

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E O DEVER DE DILIGÊNCIA

GT Interagentes

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E O DEVER DE DILIGÊNCIA

**GT Interagentes
2014**

Créditos

Este trabalho foi elaborado pelo subgrupo Responsabilidade dos Administradores do GT Interagentes.

GT Interagentes

Entidades-membros: ABRAPP, ABRASCA, ABVCAP, AMEC, ANBIMA, APIMEC, BMF&BOVESPA, BRAIN, IBGC, IBMEC e IBRI

Entidades observadoras: BNDES e CVM

Subgrupo Responsabilidade dos Administradores

Redação: Richard Blanchet e Lucila Silva

Participação:

André Pitta - BM&FBOVESPA

André Luiz Gonçalves - IBRI

Aparecida Ribeiro Garcia Pagliarini - ABRAPP

Bruno Lintz dos Santos - BNDES

Carlos Alberto Rebello - BM&FBOVESPA

Flávio Maia - ABRASCA

Leandro Ravache - BNDES

Lucila Silva - AMEC

Luiz Roberto Calado - BRAIN

Marco Pisani - ABVCAP

Maria Isabel Bocater - ABRASCA

Reginaldo Alexandre - APIMEC

Richard Blanchet (coordenador) - IBGC

Valéria Arêas - ANBIMA

Wang Horng - CVM

APRESENTAÇÃO

Formado por representantes de diversas entidades do mercado de capitais brasileiro, o Grupo de Trabalho Interagentes¹ (“GT Interagentes”) foi criado em 8 de março de 2013, a partir da percepção de que, não obstante a importância de cada entidade continuar atuando de forma a contribuir para o desenvolvimento de sua específica área de atuação, havia, como de fato há, espaço para uma atuação conjunta sobre um tema central que é comum a todas elas, qual seja: o desenvolvimento e aprimoramento do mercado de capitais brasileiro.

Dentre os diversos temas identificados pelo GT Interagentes, o relativo à responsabilidade dos administradores, assim entendidos os diretores estatutários e conselheiros de administração, assume especial relevância. Ao ser eleito como administrador, o Conselheiro ou Diretor torna-se titular ou sujeito de uma série de atribuições, prerrogativas, obrigações, deveres e responsabilidades, próprios da condição do cargo, que o diferenciam de outras pessoas que ocupam as demais funções na Companhia.

Infelizmente, nem todos os administradores têm a real compreensão das responsabilidades que lhes são impostas pela legislação e, mesmo quando compreendem, não sabem exatamente como agir de forma a atender aos seus deveres legais e estatutários.

Em 2012, o IBGC lançou o seu Guia de Orientação Jurídica de Conselheiros de Administração e Diretores (“Guia do IBGC”), com o objetivo de ser, para os administradores das sociedades anônimas, de capital aberto ou fechado, e, de forma supletiva, das sociedades limitadas, um guia básico de orientação prático sobre os principais aspectos de natureza jurídica relacionados ao cargo de administrador, incluindo-se a aceitação, eleição, posse, exercício e término do mandato de um administrador.

O objetivo deste trabalho é dar continuidade a esse guia de orientação dos administradores, mas com foco nas suas responsabilidades. Tendo o Guia do IBGC

1. O Grupo de Trabalho Interagentes (“GT Interagentes”) é composto por representantes da ABRAPP (Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar), ABRASCA (Associação Brasileira das Companhias Abertas), ABVCAP (Associação Brasileira de Private Equity & Venture Capital), AMEC (Associação de Investidores no Mercado de Capitais), ANBIMA (Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais), APIMEC (Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais), BM&FBovespa, BRAiN (Brasil Investimentos e Negócios), IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa), IBMEC (Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais) e IBRI (Instituto Brasileiro de Relações com Investidores).

como ponto de partida, notadamente na parte que discorre sobre o tema da responsabilidade dos administradores², o presente trabalho procura orientar os administradores de sociedades anônimas, de capital aberto ou fechado, a respeito dos procedimentos e obrigações que devem ser seguidos para que possam cumprir, de maneira efetiva, o dever de diligência que lhes foi imposto pela Lei 6.404/76.

Evidentemente, como toda obra que tem por objetivo servir de guia básico, sem pretensão de esgotar o tema por ela abordado, o presente documento não deve ser utilizado como resposta a casos concretos, que demandam sempre consultar um profissional qualificado.

2. Alguns textos do presente trabalho são reproduções, totais ou parciais, de partes do Guia do IBGC, que, para melhor fluência do texto, não são citadas a cada passagem.

1. Deveres e responsabilidades dos administradores

A responsabilidade dos administradores

Antes de tudo, é preciso que o administrador tenha a exata compreensão de que, não obstante a regra geral prevista no artigo 158 da Lei das S/A, segundo a qual “o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão”, pode ele responder com os próprios bens pelos prejuízos causados à Companhia ou pela Companhia a terceiros, quando, nos termos do mesmo artigo, “proceder, dentro de suas atribuições, com culpa ou dolo ou violação da lei ou do Estatuto”.

Note-se que a Lei das S/A estabelece dois critérios para a responsabilidade dos administradores: (i) “proceder, dentro de suas atribuições, com culpa ou dolo”, e (ii) “violação da lei ou do Estatuto”. A diferença essencial entre as duas situações reside no chamado ônus da prova. Ao contrário da primeira hipótese (“atuação dentro de suas atribuições com culpa e dolo”), em que compete à parte prejudicada a comprovação do dolo ou da culpa do administrador, na segunda hipótese (“violação da lei ou Estatuto”), a culpa do administrador é presumida. Cabe a ele, neste caso, o ônus de provar a ocorrência de motivo que exclua a ilicitude do fato e o isente de responsabilização.

De qualquer maneira, não estando presentes nenhum destes elementos (culpa, dolo, violação de lei ou do Estatuto), ainda que a Companhia tenha sofrido prejuízo ou causado prejuízo a terceiros, não há o que se falar na responsabilidade dos administradores, como, aliás, vem reiteradamente decidindo a CVM³. Por outro lado, estando presentes quaisquer deles, responderá o administrador com seus próprios bens pelos prejuízos que causar à Companhia ou a terceiros.

A conduta dolosa é facilmente percebida pelo administrador, já que ele comete o ilícito de forma deliberada. A maior dificuldade, no entanto, está em o próprio administrador identificar que está atuando de forma culposa, o que ocorre quando ele age com: (i) **imprudência** (deixar de adotar as cautelas necessárias), (ii) **negligência** (deixar de agir de forma diligente) ou (iii) **imperícia** (agir com inaptidão técnica).

Muitas vezes o administrador age na firme convicção de que está atuando de forma diligente e no melhor interesse da Companhia, mas por desconhecimento,

3. Ver Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ 2005/1443.

pressa ou falta de estrutura, acaba por adotar medidas que, uma vez analisadas pelas autoridades administrativas ou judiciais, indicam clara violação aos deveres impostos pela legislação aos administradores, em especial, o dever de diligência.

Compreender e agir de acordo com estes deveres é, portanto, o único caminho para uma atuação que afaste ou minimize suas responsabilidades.

A responsabilidade pelos atos de outros administradores

Segundo expressa disposição do artigo 158, §1º da Lei das S/As, “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”. O texto é bastante claro em fixar a responsabilidade individual dos administradores, impondo a solidariedade apenas nos casos citados, que reforçam a necessidade de uma atuação diligente, não apenas em relação aos seus próprios atos, como também aos praticados por outros administradores.

O §2º do mesmo artigo 158 prevê ainda outra hipótese de responsabilidade solidária ao afirmar que “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”. Apenas para companhias abertas é que a responsabilidade solidária ficará restrita aos administradores que, por disposição do Estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres (artigo 158, §3º). No silêncio do Estatuto, a responsabilidade será solidária também nas companhias abertas.

Um administrador também poderá responder de forma solidária pelos atos ilícitos praticados por seu predecessor ou pelo administrador competente na hipótese anteriormente referida, sempre que, tendo conhecimento de que este não cumpriu com seus deveres, deixar de comunicar o fato à Assembleia Geral (artigo 158, §4º).

Não se pode perder de vista o específico caso dos membros do Conselho de Administração. Tratando-se de um órgão de deliberação colegiada, a solidariedade entre seus membros será sempre presumida. Assim sendo, o Conselheiro que desejar eximir-se de responsabilidade por atos de outros administradores deverá consignar sua divergência em ata de Reunião do Conselho. Não sendo isto possível, deverá ele dar ciência imediata e por escrito ao próprio Conselho, ao Conselho Fiscal, se em funcionamento, ou à Assembleia Geral. Esta mesma regra aplica-se aos diretores (artigo 158, §1º)⁴.

4. Conforme o caso, o administrador deve ponderar a respeito da oportunidade e conveniência de levar o caso ao judiciário, à arbitragem (como é o caso de companhias que contenham cláusulas arbitrais em seus estatutos) ou à Comissão de Valores Mobiliários (no caso de companhias de capital aberto), principalmente em situações que impactem adversamente a continuidade dos negócios ou os interesses da própria companhia.

Responsabilidade dos administradores e as sociedades controladoras

Os administradores não podem, em prejuízo da Companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo a eles zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas ou com pagamento compensatório adequado, sob pena de responderem perante a Companhia pelas perdas e danos resultantes da contratação feita sem atender às condições acima (artigo 245).

Boa-fé e atuação no interesse da Companhia

O juiz, ao analisar se o administrador, ao exercer suas funções, atuou com observância aos seus deveres legais e estatutários, levará em consideração também se ele atuou de boa-fé e visando ao interesse da Companhia. Se convencido de que o fez dentro destes parâmetros, poderá reconhecer a exclusão de sua responsabilidade (artigo 159, §6º).

Casos de responsabilidade objetiva do administrador

Não obstante a regra segundo a qual a culpa ou o dolo são requisitos essenciais para a responsabilização do administrador, o Direito prevê que, em determinadas situações, ele será responsabilizado independentemente de conduta dolosa ou culposa. É o que se denomina de responsabilidade objetiva, que, como regra, se aplica apenas em casos especificados em lei (em geral, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem).

No Direito brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Ambiental preveem, de forma expressa, a responsabilidade dos sócios e administradores sempre que a pessoa jurídica for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores ou ao meio ambiente⁵. Em outras palavras, havendo dano ao consumidor ou meio ambiente e não satisfeito o dano pela própria pessoa jurídica, respondem os sócios e os administradores, independentemente de culpa e dolo.

Embora não prevista em lei, uma parte da jurisprudência trabalhista tem aplicado a teoria da responsabilidade objetiva para ressarcimento de danos ao trabalhador,

5. Ver Código de Defesa do Consumidor, artigo 28º, § 5º, e Lei (do Meio Ambiente) 9.605/98, artigo 4º

o que tem aumentado o número de casos de responsabilidade de administradores, mesmo sem a comprovação de culpa ou dolo⁶. O Grupo de Trabalho Interagentes entende e apoia a necessidade de se responsabilizar os administradores que agiram com culpa e dolo, violação da lei e do estatuto, mas tem a mais absoluta convicção de que a responsabilização daquele administrador que tenha atuado de forma diligente, leal, dentro de suas atribuições e sem conflito de interesses, não contribui no longo prazo para a defesa dos próprios trabalhadores e para o desenvolvimento do mercado de capitais, na medida em que afastaria das empresas aqueles profissionais mais capacitados, sérios e honestos. Felizmente, parte da jurisprudência trabalhista tem reconhecido a importância de somente responsabilizar os administradores que agiram com culpa e dolo⁷.

Na área tributária, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência segundo a qual o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio administrador⁸. É possível, portanto, que também os Tribunais Trabalhistas ou o Supremo Tribunal Federal venham a firmar este conceito no Direito do Trabalho, de modo que sejam responsabilizados apenas os administradores que agirem com culpa ou dolo ou infração da lei ou do Estatuto, não se justificando a penhora ou apreensão de seus bens fora das hipóteses legalmente previstas.

A responsabilidade do administrador decorrente da desconsideração da personalidade jurídica da Companhia

Não obstante a autonomia jurídica e patrimonial da pessoa jurídica que, como regra, afasta qualquer tentativa de responsabilização pessoal dos administradores por dívidas da Companhia, a não ser excepcionalmente (como se viu), a legislação brasileira, na esteira de decisões anteriores de nossos Tribunais, incorporou, por meio do artigo 50 do Código Civil, a teoria da “desconsideração da personalidade jurídica da Companhia”, de modo a atingir os bens particulares de seus sócios e administradores, o que fez nos seguintes termos:

6. “O administrador de sociedade anônima é responsável por débitos trabalhistas, quando não encontrado bens passíveis de penhora da empresa, nos termos da lei” (TRT/SP, 17ªT, Acórdão n. 20121438451, 17aT, DOJ 19/12/2012, Relator SERGIO J. B. JUNQUEIRA MACHADO)

7. “RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E DIRETORES DE SOCIEDADE ANÔNIMA. Para se responsabilizar o administrador/diretor da sociedade anônima pelos prejuízos que causar a terceiros devem ser provados os atos ilícitos e a culpa do administrador/diretor, fato esse que não consta nos autos.” (TRT/SP, 17ªT, Acórdão n. 20120664067, 17aT, DOJ 18/06/2012, Relator SUSETE MENDES BARBOSA DE AZEVEDO)

8. Ver Súmula nº 430 do Superior Tribunal de Justiça.

Artigo 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

De maneira bastante pragmática, sempre que o sócio ou administrador (i) utilizar a Companhia para fins estranhos ao seu objeto social e à sua finalidade ou (ii) gerir a Companhia de forma a fazer com que o patrimônio desta se confunda com o dos sócios, administradores ou com o de outras sociedades do mesmo grupo, por exemplo, o juiz poderá, em qualquer destas hipóteses, afastar a autonomia jurídica e patrimonial da pessoa jurídica, para alcançar os bens particulares de seus administradores ou sócios.

Ação de responsabilidade contra os administradores

Nos termos da Lei das S/A, a própria Companhia pode ajuizar ação de responsabilidade contra o administrador pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. A propositura dessa ação, no entanto, dependerá de prévia deliberação da Assembleia Geral (artigo 159).

O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos de exercer suas funções e deverão ser substituídos na mesma Assembleia que aprovar a propositura da ação de responsabilidade.

Uma vez aprovado o ajuizamento da ação, isto deverá ocorrer no menor prazo possível. Caso a ação não seja proposta pela Companhia no prazo de 3 (três) meses da deliberação da Assembleia Geral, qualquer acionista poderá promovê-la.

Se a Assembleia deliberar não promover a ação, esta poderá ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social da Companhia. Neste caso, os resultados da ação promovida por acionistas deferem-se à Companhia, que, por sua vez, deverá indenizar os proponentes, até o limite dos resultados obtidos, de todas as despesas incorridas, com juros e correção monetária.

Importante ressaltar que a ação ajuizada pela Companhia não exclui a que couber a acionistas ou terceiros diretamente prejudicados por atos de administradores.

2. Deveres dos administradores – padrões de conduta deles esperados

Como bem notado no Guia do IBGC, como regra geral, o tema da responsabilidade dos administradores está associado à forma como os administradores atuam no exercício de suas funções e não aos resultados decorrentes de suas ações. Exatamente por isso, a legislação brasileira definiu alguns padrões de conduta que devem ser adotados por todo e qualquer administrador, padrões esses que representam a base a partir da qual o julgador poderá definir se houve ou não conduta passível de penalização.

Assim é que a legislação impõe ao administrador os deveres de:

- (i) Atuar com respeito à **finalidade de suas atribuições e sem desvio de poder**, exercendo as atribuições que a lei ou o Estatuto lhe conferir para lograr os fins e no interesse da Companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa;
- (ii) Atuar com **diligência e lealdade**;
- (iii) Abster-se de intervir nas situações em que se encontre em posição de **conflito de interesses**, comunicando o fato ao órgão competente da Companhia; e
- (iv) Para companhias de capital aberto, atender ao **dever de informar**.

Sem ter a pretensão de estabelecer qualquer grau de hierarquia entre esses deveres, é sobre o dever de diligência que recai o maior grau de incerteza na atuação dos administradores.

O que é, afinal, um administrador diligente? Como se comprova a diligência na tomada de decisões ou no processo de fiscalização de seus subordinados?

Segundo o 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 de seus próprios negócios”.

Um administrador diligente é, segundo o Guia do IBGC, um administrador íntegro, honesto e justo, que, ao exercer suas funções, o faz no interesse da Companhia e de forma atuante, intensa, ágil, dinâmica e participativa, mas que necessariamente adota o cuidado, a cautela, o zelo e a presteza esperados de um administrador em posição e circunstâncias similares. O padrão a ser seguido é o de um profissional competente.

Não existe fórmula exata para a fixação do agir. A constatação sobre ter ou não um administrador atuando com observância ao dever de diligência não é tarefa fácil,

já que o que pode ser considerada como uma atuação diligente em uma determinada circunstância pode não ser em outra. As companhias variam em tamanho, setor de atuação, complexidade, estrutura, forma de relacionar-se com o mercado, dentre inúmeros outros aspectos.

Há, contudo, atitudes que podem contribuir para uma atuação diligente, como as comentadas a seguir, que, usualmente, são consideradas pela jurisprudência como parâmetro para a análise de processos envolvendo a responsabilidade dos administradores. Trata-se, evidentemente, de lista meramente exemplificativa, na medida em que a conduta esperada de um administrador diante de uma situação concreta somente poderá ser aferida levando-se em consideração as especificidades do caso.

Tempo dedicado à função

O administrador deve destinar tempo suficiente ao exercício da função de administrar. Este consiste no período necessário para que a decisão cujo juízo lhe seja demandado seja tomada de forma não açada e sem precipitação. O administrador deve manter-se continuamente sensível às demandas de planejamento, execução e vigilância para os negócios contemplados pela Companhia.

Decisões informadas, refletidas e desinteressadas

Decisões tomadas de maneira informada, refletida e desinteressada, respondem a uma parte relevante dos requisitos impostos pelo dever de diligência.

Participação ativa – agir, inquirir e avaliar alternativas e consequências

O administrador deve avaliar, com profundidade, as alternativas possíveis e pertinentes para as demandas da Companhia. A avaliação deve considerar desfechos positivos e negativos e assegurar que ela somente assuma riscos alinhados com suas políticas e finalidade.

Compartilhar conhecimento e discutir com os demais administradores

As experiências e especialidades trazidas pelos administradores à organização possuem importância particular. A diversidade de argumentos, nesses riscos compreendidos e nos méritos das alternativas diante da Companhia, permite que as decisões dos administradores ganhem qualidade e segurança. Os administradores devem fornecer aos seus pares as informações em seu poder que sejam relevantes para a tomada de decisão.

Assessorar-se com especialistas

O administrador deve estar especialmente atento às decisões que dependam ou envolvam especialidade, cujo conhecimento não detém e cuja supervisão lhe caiba. Nesse caso, o administrador deve buscar fontes seguras para que possa direcionar seus atos e tomar decisões após assegurar-se de que dispõe do nível de informação e especialização necessárias. Sempre que o administrador não dominar a matéria a ser decidida, deve amparar-se em profissionais dotados da capacidade de reunir abordagens relevantes, corretas e precisas, que sejam necessárias à tomada de decisão.

É importante considerar, no entanto, que mesmo a contratação de especialistas precisa ser feita com a diligência esperada de um administrador, que deve assegurar que, de fato, tenham a qualificação técnica necessária para as tarefas, além de acompanhar os trabalhos, fazendo as perguntas e questionamentos que entender necessários para compreender os resultados obtidos.

Delegar tarefas com responsabilidade e supervisão

Não é esperado que um administrador tenha toda competência e conhecimento necessários para toda e qualquer demanda envolvendo a Companhia, justificando-se que, em determinadas circunstâncias, sejam delegadas tarefas a seus subordinados. O conceito de culpa, no entanto, também pode ser aplicado à eleição dos profissionais a quem o administrador delega tarefas, assim como à vigilância exercida sobre a execução dos trabalhos por eles realizados (culpa *“in elegendo”* e culpa *“in vigilando”*).

Nesse contexto, assim como na contratação de especialistas, é esperado que o administrador, antes de delegar tarefas, (i) certifique-se da capacidade técnica e da

aptidão da pessoa a quem pretende delegá-las e, (ii) uma vez delegadas as tarefas, mantenha-se atento ao enquadramento dos atos praticados por meio da delegação aos limites estabelecidos.

O “manter-se atento”, por outro lado, também implica adoção da cautela e cuidado necessários para o correto exercício da função de fiscalizar, o que demanda a adoção de controles internos compatíveis com o porte da Companhia. Um administrador não é obrigado a saber tudo o que se passa, mas deve ser capaz de provar que adotou todas as cautelas e os controles internos esperados para uma Companhia de porte e circunstâncias similares, com o objetivo de ter o controle sobre os atos dos subordinados.

O “direito de confiar” nos outros – limitações

O direito de confiar nos subordinados e especialistas é uma decorrência lógica do reconhecimento de que o administrador não é obrigado a deter todo conhecimento e competência necessários para decidir sobre os mais diversos temas e demandas envolvendo a Companhia, assim como é impossível a ele ter conhecimento de tudo o que nela se passa.

Esse direito, no entanto, como visto acima, deve ser entendido dentro de certos parâmetros. Não se admite, seja na contratação de especialistas, seja na delegação de tarefas a subordinados, uma atitude negligente ou imprudente, o que ocorreria se verificado que o administrador não adotou a cautela e o cuidado esperados para (i) a escolha dos subordinados ou a contratação de especialistas e (ii) o acompanhamento dos trabalhos dos subordinados e especialistas.

O que é razoavelmente esperado de uma pessoa em posição e situação similares

Decisões tomadas em circunstâncias semelhantes por organizações pares fornecem subsídio útil à caracterização de que o administrador atuou de maneira razoável. Como já decidiu a CVM, “a conduta de um Conselheiro será comparada com aquela que seria razoavelmente esperada de uma pessoa responsável ao desempenhar as mesmas funções”, de modo que, “se a conduta do Conselheiro ficar aquém deste padrão objetivamente estabelecido, então, ele terá violado seu dever fiduciário”⁹.

9. Ver Processo Administrativo CVM Nº 18/08.

3. Obrigações legais do conselho de administração e recomendações para o cumprimento do dever de diligência

As obrigações dos administradores não decorrem de uma relação contratual entre o conselheiro de administração e a sociedade, mas de lei.

Como visto acima, a Lei 6.404/76 estabelece os deveres que regem a atuação dos administradores. Segundo a decisão do Colegiado da CVM no Processo PAS RJ2010/1380, o cumprimento de obrigações objetivas da Lei das S/A é uma forma de atendimento ao dever de diligência.

Em vista disso, decompomos a seguir as hipóteses em que a lei societária trouxe obrigações objetivas aos administradores.

Proposta de alteração do objeto social

Primeiramente, os administradores devem verificar se a proposta de alteração é legal. Propostas ilegais podem ensejar a responsabilização dos administradores e acionistas que votarem pela sua aprovação, dentre outras consequências administrativas e judiciais, conforme o caso.

Após a revisão da legalidade da proposta, deve-se atentar se é justificável a alteração do objeto social tendo em vista o interesse da companhia. Essa análise decorre do dever de lealdade, imposto aos administradores, que devem exercer seus poderes com boa-fé, tendo em vista o interesse da companhia.

Sendo a proposta legal e no melhor interesse da companhia, é necessário atentar para a redação do objeto social, que deve ser feita de modo preciso e completo, nos termos do artigo 2º da Lei 6404/76.

Além disso, os consultores jurídicos da companhia devem ser consultados a respeito da existência de direito ao recesso decorrente da alteração do objeto social, e os assessores financeiros devem esclarecer a respeito das implicações do exercício do direito de recesso para a companhia. A Lei 6404/76 faculta aos órgãos da administração a decisão de convocar a Assembleia Geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada colocará em risco a estabilidade

financeira da empresa (conforme preceitua o artigo 137, § 3º da Lei 6.404/76).

Fechamento de capital

Os administradores de companhias abertas com ações negociadas no mercado de valores mobiliários devem atentar para que a proposta de preço para aquisição de ações em mercado seja baseada no valor justo das ações (artigo 4º, §4º da LSA). Para isso, é necessário obter da diretoria da companhia todas as informações que o administrador entender necessárias para avaliar a companhia e, com base nessas informações, avaliar se a opinião dos avaliadores reflete adequadamente o valor justo da companhia.

Caso os acionistas minoritários detentores de, no mínimo, 10% das ações em circulação requisitem a convocação de assembleia especial para deliberar sobre a realização de nova avaliação pelo mesmo ou por outro critério, para efeito de determinação do valor de avaliação da companhia, os administradores deverão verificar se os requisitos do artigo 4º-A da Lei 6.404/76 e dos artigos 23 e 24 da Instrução CVM nº 361 foram atendidos e, em caso positivo, providenciar a convocação da assembleia especial de acionistas titulares de ações em circulação.

Criação de ações preferenciais

A proposta para a criação de ações preferenciais ou alteração de suas vantagens deve trazer uma redação precisa e minuciosa a respeito das preferências ou vantagens que serão atribuídas aos acionistas sem direito a voto, ou com voto restrito.

Ao menos uma das preferências ou vantagens previstas no §1º do artigo 17 da Lei 6404/76 devem ser garantidas às ações preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito para que sejam admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários.

A criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto, e a alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida, conferem ao titular de ações de espécie ou classe prejudicadas o direito de retirada (artigo 137, I da Lei 6404/76). Por conta disso, é importante verificar se o exercício do direito de retirada colocará em risco a estabilidade financeira da companhia e, conforme o caso, convocar a assembleia geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, nos termos do artigo 137, § 3º da Lei 6.404/76.

Laudos de avaliação

A Lei das S/A exige que determinadas operações contem com o suporte de um laudo de avaliação elaborado por peritos ou empresa especializada, como é o caso, por exemplo, de: (i) integralização de bens para a formação do capital social, (ii) determinação do preço justo, em caso de oferta pública de aquisição (OPA) obrigatória para cancelamento de registro de companhia aberta, (iii) avaliação da ação para fins de reembolso, quando calculado pelo seu valor econômico, (iv) aquisição (por companhia aberta) do controle de qualquer sociedade mercantil, que represente, para a compradora, investimento relevante, (v) operações de incorporação, cisão e fusão, dentre outras.

Além das hipóteses elencadas acima, é recomendável que o administrador conte com o suporte de um laudo de avaliação em situações mais complexas que lhe exijam uma análise subsidiada por elementos técnicos trazidos por um especialista antes de tomar uma decisão.

No entanto, um processo decisório que utilize opiniões de terceiros independentes não exime o administrador de atuar de forma diligente em todas as fases que norteiam a contratação, elaboração e divulgação do laudo. Isso demanda uma atitude proativa e crítica. A Carta Diretriz nº 3 do IBGC fornece, neste sentido, um subsídio importante para os administradores, ao elencar algumas recomendações sobre as melhores práticas relacionadas a este tema, que, se adotadas, permitirão ao administrador um adequado controle sobre o processo, além da possibilidade de detectar com antecedência os pontos discrepantes ou obscuros que devem ser investigados antes que qualquer decisão seja tomada.

Distribuição de dividendos

Nesse caso, deve-se verificar se a proposta de distribuição de dividendos, ainda que fixos ou cumulativos, não será feita em prejuízo do capital social, nos termos do artigo 17, §3º da Lei 6404/76.

O dividendo obrigatório descrito no artigo 202 da Lei 6404/76 não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembleia geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia, conforme dispõe o §4º do artigo 202 da Lei 6404/76. Nesse caso, o conselho fiscal, se em funcionamento, deverá dar um parecer sobre essa informação. Se a companhia for aberta, seus administradores devem encaminhar à Comissão de Valores Mobiliários, dentro de 5

(cinco) dias da realização da assembleia geral, exposição justificativa da informação transmitida à assembleia.

Ou seja, os administradores deverão prestar esclarecimentos aos acionistas e à Comissão de Valores Mobiliários (no caso de companhias abertas) das razões que levaram a companhia à situação que lhe impede de distribuir dividendos, bem como informações a respeito da situação patrimonial, financeira e econômica da empresa. Caso haja algum indício de irregularidade, os administradores poderão responder perante a companhia, seus acionistas e órgãos reguladores, conforme o caso.

Obrigações estatutárias

Fazer uma análise criteriosa do Estatuto Social para verificar se foram impostas obrigações aos administradores que não foram previstas em lei. No limite da lei, o Estatuto pode prever procedimentos específicos para a aprovação de determinadas matérias ou submeter à aprovação do Conselho de Administração aquelas matérias que não foram previstas em lei.

A atuação em desacordo com o Estatuto Social é um descumprimento objetivo do dever de diligência e enseja a responsabilização do administrador.

Emissão de debêntures

A decisão de emitir debêntures exige dos administradores alguns procedimentos para assegurar o cumprimento da lei:

- (i) Questionar os assessores jurídicos da companhia a respeito da conformidade da emissão em relação ao estatuto social e se foram atendidos todos os requisitos legais;
- (ii) A emissão de debêntures conversíveis em ações depende de deliberação do conselho de administração (salvo disposição estatutária em contrário) ou, se houver autorização estatutária, a emissão deverá ser feita dentro dos limites do capital autorizado¹⁰¹¹;
- (iii) Somente deliberar sobre a oportunidade de emissão e as condições previstas nos incisos VI a VIII do artigo 59 da LSA se houver autorização

10. Importante verificar se a emissão confere aos acionistas direito de preferência para subscrevê-la (artigo 171 da Lei das S/A.) ou se foram atendidos os requisitos do artigo 172 para a exclusão do referido direito.

11. Outro ponto relevante a ser verificado é se o preço estabelecido na relação de conversão das debêntures resultará em diluição injustificada da participação dos minoritários, o que é vedado pelo §1º do artigo 170 da Lei das S/A.

expressa da assembleia de acionistas;

- (iv) A emissão de debêntures só pode ser autorizada se atendidos os requisitos do artigo 62 da LSA e desde que assegurado que os aditamentos à Escritura sejam levados a registro;
- (v) Garantir que a companhia faça, nos livros próprios, as anotações referentes à extinção das debêntures, e os mantenha arquivados, pelo prazo de 5 (cinco) anos, juntamente com os documentos relativos à extinção, os certificados cancelados ou os recibos dos titulares das contas das debêntures escriturais (artigo 74 da Lei 6404/76);

• **Resgate e amortização de debêntures**

Para deliberar o resgate ou a amortização de debêntures emitidas pela companhia, os administradores devem atentar para o procedimento descrito no artigo 55 da Lei 6404/76¹².

• **Debêntures conversíveis em ações**

Deve-se atentar para que a escritura de emissão de debêntures conversíveis em ações contenha as matérias descritas no artigo 57 da Lei 6.404/76. Esse mesmo dispositivo regula o direito de preferência dos acionistas para subscrever a emissão das debêntures e as matérias que dependem da aprovação dos titulares dessa espécie de debênture enquanto puder ser exercido o direito à conversão.

12. "Artigo 55: A época do vencimento da debênture deverá constar da escritura de emissão e do certificado, podendo a companhia estipular amortizações parciais de cada série, criar fundos de amortização e reservar-se o direito de resgate antecipado, parcial ou total, dos títulos da mesma série.

§ 1º A amortização de debêntures da mesma série deve ser feita mediante rateio.

§ 2º O resgate parcial de debêntures da mesma série deve ser feito:

I - mediante sorteio; ou

II - se as debêntures estiverem cotadas por preço inferior ao valor nominal, por compra no mercado organizado de valores mobiliários, observadas as regras expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 3º É facultado à companhia adquirir debêntures de sua emissão:

I - por valor igual ou inferior ao nominal, devendo o fato constar do relatório da administração e das demonstrações financeiras; ou

II - por valor superior ao nominal, desde que observe as regras expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 4º A companhia poderá emitir debêntures cujo vencimento somente ocorra nos casos de inadimplência da obrigação de pagar juros e dissolução da companhia, ou de outras condições previstas no título."

Bônus de subscrição

É necessário que haja autorização no estatuto social para que seja válida a deliberação do Conselho de Administração para a emissão de bônus de subscrição.

Acesso aos livros sociais

A Lei 6404/76 assegura a qualquer interessado o acesso aos seguintes livros: (i) livro de Registro de Ações Nominativas e (ii) livro de Transferência de Ações Nominativas, desde que o objetivo do acesso seja a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal ou dos acionistas ou do mercado de valores mobiliários, conforme disposto no §1º do artigo 100.

Os administradores deverão analisar o pedido feito pelo interessado apenas para verificar se foram atendidos os requisitos legais (descritos no §1º do artigo 100 da Lei 6404/76). Não cabe aos administradores julgar a conveniência e oportunidade do pedido, mas apenas fazer a verificação formal.

Acordo de acionistas

Os administradores devem assegurar que constarão do relatório anual destinado à assembleia geral ordinária as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia (conforme disposto no §5º do artigo 118 da Lei 6404/76).

Uma obrigação especial imposta ao presidente do Conselho de Administração é a vedação de computar o voto proferido por administrador que descumpra acordo de acionistas devidamente arquivado na companhia.

Além disso, o não comparecimento às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada¹³.

13. A esse respeito, vale conferir o disposto na Carta Diretriz 1 elaborada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) intitulada “Independência dos Conselheiros de Administração – Melhores Práticas e o Artigo 118 da Lei das Sociedades Anônimas”, disponível em http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Carta_1.pdf.

Assembleia de acionistas

Há matérias em que o legislador conferiu competência exclusiva à assembleia de acionistas¹⁴ (artigo 122 da Lei 6404/76), portanto, seria ilegal a deliberação exclusiva do Conselho de Administração nessas matérias.

Ademais, os estatutos sociais podem prever outras matérias como de competência exclusiva da assembleia de acionistas, ou que a eficácia da deliberação do Conselho de Administração dependa de ratificação pela assembleia de acionistas. Por isso que é importante checar o que o estatuto dispõe a respeito do assunto e, antes de deliberar qualquer matéria, assegurar que é da competência do Conselho de Administração.

Algumas matérias submetidas à assembleia de acionistas exigem a aprovação em assembleia especial (por exemplo: a criação de nova classe de ações preferenciais depende da aprovação de assembleia de acionistas detentores de ações preferenciais) ou outras condições antes que sejam deliberadas (impostas pela lei, estatuto ou regras elaboradas pela Comissão de Valores Mobiliários). Por conta disso, é imprescindível questionar os assessores jurídicos se o procedimento legal foi seguido.

Definidas as matérias que serão submetidas à assembleia e tendo assegurado que todo o procedimento legal e regulamentar foi devidamente observado, o Conselho de Administração deverá convocar a assembleia nos termos dos artigos 123 e 124 da Lei 6404/76.

No caso de assembleia geral ordinária, a lei determina que seja convocada anualmente, dentro dos primeiros quatro meses contados do término do exercício social, para deliberar as matérias constantes no artigo 132 da Lei 6404/76. Apesar de bem objetivo, esse dispositivo costuma ser ignorado por muitas companhias. No entanto, a Comissão de Valores Mobiliários já consolidou jurisprudência a respeito da responsabilização dos Conselheiros de Administração que descumprirem o prazo legal¹⁵.

Outra obrigação objetiva do Conselho de Administração é a publicação de aviso aos acionistas, com um mês de antecedência da data da assembleia geral ordinária,

14. Anualmente a Comissão de Valores Mobiliários divulga ao mercado um ofício circular que traz orientações da Superintendência de Relações com Empresas a respeito de aspectos relevantes da legislação societária, dentre os quais consta todo procedimento a ser seguido para a condução de assembleia de acionistas, os direitos e deveres dos acionistas e administradores, bem como o posicionamento do Colegiado da autarquia a respeito de assuntos polêmicos, como impedimento de voto e eleição em separado de membros para o conselho fiscal e de administração. Em 2014, o referido ofício foi publicado como OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SEP/Nº01/2014.

15. Trecho do voto do Diretor Roberto Tadeu Antunes Fernandes no julgamento do PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2012/5754: *“Mas é a partir do julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2005/6763, de relatoria do Presidente Marcelo Trindade, que a CVM passa a punir os conselheiros que não convocam tempestivamente a AGO, independentemente de existir ou não as DFs, conclusão que foi seguida nos julgamentos dos Processos Administrativos Sancionadores CVM nº RJ2005/8604, relatora Diretora Maria Helena, e 05/2006, relator Diretor Eli Loria. Vale citar que, nos últimos anos, em todos os 17 (dezesete) casos julgados, houve a condenação dos conselheiros, a demonstrar que está consolidada a jurisprudência da CVM sobre o tema.”*

por anúncios publicados na forma prevista no artigo 124 da Lei 6404/76, que se acham à disposição dos acionistas os documentos listados pelo artigo 133 da referida lei – sendo que esse aviso não é necessário se esses mesmos documentos já tiverem sido divulgados um mês antes da data da assembleia.

Na hipótese de assembleia geral extraordinária para alterar o estatuto social, deve-se verificar se foi realizada a publicação dos documentos relativos à matéria juntamente com o primeiro anúncio de convocação da assembleia.

Vale lembrar que a aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas em assembleia geral ordinária exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigos 134, §3º e 286 da Lei 6.404/76)¹⁶.

Funcionamento do Conselho de Administração

A lei estipula algumas regras para o funcionamento do Conselho de Administração. Primeiramente, é vedada a delegação de atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração para outro órgão (artigo 169 da LSA).

Além disso, o Conselho de Administração deve ser composto por, no mínimo, três membros, eleitos pela assembleia geral e somente por ela destituíveis (a qualquer tempo). Se ocorrer vacância da maioria dos cargos do Conselho de Administração, a assembleia geral deve ser convocada para proceder a nova eleição.

Cabe ao estatuto social estabelecer: (i) o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho pela assembleia ou pelo próprio conselho; (ii) o modo de substituição dos conselheiros; (iii) o prazo de gestão, que não poderá ser superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição; (iv) as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer *quorum* qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias.

Cabe frisar que não existe “supervoto” para determinados conselheiros. A lei determina que a deliberação do Conselho de Administração somente poderá ser feita por maioria de votos (artigo 140 da Lei 6404/76).

16. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ: “*Esta Corte Superior mantém o entendimento de que, salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela Assembleia Geral exonera os administradores e diretores de quaisquer responsabilidades.*” (REsp 1313725 / SP) e “*Ação de responsabilidade. Prescrição: o entendimento dominante neste STJ é de que, para propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores, é necessária a prévia propositura da ação de anulação da assembleia de aprovação de contas da sociedade no prazo bienal previsto no artigo 286 da Lei 6.404/76. A partir do trânsito em julgado da sentença que acolher a anulação é que começa a fluir o prazo trienal para a ação de responsabilidade. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STJ - AgRg no Ag 640050 / RS)”*

Competências do Conselho de Administração

Compete ao Conselho de Administração:

- (i) Fixar a orientação dos negócios da companhia;
- (ii) Eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que o estatuto dispuser a respeito;
- (iii) Fiscalizar a gestão dos diretores (em todas as áreas: fiscal¹⁷, trabalhista¹⁸, ambiental¹⁹, negócios, operacional, vendas, relações com credores etc.);
- (iv) Examinar a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia;
- (v) Solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;
- (vi) Convocar a assembleia geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132 da Lei 6404/76;
- (vii) Manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;
- (viii) Manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;
- (ix) Deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;
- (x) Autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante;
- (xi) Autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a constituição de ônus reais;

17. STJ - REsp 397074 / BA - *“É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilização pessoal do dirigente da sociedade. Para que este seja pessoalmente responsabilizado é necessário que se comprove que agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes. 3. A comprovação da responsabilidade do sócio, a cargo do exequente, é imprescindível para que a execução fiscal seja redirecionada, mediante citação do mesmo.”*

18. Jurisprudência trabalhista: *“TRT-15 - Agravo de Petição AGVPET 1603 SP 001603/2007 (TRT-15) - RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. EXECUÇÃO. A não observância dos preceitos trabalhistas, de ordem pública, pelas sociedades anônimas atrai a incidência do disposto no inciso II, do artigo 158, da Lei 6.404 /76, artigo. 927, do Código Civil e artigo 592, II, do Código de Processo Civil. Portanto, seus administradores devem ser responsabilizados pelos atos praticados com violação da lei e responder pela execução, inclusive com seus bens particulares.”*

19. TJ-SP, AG 8352795400, EMENTA: Voto 6781/08 Execução de multa ambiental contra sociedade cooperativa. Inexistência de bens capazes de satisfazer ao crédito administrativo. Responsabilidade solidária dos causadores diretos e indiretos do dano ambiental. Possibilidade de redirecionamento contra os sócios administradores. Agravo de instrumento provido. (Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3081155/agravo-de-instrumento-ag-8352795400-sp>).

(xii) Autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a prestação de garantias a obrigações de terceiros;

(xiii) Escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

As atribuições acima podem, genericamente, ser classificadas em 2 (dois) grupos principais: (i) decisórias e (ii) fiscalizatórias.

Serão decisórias as deliberações proferidas em reuniões do Conselho ou da Diretoria, assim como toda e qualquer decisão individual tomada pelos diretores, que tenha por objetivo deliberar alguma matéria que seja da competência dos administradores, nos termos da lei ou do Estatuto.

As atribuições de caráter fiscalizatório são aquelas necessárias para que o Conselho e a Diretoria exerçam de maneira eficaz seu dever de supervisionar a atuação da Diretoria, no caso do Conselho, e de seus subordinados, no da Diretoria, diligenciando para que os interesses sociais se sobreponham aos individuais dos próprios administradores, acionistas (controladores ou não) e colaboradores da Companhia.

Deliberação em reuniões do Conselho de Administração

Ao receber a ordem do dia com as matérias que serão deliberadas em reunião do Conselho de Administração, o administrador deve atentar para os três componentes que constituem uma tomada de decisão em consonância com o dever de diligência que lhe foi legalmente imposto²⁰:

- (i) Decisão informada: administradores devem buscar informações necessárias para corroborar a decisão (inclusive opinião de terceiros);
- (ii) Decisão refletida: obtidas as informações, deve refletir sobre elas, questionando, inquirindo, buscando novos dados, de maneira a formar sua convicção com o maior grau de segurança e certeza possível dentro das circunstâncias, após análise de alternativas ou possíveis consequências;
- (iii) Decisão desinteressada: ao firmar seu convencimento, o administrador deve fazê-lo sem conflito de interesses.

O administrador não poderá escusar-se de sua responsabilidade alegando que, quando decidiu ou votou numa determinada matéria ou se omitiu, o fez por não ter todas as informações necessárias, salvo se, tendo diligenciado para obtê-las a fim de

20. Ex-diretor da CVM, Pedro Oliva Marcílio de Sousa detalhou de que forma uma decisão pode ser protegida pela *business judgement rule*: (i) decisão informada: administradores devem buscar informações necessárias para corroborar a decisão (inclusive opinião de terceiros), (ii) decisão refletida: decisão deve ser tomada após análise de outras alternativas ou possíveis consequências, (iii) decisão desinteressada: a decisão não deve resultar em benefício particular ao administrador (PAS 2005/1443).

formar seu juízo de valor, não as tenha recebido²¹.

Cabe ao administrador, portanto, fazer com que a Companhia seja dotada de estrutura que assegure um adequado fluxo de informações, tais como: (i) existência e acesso às auditorias interna e independente; (ii) orçamento e prerrogativa para a contratação de especialistas; (iii) formação de comitês; (iv) suporte dos seus colaboradores diretamente envolvidos no tema sob análise, mediante elaboração de estudos, apresentação de documentos e elementos que possam esclarecer o tema sob debate.

Além disso, o administrador deve investigar os temas que por algum motivo lhe chamem a atenção e questionar se as informações que lhe foram passadas pela diretoria ou assessores são confiáveis, suficientes e corretas.

Fiscalizar a gestão dos diretores ou, no caso da Diretoria, dos prepostos e subordinados

Dentre as atribuições do Conselho e da Diretoria, previstas em lei, está o dever de fiscalizar, no caso do Conselho, os atos da Diretoria e, no da Diretoria, seus subordinados. Trata-se de um “poder-dever” bastante amplo que impõe aos administradores o controle da legalidade e legitimidade de todos os negócios dos quais a Companhia faça parte, de modo a verificar se a Diretoria ou seus subordinados estão agindo de acordo com a lei e o Estatuto e no melhor interesse da Companhia.

O poder de fiscalização detido pelo Conselho e Diretoria pode ser exercido sem justificção prévia, por qualquer de seus membros, sem que haja necessariamente uma deliberação do órgão solicitando determinada fiscalização. Isto deve ocorrer de maneira coordenada, com o compartilhamento das informações solicitadas e obtidas.

Para cumprir com tal função, os membros do Conselho podem, a qualquer tempo, examinar livros e papéis da Companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração e outros atos. A mesma regra aplica-se aos Diretores que podem, a qualquer momento, fiscalizar os atos praticados por aqueles sob seu comando.

No cumprimento de seu dever, tanto o Conselho como a Diretoria podem convocar diretores e demais funcionários para que compareçam às reuniões do respectivo órgão da administração e prestem esclarecimentos. Embora a Lei das S/A não discipline de que forma essa convocação deva ser feita, é recomendável que ela seja dirigida ao

21. O administrador não pode alegar falta de competência ou conhecimento técnico (Processo Administrativo Sancionador CVM nº 2005/1443), nem se alienar do processo decisório (Processo Administrativo Sancionador CVM nº 2005/8542).

Presidente do Conselho²², para que ele tome as providências necessárias.

Obviamente, não há necessidade de o administrador acompanhar detalhada e pessoalmente cada negócio da Companhia. Todavia, é importante que demonstre ter adotado todas as cautelas pertinentes ao seu cargo e que, diante de situações de risco ou estranhas ao desenvolvimento regular dos negócios sociais, tenha, efetivamente, agido para investigar e, se for o caso, empregado as medidas adequadas às circunstâncias. O poder de fiscalizar implica obrigação legal de investigar do administrador²³.

Prerrogativas e “ferramentas” à disposição dos conselheiros e diretores para o pleno exercício de sua função fiscalizadora

Diante da crescente dinâmica do mundo empresarial, os administradores não têm como acompanhar e executar pessoalmente todas as atividades desenvolvidas pelas companhias. Ao mesmo tempo, espera-se e exige-se que estejam em sintonia com os negócios sociais, de modo que se faz necessário desenvolver mecanismos e ferramentas de coordenação e acompanhamento dos negócios, tais como a realização de reuniões regulares com a equipe, o desenvolvimento de sistemas para agilizar e melhorar o fluxo de informações entre as áreas e os níveis hierárquicos diversos, a criação de canais de denúncia e sistemas de controles internos (ex.: auditoria interna, códigos de conduta e ética para funcionários e fornecedores etc.) compatíveis com o porte da Companhia. A adoção de sistemas de controle interno, que funcionem de forma independente da operação, assume, neste contexto, papel fundamental na estrutura organizacional, permitindo que o Conselho possa acompanhar os atos da Diretoria.

Atas de reunião – elaboração e publicação

As atas das reuniões do Conselho e/ou da Diretoria constituem a principal evidência da atuação diligente de um administrador. Infelizmente, a cultura dominante é a de

22. Algumas companhias elaboram regimentos internos que direcionam tais requisições ao Secretário do Conselho de Administração. Por conta disso, é importante verificar as políticas internas da companhia para entender de que forma o assunto deve ser conduzido dentro da empresa.

23. Ver Processo Administrativo Sancionador CVM nº 07/02: “Se, por um lado, não acredito que o amplo e irrestrito conhecimento técnico acerca das mais diversas e complexas matérias envolvendo as atividades operacionais de uma Companhia aberta seja pré-requisito para alguém assumir o cargo de membro do Conselho de Administração, por outro, verifico, no caso em concreto, que não existem nos autos evidências que esses conselheiros esgotaram tudo o que estava ao alcance de uma pessoa mediana para avaliar a legalidade dos fatos registrados no processo em pauta, o que, em minha opinião, deixa claro que o dever de diligência não foi rigorosamente seguido.” (Voto proferido pelo Diretor Relator Eli Loria)

pouca atenção na sua elaboração, o que, diante de eventuais questionamentos sobre a atuação do administrador, muitas vezes dificulta o trabalho de demonstração de que determinados assuntos foram tratados de forma diligente. Elaborar atas que de fato evidenciam o que foi debatido, informado e deliberado nas reuniões deve ser uma das principais preocupações dos administradores.

A Lei 6404/76 exige assegurar que as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros deverão ser arquivadas no registro do comércio e publicadas.

Os administradores também devem assegurar que a ata da reunião do conselho de administração que eleger diretores contenha a qualificação e o prazo de gestão de cada um dos eleitos, e que seja arquivada no registro do comércio e publicada (artigo 146 da Lei 6404/76).

Calendário anual

Um calendário deve ser elaborado tendo como parâmetro as matérias de competência dos administradores. Se, por exemplo, compete ao conselho a definição da orientação geral dos negócios, é de se esperar que o Conselho se reúna para debater e aprovar o orçamento geral e o plano de investimentos. Da mesma forma, matérias relacionadas ao acompanhamento dos controles internos, temas críticos, dentre outras, devem ser objeto das reuniões do conselho. É, portanto, de extrema importância que se organize um calendário anual que prepare a atuação do conselho.

Finalidade das atribuições e desvio de poder

É vedado ao administrador:

- (i) Praticar ato de liberalidade à custa da companhia;
- (ii) Sem prévia autorização da assembleia 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
- (iii) Receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

Aplicação do dever de lealdade

O administrador deve ser discreto e guardar sigilo a respeito dos negócios da companhia, bem como 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. Impõe-se também ao administrador o dever de zelar para que a violação do dever de sigilo de informação ou fato relevante não possa ocorrer por meio de subordinados ou terceiros de sua confiança.

Esse dever visa impedir que terceiros utilizem informação privilegiada em proveito próprio e tem estreita relação com a vedação a negociação de valores mobiliários de posse de informação relevante não divulgada ao mercado.

Ainda no âmbito do dever de lealdade, também é vedado ao administrador (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.

Conflito de interesses

O administrador deve examinar se tem interesse conflitante com o da companhia antes de intervir em qualquer operação social. A lei também veda que o administrador intervenha na deliberação na qual tiver interesse conflitante com a companhia, cumprindo-lhe cientificar os demais membros do conselho a respeito do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração, a natureza e extensão do seu interesse.

Desde que respeitado o impedimento de voto (artigo 156 da Lei 6404/76), o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

Dever de informar

O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular.

Também é imposto ao administrador o dever de revelar à assembleia geral ordinária, em atendimento ao pedido de acionistas que representem no mínimo 5% do capital social, o seguinte:

- a) O número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou por meio de outras pessoas, no exercício anterior;
- b) As opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior;
- c) Os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo;
- d) As condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível;
- e) Quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia.

Ademais, o administrador deverá comunicar imediatamente à bolsa de valores e divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou 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.

Por fim, a Instrução CVM nº 358 impõe aos administradores de companhias abertas que informem imediatamente as modificações em suas posições acionárias na companhia. Essa informação é divulgada ao mercado mensalmente pela companhia.

Conselho Fiscal

Muitas matérias dependem da opinião do Conselho Fiscal antes de serem submetidas à assembleia geral ou para serem deliberadas pelo Conselho de Administração. Portanto, é importante atentar para a competência do referido órgão,

descrita no artigo 163 da Lei 6404/76.

Os membros do Conselho Fiscal têm o direito de solicitar ao Conselho de Administração informações que sejam necessárias ao cumprimento de sua função. Segundo o artigo 163 da Lei 6404/76, o Conselho de Administração deverá atender aos pedidos de esclarecimentos ou informações feitas pelo Conselho Fiscal e colocar à disposição de seus membros, por meio de comunicação por escrito, dentro de 10 (dez) dias, cópias das atas de suas reuniões e, dentro de 15 (quinze) dias do seu recebimento, cópias dos balancetes e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente e, quando houver, dos relatórios de execução de orçamentos.

Modificação do capital social

O aumento do capital social somente pode ser aprovado pelo Conselho de Administração se estiver dentro do limite de capital autorizado previsto no estatuto social, conforme dispõe o artigo 166 da Lei 6404/76.

Ainda a esse respeito, é necessário atentar para as formas legais para aumento de capital social descritas no artigo 166 da Lei 6404/76 e verificar se o conselho fiscal da companhia opinou antes da deliberação em assembleia nos seguintes casos de aumento de capital social: (i) por conversão, em ações, de debêntures ou parte beneficiárias e (ii) pelo exercício de direitos conferidos por bônus de subscrição, ou de opção de compra de ações.

Para a hipótese de correção monetária anual do capital social, deve ser seguido o procedimento estabelecido no artigo 167 da Lei 6404/76.

Somente após realizados 3/4, no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações.

Na hipótese de aumento de capital social, o preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente: (i) a perspectiva de rentabilidade da companhia, (ii) o valor do patrimônio líquido da ação, (iii) a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.

É dever legal esclarecer, na proposta de aumento de capital feita pela administração, qual o critério para a fixação do preço de emissão de ações, justificando pormenorizadamente os aspectos econômicos que determinaram a sua escolha.

Se houver subscrição de ações para realização em bens, será necessária a aplicação prévia do procedimento descrito no artigo 8 da Lei 6404/76.

Há casos em que o direito de preferência não precisa ser respeitado. Para saber exatamente como funciona o direito de preferência, deve-se atentar ao disposto no artigo 172 e 173 da Lei 6404/76.

Já no caso de redução do capital social, a proposta, quando de iniciativa dos administradores, não poderá ser submetida à deliberação da assembleia geral sem o parecer do conselho fiscal, se em funcionamento. Também é necessário verificar o atendimento ao prazo de oposição dos credores nos termos do artigo 174 da Lei 6404/76.

Demonstrações financeiras

O administrador deve examinar as demonstrações financeiras anuais e trimestrais, assegurar-se de que as regras de escrituração dispostas no artigo 177 foram seguidas pela diretoria e analisar criticamente os dados financeiros e informações encaminhados pela diretoria. Deve, ainda, interagir de forma permanente com o Comitê de Auditoria, quando existente, com a auditoria independente e com o Conselho Fiscal. Sua atuação não pode ser passiva, recebendo as informações sem qualquer questionamento. Espera-se uma atuação proativa, indagativa e que, diante de qualquer sinal de alerta, investigue mais profundamente o assunto e o acompanhe²⁴.

Por fim, o Conselho de Administração deve apresentar à assembleia geral ordinária, observado o disposto nos artigos 193 a 203 da Lei 6404/76 e no estatuto, proposta sobre a destinação a ser dada ao lucro líquido do exercício.

Incorporação, fusão ou cisão

O Conselho de Administração deverá firmar protocolo e justificação da operação de incorporação, fusão ou cisão, nos termos dos artigos 224 e 225 da Lei 6404/76.

Conjuntamente, cumpre ao administrador verificar se os peritos nomeados determinaram que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar (artigo 226 da Lei 6404/76).

Para a fusão de sociedades, apresentados os laudos de avaliação dos patrimônios líquidos das companhias que serão fundidas, os administradores convocarão os sócios

24. A decisão do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários no julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM Nº 18/08 (“caso Sadia”) é um importante precedente a respeito da diligência mínima requerida de conselheiros de administração na fiscalização da diretoria e no monitoramento da eficácia dos sistemas de gestão de risco.

ou acionistas das sociedades para uma assembleia geral, que deles tomará conhecimento e resolverá sobre a constituição definitiva da nova sociedade, vedado aos sócios ou acionistas votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte.

Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio (artigo 229 da Lei 6404/76).

A incorporação, fusão ou cisão da companhia emissora de debêntures em circulação dependerá da prévia aprovação dos debenturistas, reunidos em assembleia especialmente convocada com esse fim (verificar conveniência da exceção prevista no §1º do artigo 231 da Lei 6404/76).

No caso de reorganizações societárias entre partes relacionadas, recomenda-se seguir o procedimento descrito no Parecer de Orientação CVM nº 35, que, em linhas gerais, indica de forma bastante didática alguns procedimentos que deveriam ser adotados pelos administradores com o objetivo de assegurar que tais reorganizações, incluindo-se as operações de incorporação, fusão e cisão, sejam aprovadas em condições similares àquelas que seriam aprovadas com partes não relacionadas, incluindo-se a constituição de um ambiente de efetiva negociação entre as partes, constituição de um comitê independente, contratação de assessores, busca de informações, dedicação de tempo adequado, dentre outros.

Sociedade de economia mista

A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição.

Além disso, a companhia de economia mista somente poderá participar de outras sociedades quando autorizada por lei no exercício de opção legal para aplicar Imposto sobre a Renda ou investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial.

As instituições financeiras de economia mista poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil.

Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia

mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas, ainda que seu acionista controlador possa orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação (artigo 238 da Lei 6404/76).

Acerca dos procedimentos e cautelas que devem ser adotadas na apreciação de propostas com respaldo no permissivo contido no artigo 238 da Lei nº 6.404, orienta-se que os administradores, ao deliberarem sobre matéria que impacte de modo relevante no curso dos negócios da companhia, indiquem se a mesma é resultado de orientação da pessoa jurídica de direito público controladora da companhia, com fundamento no referido artigo, bem como verifiquem, nessas hipóteses, se a decisão realmente é voltada ao atendimento do interesse público que justificou a criação da companhia, conforme definido em seu estatuto social e na lei que autorizou a sua criação.

Fusões e aquisições

A compra, por companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil dependerá de deliberação da assembleia geral da compradora, especialmente convocada para conhecer a operação, atendidos os requisitos impostos pelo artigo 256 da LSA.

A proposta ou o contrato de compra, acompanhado de laudo de avaliação, observado o disposto no artigo 8, §§ 1 e 6, será submetido à prévia autorização da assembleia geral, ou à sua ratificação, instruída com todos os elementos necessários à deliberação.

Se a aquisição for feita mediante oferta pública, atentar para o disposto no artigo 257 e seguintes, bem como na Instrução CVM 361.

Independentemente das formalidades legais acima mencionadas, é importante que os administradores tenham consciência de que uma operação de compra e venda de ações (sociedades/negócios) é, antes de tudo, um negócio complexo e multidisciplinar, com impactos relevantes para a companhia, o que exige uma atuação firme e eficiente dos administradores, em plena consonância com seus deveres de diligência e lealdade e de atuar sem conflito de interesses e dentro de suas atribuições.

Mas, diante de uma operação dessa natureza, como traduzir esses deveres em atos concretos? Antes de mais nada, participando ativamente do processo. Os administradores devem (i) reunir-se com a devida frequência e documentar as reuniões e solicitações feitas durante o processo; (ii) entender o próprio mandato, bem como os conflitos e agendas existentes no processo (acionistas, diretores, assessores financeiros, advogados, dentre outros); (iii) reunir-se com os assessores externos e avaliar os resultados alcançados, tais como os de *due diligence* e avaliação; (iii) entender as principais cláusulas contratuais; (iv) assegurar uma estratégia e um plano de integração bem definidos; (v) contratar

assessores tecnicamente qualificados; (vi) certificar-se de que estão preparados e ou assessorados para fazer as perguntas adequadas; (vii) sempre que entenderem necessário, criar um comitê dedicado ao negócio, formado por pessoas tecnicamente qualificadas, dentre outras medidas.

Devem, acima de tudo, fazer as devidas indagações e obter todas as informações necessárias para uma tomada de decisão refletida, informada e desinteressada, avaliando as alternativas existentes e, se for o caso, exercer a prerrogativa/dever de dizer não.

GT INTERAGENTES

Entidades-membros



Entidades observadoras:



