

RADAR STOCHE FORBES - SOCIETÁRIO

As principais alterações trazidas pela Instrução CVM n.º552/2014

A Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) promoveu, por meio da Instrução CVM n.º552/2014, diversas alterações nas Instruções CVM n.ºs 358/2002, 480/2009 e 481/2009 normativos que regulamentam o registro e a divulgação de informações eventuais e periódicas das companhias abertas. Todas as alterações trazidas pela Instrução CVM n.º 552/2014 entram em vigor a partir de 01 de janeiro de 2015, com exceção das alterações relativas ao novo modelo de formulário de referência que só estarão vigentes a partir de janeiro de 2016. Dentre as principais alterações destacam-se as seguintes:

(i) Alterações nas atas de assembleia e reuniões da administração

O estabelecimento da obrigatoriedade de inclusão nas atas de assembleia geral, ordinária e/ou extraordinária, conselho de administração e conselho fiscal de eventuais manifestações, declarações de voto, dissidências ou protestos.

(ii) Informações sobre o procurador do investidor estrangeiro relevante

Inclusão do inciso VI ao artigo 12 da Instrução CVM n.º 358/2002 o qual prevê que os acionistas residentes ou domiciliados no exterior que atingirem 5% de participação direta e indireta relevante deverão informar, além do quanto disposto nos incisos I a V do referido artigo 12, o nome e o CPF/CNPJ da pessoa por eles nomeada para receber citações no Brasil.

(iii) Simplificação do formulário de referência

Outro importante destaque diz respeito à simplificação do formulário de referência das companhias. As

informações prestadas nas seções 8 (Grupo Econômico) e 15 (Controle) passarão a ser dispostas em uma só seção do formulário de referência. Para evitar a renumeração das seções do formulário de referência a seção 8 passou a abrigar as informações anteriormente constantes da seção 22 (Negócios Extraordinários).

(iv) Conversão de categoria “B” em categoria “A”

Destaca-se, também, a alteração que visa conceder maior dinamismo e celeridade nas análises de pedido de conversão de categorias por meio da autorização para que solicitações de pedidos de conversão da categoria “B” para categoria “A” sejam analisados em conjunto com o pedido de registro de oferta pública ações.

Essa alteração beneficiará as companhias registradas como emissores na categoria “B” que desejam realizar oferta pública inicial de distribuição de ações (IPO).

(v) Informações sobre aumento de capital

A CVM também acrescentou o novo Anexo 30-XXXII à Instrução CVM 480/2009 que estabelece a obrigatoriedade da divulgação de uma série de informações pormenorizadas dos aumentos de capital realizados pelo conselho de administração. A divulgação de tais informações já é exigida nas operações de aumento de capital aprovadas por meio de assembleia geral.

Com isto, a CVM enrijece a regulamentação para divulgação das informações atinentes a operações de aumento de capital, visto que as companhias não estão mais dispensadas de divulgar estas nos casos

de aumento de capital realizados dentro do limite do capital autorizado, exceção feita aos casos de aumento de capital para fins de implementação de plano de opção de compra de ações na companhia, hipótese em que o rol de informações que devem ser fornecidas é menor.

(vi) Divulgação de operações com partes relacionadas

A CVM estabeleceu critérios de natureza objetiva e subjetiva para determinar quais transações com partes relacionadas devem ser divulgadas no formulário de referência da companhia, obrigando a companhia a divulgar determinadas operações e transferindo a responsabilidade por avaliar a necessidade de divulgação de outras operações à administração da companhia. Os novos critérios são os seguintes:

a) Critérios objetivos: operações cujo o valor total supere o menor valor entre (i) R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); e (ii) 1% (um por cento) do ativo total do emissor; e

b) Critério subjetivo: julgamento da administração em transações cujo valor total seja inferior aos parâmetros acima previstos, tendo em vista: (i) as características da operação; (ii) a natureza da relação da parte relacionada com o emissor; e (iii) a natureza

e extensão do interesse da parte relacionada na operação.

Além do estabelecimento dos critérios acima mencionados, a nova instrução determina uma série de informações que devem constar na divulgação. Dentre essas exigências, destaca-se:

a) descrição da transação, devendo estar inclusas informações acerca (i) das partes e sua relação com o emissor; e (ii) o objeto da operação e os principais termos e condições;

b) o nível de participação da contraparte nos processos de negociação e decisão da operação; e

c) apresentação de justificativas da administração com as razões que a levaram crer que a operação obedeceu a critérios equitativos, podendo, para tanto, apresentar propostas comerciais de outras empresas, adoção de procedimento de concorrência e de avaliação de preços, os motivos que fizeram a administração contratar aquela parte e não terceiros etc.

As novas regras regulamentares estão em linha com a postura que a CVM vinha adotando na fiscalização da divulgação de informações sobre transações com partes relacionadas.

Novas tendências regulatórias da CVM

A CVM colocou em discussão uma nova minuta de instrução normativa que inova em diversas áreas o dia a dia das companhias abertas brasileiras. A proposta apresentada pela CVM diz respeito: (i) ao sistema de votação à distância; e (ii) às regras para inclusão de propostas na ordem do dia de assembleias gerais e candidatos para o conselho de administração e para o conselho fiscal.

(i) Sistema de voto à distância

A CVM entende que os sistemas tecnológicos que permitem a participação e a votação remota e em tempo real dos acionistas ainda não foram suficientemente testados para que se tornem obrigatórios para todas as companhias e assembleias.

Por essa razão, a CVM propôs a adoção de um sistema de voto prévio, formalizado em um documento eletrônico padronizado chamado de "boletim de voto a distância", que conterá, dentre

outros itens, as matérias submetidas à apreciação da assembleia geral, instruções para seu preenchimento e envio e a orientação de voto do acionista.

A adoção do boletim de voto a distância será obrigatória para as assembleias gerais ordinárias e para as assembleias gerais extraordinárias que elegerem membros do conselho de administração ou do conselho fiscal. Entretanto, as companhias poderão optar por adotar o boletim de voto a distância em outras assembleias gerais extraordinárias, desde que observem os prazos e procedimentos previstos nas normas regulamentares.

O acionista que exercer seu direito de voto a distância poderá enviar o seu boletim devidamente preenchido diretamente à companhia ou lançar mão de intermediários, tais como o depositário central, escrituradores das ações de emissão da companhia e os custodiantes dos acionistas. Os intermediários deverão atuar no sentido de coletar e transmitir os

votos proferidos pelos acionistas por meio do boletim de voto a distância, assegurando que os votos provêm do próprio titular das ações, tal como já ocorre nos casos de pagamento de dividendos e no exercício de direito de subscrição.

Outra importante alteração proposta pela nova minuta de instrução diz respeito à obrigatoriedade de divulgação de um mapa final e de um mapa intermediário de votação a distância agregando os votos que foram coletados pelos intermediários, a fim de evitar assimetrias de informação entre a companhia e seus acionistas.

A nova minuta regulamenta pormenorizadamente o envio dos boletins de votação a distância, a elaboração e a divulgação pela companhia dos mapas de votação por meio de sistema eletrônico na página da CVM e na página da própria companhia na rede mundial de computadores e os prazos em que todos esses passos deverão ser tomados.

(ii) Inclusão de matérias e candidatos no boletim de voto a distância

No caso de companhias cujo capital social seja superior a R\$ 10 bilhões, os acionistas titulares de

ações representativas de 0,5% de cada classe ou espécie de ação poderão incluir candidatos para o conselho de administração e para o conselho fiscal no boletim de voto a distância da companhia.

Em tais companhias, acionistas titulares de ações representativas de 1% do capital social poderão incluir propostas de deliberação no boletim de voto a distância a ser disponibilizado para a assembleia geral ordinária.

(iii) Outras propostas da CVM

Além das alterações enumeradas acima, destaca-se a exigência de inclusão na ata da assembleia geral do número exato de votos a favor e contra determinada matéria e candidato ao conselho de administração ou fiscal, bem como ajustes em alguns campos do formulário de referência.

Outro destaque diz respeito à proposta de regulamentação da substituição dos livros de registro de acionistas, transferência de ações nominativas, presença de acionistas e de atas das assembleias gerais em papel por registros mecanizados ou eletrônicos, desde que sejam armazenados com segurança e possam ser impressos em papel de forma legível e a qualquer momento.

Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)

Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 26 de novembro de 2014, aplicou no caso em questão a desconsideração da personalidade jurídica na sua modalidade inversa, ou seja, sociedades que tinham histórico de participação, majoritária ou minoritária, do devedor responderam por dívidas deste.

No caso, o credor pleiteou a colocação no polo passivo do processo de execução o devedor e diversas sociedades com sede no Brasil e nas Ilhas Britânicas que tinham histórico de participação, majoritária ou minoritária, do devedor.

Em primeiro grau de jurisdição, as sociedades em que o devedor era sócio embargaram a execução argumentando:

(i) em relação às sociedades sediadas nas Ilhas Britânicas, que o devedor não era mais sócio destas sociedades na data de constituição do débito, não havendo em data posterior qualquer transferência de

bens entre estas partes; e

(ii) em relação às sociedades em que o devedor era controlador direto ou indireto, ou que detinha participação, mesmo como sócio minoritário, que não houve demonstração de fraude e que o credor não exauriu todas as possibilidades de localização do patrimônio do devedor.

Seguindo a argumentação presente nas decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição, o TJSP entendeu que o devedor utilizou as sociedades das quais era controlador direto ou indireto para pulverizar seu patrimônio e, assim, frustrar a execução de seus bens e, consequentemente, a satisfação de seus credores por meio do acobertamento dos bens nestas sociedades.

Relativamente às sociedades com sede nas Ilhas Britânicas, o Tribunal entendeu que, embora não fosse possível comprovar o controle ou a ingerência

do devedor nos negócios das sociedades, “o uso de tais empresas para desvio de patrimônio e evasão de divisas é medida conhecida e deve ser combatida”.

Na decisão, o Tribunal destacou que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser admitida nos casos de a) desvio de finalidade; b) prática de atos com infração ou fraude à lei ou em prejuízo de credores; c) prática de atos com excesso de poderes ou abusivos; d) confusão patrimonial ou de negócios; ou e) dissolução irregular de sociedade.

No entender do TJSP, o fato do devedor não ter patrimônio próprio para honrar suas dívidas, sendo assim insolvente, e ter seu patrimônio distribuído em várias sociedades, demonstra a tentativa de blindagem do patrimônio, tentativa essa que deve ser interpretada como uma medida que visa fraudar os credores, justificando, assim, a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo nos casos em que a dívida tenha surgido posteriormente à constituição dessas sociedades.

Decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Aplicabilidade do artigo 159 da Lei das S.A. aos acionistas controladores

Em recente decisão, o STJ entendeu que o procedimento presente no artigo 159 da Lei das S.A., que disciplina a ação de responsabilidade civil que compete à companhia exercer contra os administradores por danos que estes tenham causado no exercício de sua função, aplica-se também aos acionistas controladores.

A norma estabelece que a ação de responsabilidade civil deve ser aprovada em assembleia geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, também em assembleia geral extraordinária (art. 159, § 1.º). Caso a assembleia delibere não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social (art. 159, § 4.º). O § 7.º ao artigo 159 estabelece que a propositura desta ação não exclui a ação individual que couber ao acionista diretamente prejudicado pelos atos dos administradores.

No caso, os acionistas controladores transferiram um montante de R\$ 172.662.142,59 (cento e setenta e dois milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, cento e quarenta e dois reais e cinquenta e nove centavos) a título de mútuo para outras sociedades das quais também são controladores.

O minoritário pleiteou indenização alegando que sofrera prejuízo e, portanto, deveria ser ressarcido uma vez que:

(i) as sociedades eram controladas pelos mesmos controladores da companhia em questão demonstrando a transferência fraudulenta em prejuízo da companhia;

(ii) que as empresas beneficiárias dos empréstimos encontravam-se em situação financeira precária, o que inviabilizaria a restituição da quantia emprestada;

(iii) que não foi exigida nenhuma garantia das sociedades mutuárias; e

(iv) que os contratos foram convertidos em adiantamento para futuro aumento de capital, não tendo sido, após sete anos, aportados os recursos que referenciados nestes adiantamentos.

A principal estratégia da defesa foi levar a controvérsia para a seara do artigo 159 da Lei das S.A., alegando que os danos foram sofridos pela companhia e não diretamente pelo acionista minoritário, e, em virtude de não ter 5% (cinco por cento) de participação no capital social, não era legitimado ativo para pleitear a indenização pelos danos sofridos pela sociedade.

Embora o artigo 159 da Lei das S.A. trate da ação de responsabilidade contra os administradores (e não contra os controladores), o STJ extinguiu o processo sem a resolução do mérito com base em referido artigo por entender que o acionista minoritário não tinha legitimidade ativa para propor a ação de responsabilidade civil uma vez que era detentor de menos de 5% (cinco por cento) do capital social da sociedade.

Ademais, no entendimento da corte, o minoritário não sofreu dano, não tendo sido diretamente prejudicado pelos atos dos controladores. Os seus prejuízos teriam sido reflexos decorrentes, de perda do valor

das ações da companhia e diminuição dos dividendos correspondentes. Nesse caso também não seria cabível ação individual, nos termos do artigo 159 § 7.º

É digno de nota que ao aplicar este dispositivo aos

acionistas controladores, a corte não esclareceu o procedimento que deverá ser observado para a propositura da ação nem tampouco a aplicabilidade do artigo 246 da Lei das S.A., uma vez que referido artigo disciplina, precisamente, a ação de indenização por danos causados por sociedade controladora.

Decisões do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)

Representação de acionistas em assembleia geral de companhias abertas

A CVM julgou processo administrativo em que foi discutida a interpretação do artigo 126. § 1.º da Lei das S.A. que estabelece as regras relativas a legitimação e representação de acionistas em assembleias gerais. (Processo CVM n.º RJ2014/3678).

O Colegiado da CVM teve de se manifestar em relação a um recurso protocolado por uma gestora de fundos de investimento acionista de companhia aberta que negou a participação da gestora na assembleia geral ordinária da companhia, entendendo que esta não cumpriu com os requisitos presentes no artigo 126, § 1.º da Lei das S.A.

A norma divide-se em duas partes e estabelece que (i) os acionistas podem ser representados na assembleia geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; e (ii) na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos.

No caso, a gestora de fundos de investimento constituiu um mandatário que era mero preposto da

gestora, não se enquadrando como administrador, acionista ou advogado, tendo em mãos somente uma procuração assinada por dois diretores da gestora, conforme determinava o estatuto social.

O Colegiado acolheu o recurso movido pela gestora, manifestando o entendimento de que a primeira parte do dispositivo legal se aplica somente aos acionistas pessoas físicas e para a representação das pessoas jurídicas deve ser aplicada a regra geral do Código Civil.

Esta interpretação permite que pessoas devidamente constituídas de acordo com a lei e com os estatutos sociais das respectivas pessoas jurídicas participem das assembleias gerais de companhias abertas, ainda que não sejam acionistas, administradores ou advogados.

Tendo em vista que o Colegiado determinou que esta interpretação deve ser adotada pelas companhias abertas, é necessário que as companhias se adaptem a esta nova orientação no momento da conferência dos poderes dos representantes dos acionistas em assembleias gerais, permitindo, desta forma, sua participação.

Contabilização irregular de AFAC

O Colegiado foi chamado a se manifestar acerca de acusações formuladas pela área técnica da CVM contra companhia aberta. Na decisão, a CVM condenou ao pagamento de multas pecuniárias os membros do conselho de administração, o Diretor de Financeiro e o Diretor de Relações com Investidores em um valor de R\$ 2.7 milhões de reais, somadas as multas de todos os condenados no processo.

A decisão girou em torno de um aporte de recursos efetuado pelo acionista controlador na companhia a título de Adiantamento para Futuro Aumento de

Capital ("AFAC"). Basicamente, a CVM responsabilizou os administradores pela (i) contabilização irregular do AFAC; (ii) por ter remunerado o acionista controlador com juros pelos valores aportados na companhia; e (iii) não divulgação de fato relevante.

A Acusação apontou que até 2003 os valores repassados à companhia pelo acionista controlador eram registrados na conta de "Empréstimos e Financiamentos" do passivo circulante. No entanto, a partir de 2004, esses valores passaram a ser

contabilizados como componente do patrimônio líquido a título de AFAC. Nesse sentido, o Colegiado entendeu que tal aporte deveria ser registrado como passivo a título de empréstimo.

Este entendimento está em consonância com o CPC 39 e o entendimento da Superintendência de Normas Contábeis da CVM que estabelecem que AFAC só poderá ser contabilizado como patrimônio líquido quando (i) os recursos são entregues à companhia de forma irrevogável e irretratável, por meio de cláusula contratual expressa; e (ii) as condições para conversão em ações estão pré-estabelecidas.

A desconformidade da contabilização do AFAC a essas normas levou à condenação do Diretor

Financeiro da companhia.

Já os membros do conselho de administração, com exceção de um, foram condenados por terem aprovado a remuneração retroativa do saldo destinado ao AFAC com base na Taxa de Juros de Longo Prazo ao acionista controlador. No entender do Colegiado da CVM, os conselheiros de administração teriam agido no interesse de seu acionista controlador, em detrimento do interesse da companhia, violando, assim, o artigo 154 § 1.º da Lei das S.A.

Por fim, cabe mencionar que o Diretor de Relações com Investidores foi condenado por ter deixado de divulgar a aprovação pelo conselho de administração da remuneração do saldo destinado ao AFAC.

Rejeição de termo de compromisso em processo de insider trading

O Colegiado da CVM, em decisão unânime, rejeitou proposta de termo de compromisso para extinção de processo por negociação de posse de informação privilegiada (insider trading).

O caso em questão analisou acusação contra advogado que trabalhou no departamento jurídico de uma companhia aberta entre os anos de 2010 e 2013 e foi acusado de, no período anterior à divulgação de fato relevante pela companhia, ter adquirido, em nome de sua mãe, quantidade relevante de ações, sendo que as aquisições iniciaram-se em abril e terminaram no dia 5 de outubro de 2012, data da divulgação do fato relevante.

No mês anterior à divulgação do fato relevante, as ações apresentaram alta relevante, o que chamou a atenção da área técnica da CVM e possibilitou a verificação da quantidade de ações negociadas pelo acusado.

O Comitê de Termo de Compromisso recomendou o indeferimento da proposta de termo de compromisso, considerando (i) que o acusado pertencia ao setor jurídico da companhia e era subordinado diretamente a pessoas que tiveram acesso prévio às informações contidas no fato relevante; (ii) o momento da operação realizada; e (iii) o histórico de negociação com as ações. No entender do Comitê, há indícios suficientes para demonstrar a prática de insider trading.

Vale ressaltar, ainda, que o acusado é um funcionário da companhia, e não a própria companhia ou seus administradores, como costuma ocorrer em processos dessa natureza, fato que demonstra o nível da análise que a CVM vem dedicando a qualquer caso que saia dos parâmetros da normalidade, o que deve gerar maior atenção das companhias abertas no controle de informações sigilosas e a efetiva comunicação de períodos de vedação de negociação.

Para mais informações sobre o conteúdo deste informativo, contatar:

ANDRÉ STOCHE
E-mail: astocche@stoccheforbes.com.br

FABIANO MILANI
E-mail: fmilani@stoccheforbes.com.br

FERNANDA CARDOSO
E-mail: fcardoso@stoccheforbes.com.br

FLAVIO MEYER
E-mail: fmeyer@stoccheforbes.com.br

LUIZ FELIPE COSTA
E-mail: fcosta@stoccheforbes.com.br

Radar

Stocche Forbes

O Radar Stocche Forbes – Societário tem por objetivo informar nossos clientes e demais interessados sobre os principais temas que estão sendo discutidos atualmente nas esferas administrativa e judicial, bem como as recentes alterações legislativas em matéria tributária.

Esse boletim tem caráter meramente informativo e não deve ser interpretado como um aconselhamento legal.

STOCHE FORBES

São Paulo

Centro Empresarial Cidade Jardim
Av. Magalhães de Castro, 4800
18º andar - Torre 2 - Edifício Park Tower
05676-120 São Paulo-SP - Brasil
+55 11 3755-5400

Rio de Janeiro

Centro Empresarial Cidade Jardim
Av. Magalhães de Castro, 4800
18º andar - Torre 2 - Edifício Park Tower
05676-120 São Paulo-SP - Brasil
+55 21 3974-1250

stoccheforbes.com.br