

PINHEIRONETO
ADVOGADOS

DEVERES E RESPONSABILIDADES DOS
ADMINISTRADORES: UMA VISÃO PRÁTICA

A responsabilidade dos administradores na lei
societária

19 de março de 2014

AGENDA

- Contexto atual
- Visão geral dos deveres dos administradores na Lei das S.A.
- A responsabilidade dos administradores
- Exemplo de risco prático

Contexto atual



MÁ NOTÍCIA
(para administradores)

A vida dos administradores de companhias abertas não está nada fácil, no front legal...

Atuação da CVM com base no modelo de Supervisão Baseada em Risco – 2013/2014

- **EVENTO DE RISCO N.º 1**

Não prestação ou atraso na entrega das informações periódicas por parte das companhias.

1. Verificar o atraso e a não entrega das informações periódicas
2. Realizar os procedimentos de enforcement

- **EVENTO DE RISCO N.º 2**

Não divulgação adequada, pelas companhias, seus administradores ou acionistas, de informações úteis, capazes de afetar as decisões de investimento e o exercício de direitos por parte dos acionistas minoritários.

1. Divulgação de atos ou fatos relevantes
2. Verificação do conteúdo das propostas de administração para as assembleias gerais ordinárias
3. Verificação das informações objeto do Formulário de Referência

Atuação da CVM com base no modelo de Supervisão Baseada em Risco – 2013/2014

- **EVENTO DE RISCO N.º 3**

Elaboração e divulgação, pelas companhias, das informações econômico-financeiras em desacordo com a regulamentação vigente e com as disposições estatutárias das sociedades.

1. Verificar a conformidade das demonstrações financeiras das companhias às normas contábeis expedidas pela CVM e aos padrões internacionais de contabilidade

- **EVENTO DE RISCO N.º 4**

Existência de irregularidades nas propostas e decisões da administração, nas deliberações em assembleias gerais e na condução dos negócios por parte dos controladores e órgãos de administração.

1. Operações de fusão, cisão e de incorporação envolvendo companhias abertas
2. Transações com partes relacionadas
3. Deliberações sobre aumento de capital por subscrição privada
4. Deliberações sobre redução de capital
5. Deliberações sobre conversão de ações

Supervisão Baseada em Risco Relatório Semestral jan-jun/2013

“Na área de empresas, sobre a supervisão da divulgação adequada de informações – Evento de Risco 2, vale destacar a atuação conjunta da CVM e da BM&FBOVESPA, que juntas totalizaram quase 1.400 ações no semestre, e que resultaram, na CVM, em exigências de melhoria, ofícios de alerta ou de recomendação, multas e termos de acusação, sendo que a grande maioria das companhias questionadas complementaram as informações. Com relação às ações sobre a qualidade das demonstrações financeiras – Evento de Risco 3, do total de exames encerrados no semestre, 81% geraram enforcement, através de ofícios de alerta, de recomendação ou de determinação de refazimento.”

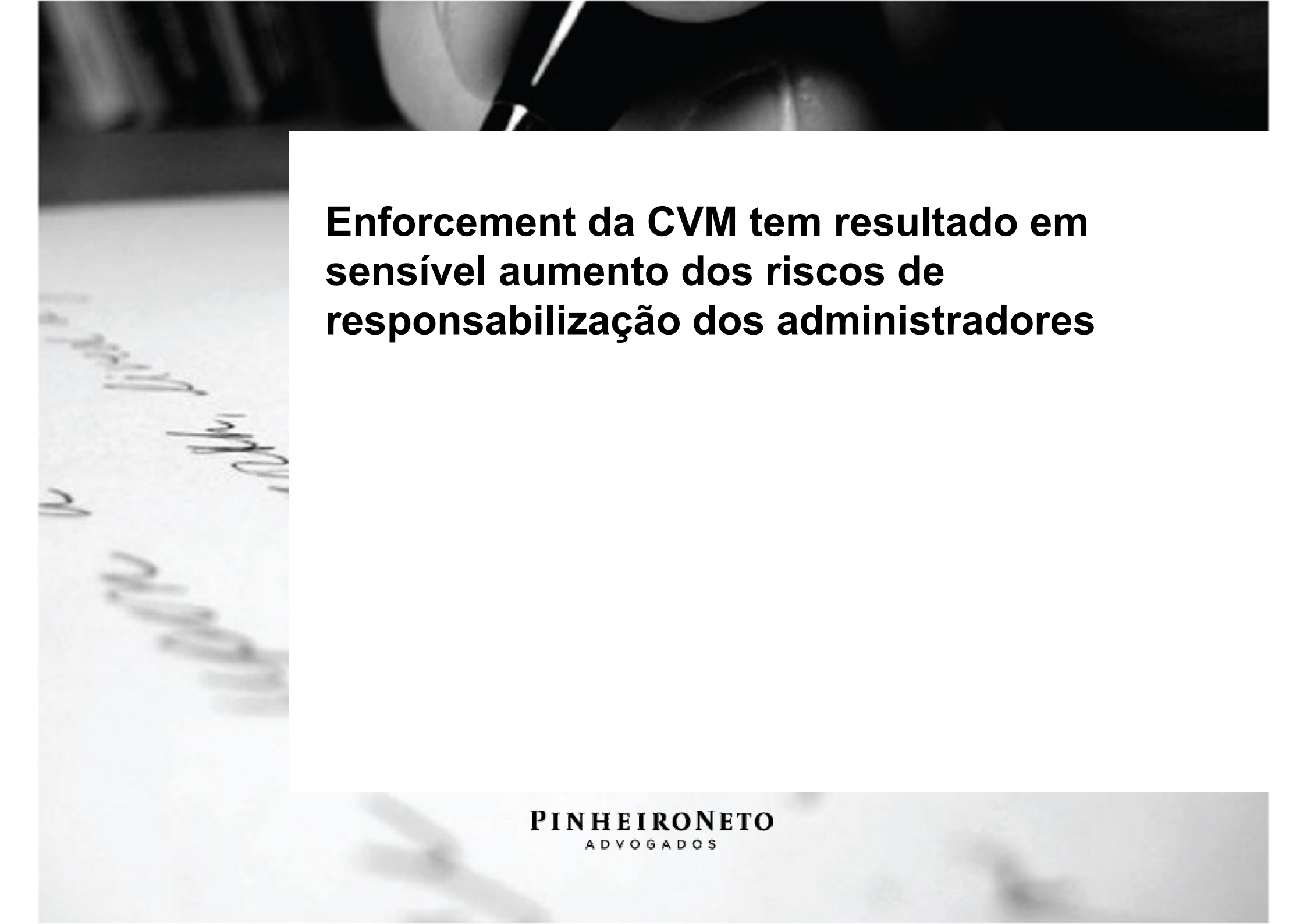
Exemplo: Evento de Risco nº 2 | Divulgação de Atos ou Fatos Relevantes - Resultados da Supervisão

- No 1º semestre de 2013, os trabalhos de acompanhamento da BM&FBOVESPA e de supervisão direta da SEP apresentaram os resultados a seguir:

	Exigências Feitas pela Bolsa	Não atendimento à Bolsa	Reiteraões feitas pela CVM	Não atendimento à CVM
Total	155	18	15	3

Supervisão direta / grupos	Total
Ofícios enviados pela SEP	42
Processos instaurados para análise	69
Ofício de Alerta	1

- Dos nove processos instaurados, **quatro resultaram em abertura de processo administrativo sancionador** - Termo de Acusação.



Enforcement da CVM tem resultado em sensível aumento dos riscos de responsabilização dos administradores

Qual a solução?

- Conhecer dos deveres e responsabilidades dos administradores
- Qualificar os diretores e conselheiros
- Implementar as melhores práticas de governança corporativa em toda a organização
- Desenvolver a “Cultura de Companhia Aberta”
- Ter uma boa apólice de seguro (D&O)

Visão geral dos deveres dos
administradores na Lei das
S.A.

Dever de Diligência

- Artigo 153 da Lei das S.A.:

“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.”

Padrão de diligência de homem ativo e probo: conduta de um homem de negócios (comportamento que um comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência de seus próprios negócios, o que envolve a assunção de riscos para obter lucros), diferentemente do bom pai de família, que busca manter o patrimônio.

- Abrange alguns outros deveres:
 - **Dever de se informar:** não pode se aventurar a decidir sobre matérias das quais não tem expertise (faz parte do seu dever analisar de se necessita de auxílio).
 - **Dever de vigilância:** monitorar o andamento dos negócios e execução das deliberações.
 - **Dever de investigar:** investigar fatos de que tome conhecimento ou que despertem interesse.
 - **Dever de intervir:** constatado indício ou irregularidade, atuar para a coibir ou regularizar a situação.
 - **Dever de assiduidade:** comparecer às reuniões do órgão do qual participa, ausência deve ser justificada e não pode ser reiterada.
- Verificação da diligência do administrador é feita mediante análise do caso concreto.

Questão prática: como comprovar que o administrador foi diligente?

Finalidade de Atribuições e Desvio de Poder

- Art. 154 da Lei das S.A.:

“O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

§1º Administradores eleitos por determinado grupo ou classe de acionistas têm, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para a defesa dos interesses daqueles que os elegeram, faltar ao esses deveres.

§2º É vedado ao administrador:

a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;

b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, **tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;**

c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do seu cargo.

Questão prática: qual o interesse da companhia? Há favorecimento da controladora na transação?

Dever de Lealdade

- Artigo 155 da Lei das S.A.:

“O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir”.

- Condutas exemplificadas não são exaustivas.
- Questões sobre aproveitamento de oportunidade comercial: (1) oportunidade seria pessoal ou da companhia? (2) a companhia não tem condições financeiras ou patrimoniais de aproveitar a oportunidade? (3) os órgãos de administração decidiram não aproveitar a oportunidade oferecida, sem que o administrador tenha participado da deliberação?
- Primazia do interesse da Companhia: o administrador deve agir consoante o melhor interesse da companhia, nunca em interesse próprio ou de terceiro, ainda que acionista.

Dever de Sigilo e Proibição de Insider Trading

- Artigo 155 da Lei das S.A.:

“§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.”

- § 2º **“O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.”**
- § 4º **“É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.”**

- Art. 27-D da Lei 6.385/76, incluído pela Lei 10.303/01:

**“Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:
Pena: reclusão, de 1 (um) a 5 anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.”**

Dever de Informar

- Artigo 157 da Lei das S.A.:

“O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações (...) de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular.”,

§ 1º “O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembléia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social (...) (e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia”,

§ 4º “Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa (...) fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia”.

Conflito de Interesses

Art. 156 da Lei das S.A.:

“É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação a que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata da reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e a extensão do seu interesse.

§ 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis e equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º O negócio contratado com infração ao disposto no § 1º é anulável, e o administrador é obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.”

Questões práticas: o conflito no âmbito da administração é formal ou material? Como demonstrar a razoabilidade e equidade da transação? Em que situações o administrador tem interesse conflitante na deliberação sobre transações com o acionista que o elegeu?

A responsabilidade dos administradores

Responsabilidade dos Administradores

Art. 158 da Lei das S.A.:

“O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.”

Ato Regular de Gestão e Business Judgment Rule

- Artigo 158 da Lei das S.A.:

"O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão..."

Atos regulares de gestão: atos realizados pelos administradores na consecução do objeto social, em conformidade com a lei, o estatuto e seus deveres (diligência, lealdade, sigilo e informar).

- Obrigação de meio: o administrador não se pode garantir resultado positivo da gestão.
 - Diferente da atividade de *Trustee*: administrador não apenas mantém bem alheio, mas deve enfrentar riscos para maximizar lucro (objetivo das sociedade anônimas).
 - Administrador possui margem de discricionariedade dentro da qual escolhe tomar uma ou outra decisão.
 - Investidor corre o risco do administrador ineficiente, mas não o do administrador desonesto ou irresponsável.
- Artigo 159, § 6º da Lei das S.A.:

"O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido que este agiu de boa-fé e visando o interesse da companhia."

- Adoção do *Business Judgment Rule* do direito norte-americano: decisão tomada sem conflito de interesses, com boa-fé estando devidamente informado.

Co-responsabilidade dos Administradores

Art. 158 da Lei das S.A.:

“§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.”

Co-responsabilidade dos Administradores – Cont.

Art. 158 da Lei das S.A.:

“§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.”

Ações de Responsabilidade Civil

- **Ação Social (ressarcir danos causados à Companhia):**

- Companhia é, a princípio, única competente para mover ação de reparação de danos causados a ela.
- Necessária aprovação prévia em assembleia-geral, por maioria simples, para sua propositura, mesmo que ação seja contra ex-administrador (não é possível delegação ou alteração deste requisito).
 - Acionista controlador que elegeu administrador, a princípio, não possui conflito de interesse para votar.
 - Se a assembleia deliberar pela propositura da ação, ocasiona o impedimento e eventual substituição do administrador.
 - Pode ser proposta por qualquer acionista caso não seja proposta após 3 meses de decisão assemblear que aprovou sua propositura (acionista age como substituto processual).
 - Pode ser promovida por acionistas que representem, pelo menos, 5% do capital social caso a assembleia decida por não propor tal ação (acionistas agem como substitutos processuais). Não gera o impedimento do administrador.

Ações de Responsabilidade Civil - Continuação

- **Ação Individual (ressarcir danos a acionistas ou a terceiros):**
 - Acionista ou terceiro deve ter sofrido dano direto a seu patrimônio.
 - Dano reflexo não autoriza propositura da ação (ex: prejuízo ao patrimônio da sociedade diminui o valor da ação do acionista, mas não viabiliza tal ação, dano deve ser reparado perante a Companhia, por meio de ação social).
- Direito à ação de responsabilidade prescreve em 3 anos, contado da publicação da ata que tiver aprovado as demonstrações financeiras do exercício em que tiver ocorrido o ato ilícito do administrador.

Responsabilidade Administrativa

- A apuração da irregularidade se dá no âmbito da CVM, conforme a Lei 6.385 de 7 de dezembro de 1976, conforme alterada ("Lei 6.385").
- Procedimento é instalado pela própria CVM, dentro de sua atribuição de fiscalização, podendo, os fatos irregulares, chegarem a seu conhecimento por meio de denúncia.
- Sanções aplicáveis pela CVM: (1) advertência; (2) multa; (3) suspensão do exercício do cargo de administrador ou conselheiro fiscal de companhia aberta ou de entidade que dependa de autorização ou registro na CVM; (4) inabilitação de até 20 anos para os cargos referidos em "3"; (4) suspensão da autorização ou registro para atividades disciplinadas pela Lei 6.385; (6) cassação de autorização ou registro para atividades disciplinadas pela Lei 6.385; (7) proibição de até 20 anos para prática de atividades ou operações para integrantes do sistema de distribuição ou entidades que dependam de autorização ou registro na CVM; (8) proibição de até 10 anos de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operações no mercado de valores mobiliários.
- Se durante inquérito CVM verificar ocorrência de crime de ação pública, oficiará o Ministério Público para propositura da ação.

Responsabilidade Penal

- Conduta deve ser prevista como crime, podendo ser enquadrados os que tiverem concorrido para o crime, mediante ação (praticando a conduta criminosa) ou omissão (deixando de tomar decisões ou atitudes que pudessem evitar a ocorrência do crime, quando tinham o dever e a possibilidade de evitá-lo).
- Somente pessoas físicas podem ser responsabilizadas, ressalvados casos de danos contra o meio-ambiente.
- Exemplo: Infração quanto ao dever de Informar por ocultação de fatos ou afirmações falsas
 - Pode se enquadrado no artigo 177 do Código Penal (pena de reclusão de 1 a 4 anos).
 - Incorrem na mesma pena, o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembléia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo.
- Outros exemplos podem ser encontrados na Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, conforme alterada, na Lei 6.385 e em outras leis esparsas.

Exemplo de risco prático

Exemplo Risco Prático – Dever de Informar Fato Relevante na Instrução 358

“Art. 2º - Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que **possa influir de modo ponderável**:

I - na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados;

II - na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários;

III - na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados.”

Como determinar se o fato pode ou não influir de modo ponderável na cotação dos valores mobiliários ou na decisão dos investidores? A quem cabe o juízo de valor?

O juízo de valor sobre a potência do impacto do fato

- Voto do Diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa, no Processo Administrativo Sancionador CVM nº 2006/4776:

“47. Dado que a decisão de publicar o fato relevante se dá, via de regra, antes que ele seja de conhecimento do público³⁹, na maioria das vezes, **o administrador deve fazer juízo de valor sobre a probabilidade de que ele impacte a decisão de negociar valores mobiliários emitidos pela companhia, sem, no entanto, poder confirmar, antes da divulgação, se o fato realmente influenciará a decisão dos investidores. É, por isso, que a análise é sobre a "potência" de impacto e não sobre o real impacto.**”

O juízo de valor sobre a potencia de impacto de um fato – cont.

- Voto do Diretor Marcelo Trindade, no Processo Administrativo Sancionador CVM nº 2006/4776:

“4. No tocante ao impacto no mercado, embora o voto do Relator esclareça que, no caso concreto, as cotações das ações da (...) foram afetadas, é sempre bom lembrar (como também foi dito pelo Relator) que o "impacto efetivo" na cotação das ações não se confunde com o impacto potencial de que trata a lei. O impacto efetivo poderá não se verificar na prática e, muitas vezes, por razões externas à própria companhia. O mercado pode estar num momento tão aquecido a ponto de notícias que, em outros cenários, poderiam afetar a cotação das companhias, não a afetem, porque há outras notícias melhores fazendo com que aquelas cotações não sejam afetadas. **De todo modo, o juízo que o administrador deve fazer é um juízo considerando a potencialidade de impacto. Claro que esse juízo primário, como a defesa ressaltou da Tribuna, pertence ao administrador, mas ele deve fazê-lo ponderando essa potência de impacto, até porque ninguém tem como saber, antecipadamente, se a decisão vai ou não causar impacto efetivo.**”

Risco Prático – Questionamento pela CVM do juízo de valor é posterior à decisão do administrador

Voto do Diretor Relator, Sr. Marcelo Trindade, no Inquérito Administrativo CVM nº 22/99:

“Não se quer nem de longe negar que a CVM possa e deva julgar a qualidade da informação prestada, e o acerto ou o erro de sua retenção indevida ou divulgação açodada. Mas, quando o fizer, **deve a CVM ter em conta que estará realizando um *post mortem***. Dessa maneira, e **em não havendo *insider trading*, o rigor na análise fria e posterior dos fatos deve ser temperado** pela lembrança de que as decisões foram tomadas no calor dos acontecimentos, sob a tensão do momento.” (grifamos)

Muito Obrigado!

Contato:

Henrique Lang
(5511) 3247-8618
hlang@pn.com.br

PINHEIRONETO
ADVOGADOS

PINHEIRONETO

ADVOGADOS

São Paulo

R. Hungria, 1.100
01455-906

São Paulo . SP

t. +55 (11) 3247 8400

f. +55 (11) 3247 8600

Brasil

Rio de Janeiro

Rua Humaitá, 275 . 16º andar
22261-005

Rio de Janeiro . RJ

t. +55 (21) 2506 1600

f. +55 (21) 2506 1660

Brasil

Brasília

SAFS, Quadra 2 . Bloco B
Ed. Via Office . 3º andar

70070-600 . Brasília . DF

t. +55 (61) 3312 9400

f. +55 (61) 3312 9444

Brasil

Nome do advogado

f. +55(11)3247 8400

E-mail@pn.com.br