIRIK, Nelson. A lei das S/A comentada – Volume III (artigos 138 a 205). 2ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.

FRAZÃO, Ana. A responsabilidade civil de administradores de associações. Associações - Constituição, fundamentos e perspectivas. Editora processo, 2017.

MACHADO, Flávia Costa. Silva, Giulia Dorneles. Sobre os deveres fiduciários dos administradores societários e a aplicação do business judgment rule no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito Dom Helder, Curitiba. 4-9, julho de 2021.

MARINO, Tiago Fuchs; FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. Controle judicial da discricionariedade administrativa, com enfoque na jurisprudência do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*, v. 19, n. 1, p. 87-114, jan./jun. 2016.

Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co., 61 F. Supp. 905 (E.D. Pa. 1945), acesso em 13/06/2022 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/61/905/1607268/>>

SADDY, André. Deveres dos administradores, responsabilidades e business judgment rule nas sociedades anônimas estatais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 70-113, jan./jun. 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.001.AO04>;

SANTOS, Laura Soares Miranda; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Deveres e responsabilidades dos administradores de sociedades anônimas e o business judgment rule no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 10-24, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p10. ISSN: 2178-8189.

SEAWARD, Allan Trevor Robert. Deference, defiance, and doctrine: defining the limits of judicial review. *University of Toronto Law Journal*, v. 60, n. 1, p. 41-59, Winter 2010.

SILVESTRE, Matheus Meott. Estado administrativo nos Estados Unidos e Brasil: Um modelo construído pela jurisprudência. *Transformações do Direito Administrativo: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

STANKEVECZ, Rafael Velloso. A permeabilidade dos setores público e privado no sistema

TEPEDINO, Gustavo. *Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis*. Revista novos estudos jurídicos. Santa Catarina: Univale editora. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos), D: 10.14210/nej.v24n1.p22-52R N E J - E, V. 24 - . 1 - JAN-ABR 2019