

RADAR STOCCHÉ FORBES - SOCIETÁRIO

Alterações no Código Civil - Fundações

Foi publicada no dia 29 de julho de 2015, a Lei n.º 13.151, de 28 de julho de 2015, que altera a disciplina das fundações no Código Civil.

A partir desta alteração, as fundações poderão ser constituídas com um rol mais amplo de finalidades (que antes era limitada a fins religiosos, morais, culturais ou de assistência). Uma inovação é a fixação de prazo de 45 dias para aprovação das reformas estatutárias pelo Ministério Público, ficando claro que se não houver manifestação dentro desse lapso temporal, o interessado poderá requerer que o poder judiciário avalie tais reformas.

A nova lei também altera a legislação tributária para dispor que os benefícios fiscais são aplicáveis apenas para fundações sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que (i) atuem efetivamente na gestão executiva; (ii) que a remuneração respeite como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação; (iii) o valor da remuneração seja fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade; (iv) haja registro em ata; e (v) haja comunicação ao Ministério Público.

Decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Valor da causa em dissolução parcial de sociedade não é inestimável

O STJ manifestou o entendimento, em sede de recurso especial, de que o valor da causa em ação de dissolução parcial de sociedade deve ser equivalente ao montante do capital social correspondente à participação do sócio que se pretende afastar do grupo.

Na origem, o processo diz respeito a uma situação em que houve a dissolução parcial de duas sociedades empresárias. O autor da ação pretendia retirar uma das sócias do quadro societário de duas empresas. No entanto, o valor da causa foi

impugnado pela sócia por considerá-lo flagrantemente irrisório, sendo que em segundo grau de jurisdição a impugnação foi afastada, pois o tribunal considerou que seria impossível realizar uma estimativa do valor da causa.

O STJ afastou tal entendimento, argumentando que o valor da causa deve sempre ser equivalente ao benefício que se busca com o exercício da ação e que todo direito a que serve a ação tem seu valor e, portanto, àquela mesma ação deve ser atribuído valor compatível com o direito correspondente.

Decisões do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)

Responsabilidade de Presidente da Mesa de Assembleia Geral

O Colegiado da CVM proferiu uma importante decisão recentemente, indicando seu entendimento acerca da responsabilidade do presidente da mesa de assembleia geral no desempenho de sua função ao longo da reunião.

No caso, acionistas minoritários procuraram, junto à mesa de uma Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária de uma companhia aberta, impugnar o voto dos acionistas controladores na deliberação em que seriam aprovadas as contas dos administradores, alegando que, nesse caso, o controlador estaria

impedido de votar, em decorrência das normas que regulam o conflito de interesses em assembleias gerais.

O presidente da mesa desconsiderou o pedido de impugnação e deu continuidade à assembleia, registrando em ata que se convenceu dos argumentos expostos pelos representantes dos acionistas controladores.

Controles Internos – Termo de Compromisso

Em decisão recente, o Colegiado da CVM deliberou, por unanimidade, rejeitar a proposta de termo de compromisso apresentada por administradores de companhia aberta que foram acusados de não divulgarem no formulário de referência da companhia deficiências em controles internos apontados no relatório de auditoria independente.

No caso concreto, desde 2009 os relatórios de recomendações sobre controles internos apontavam deficiências relacionadas ao controle orçamentário. No processo de revisão em 2011, foram identificados ajustes nos orçamentos que deveriam ser imputados ao ano de 2010 e que não foram identificados por meio dos controles internos então vigentes.

Negociação com ações de própria emissão

Uma companhia aberta solicitou autorização ao Colegiado da CVM para, nos termos da Instrução CVM n.º 10/80, realizar uma operação privada envolvendo units de sua emissão. No caso, essas units seriam utilizadas como parte do preço de um contrato celebrado no âmbito de uma operação de fusão e aquisição de empresas.

O Colegiado concedeu a autorização para a negociação pretendida pela companhia aberta, por entender que o caso era especial e plenamente circunstanciado, tendo semelhança com precedentes semelhantes já avaliados pela CVM anteriormente.

Insider Trading – Condenações e Absoluções

O Colegiado da CVM absolveu parte dos acusados pela prática de *insider trading*, usando como critério principal de análise a efetiva posse de informação privilegiada pelos acusados. Uma vez que a caracterização da prática de *insider trading* requer que o acusado tenha efetivo conhecimento de uma informação sigilosa e relevante e use essa informação para auferir vantagem, o Colegiado entendeu que a acusação não conseguiu demonstrar o efetivo conhecimento dessas informações por parcela dos acusados.

No caso, os acionistas e administradores de uma companhia aberta foram acusados de terem vendido suas ações em um período anterior ao aumento de capital. De acordo com a área técnica, os acusados teriam subscrito ações no contexto do aumento de

O Colegiado entendeu que, mesmo não sendo competente para conhecer do recurso apresentado pelos minoritários em relação à decisão da SEP, manifestou o entendimento de que é dever do presidente da mesa não computar votos proferidos em conflito de interesses, podendo ser responsabilizado se falhar em desconsiderar o proferido em contrariedade à Lei das S.A.

Por essa razão, a área técnica entendeu que o Diretor Presidente e o DRI violaram seu dever de diligência por não terem julgado tais deficiências como relevantes e, portanto, as divulgadas.

O resultado do julgamento desse caso é um indicativo de como o Colegiado deverá atuar em casos semelhantes, uma vez que após o Comitê de Termo de Compromisso ter negociado e recomendado a aceitação do termo, o Colegiado, mesmo com o parecer favorável do Comitê, rejeitou a proposta, pois o caso demandaria “*um pronunciamento norteador em sede de julgamento*”.

No entanto, o Colegiado chamou a atenção para uma característica da operação que deve levar o mercado a ter cautela em operações dessa natureza: as units em tesouraria que foram negociadas no âmbito da operação foram recompradas após a operação, não estando à disposição da companhia no momento da assinatura do contrato.

Nesse sentido, o Colegiado alertou que tal conduta pode ensejar questionamentos sobre o cumprimento dos deveres fiduciários dos administradores, podendo levar a responsabilização desses administradores.

capital que tinham um preço de emissão menor do que o preço de venda praticado anteriormente, valendo-se de informações privilegiadas sobre a situação financeira da companhia e sobre o aumento de capital.

Dois pontos devem ser destacados da decisão do Colegiado: (i) é necessário que a acusação demonstre que os acusados tenham efetivo conhecimento da informação privilegiada, fato que não foi provado no caso, uma vez que os acusados negociaram antes do período vedado; e (ii) relações de parentesco são indícios de comunicação de informação privilegiada, mas não são suficientes para, sozinhas, justificar uma condenação por *insider trading*, devendo estar acompanhadas de outros indícios mais contundentes.

Absolvição em caso de *Insider Trading*

Um banco e um administrador foram absolvidos das acusações de negociação com uso de informação privilegiada e de criação de condições artificiais de demanda, oferta e preço de valores mobiliários.

Para absolver o administrador da acusação de *insider trading*, o Colegiado da CVM considerou que a informação já era pública no momento da negociação questionada pela acusação.

Outro ponto levado em consideração pela CVM diz respeito à finalidade de auferir vantagem, requisito

necessário à caracterização da prática de *insider trading*. No caso, o Colegiado entendeu que a operação foi realizada dentro do contexto de uma operação com derivativos e que teria sido realizada com ou sem informação privilegiada.

Por fim, o Colegiado considerou que não houve a criação de condições artificiais de demanda pois só há a configuração desse ilícito quando os participantes envolvidos utilizam aspectos formais das operações para manipular o mercado, não se aplicando nos casos em que há uma justificativa materialmente econômica, como foi o ocorrido neste caso.

Conflito de Interesses de administrador

O Colegiado da CVM analisou, recentemente, uma operação de aquisição de uma empresa em que teria ocorrido uma série de irregularidades no processo de negociação e concretização da operação, destacando-se (i) a atuação em conflito de interesses de um dos administradores; (ii) infração ao dever de diligência; (iii) descumprimento de obrigações estatutárias; e (iv) violação do dever de informar.

(i) Conflito de Interesses de administrador e vinculação a acordo de acionistas

Embora não fosse o principal do processo, a CVM expressou seu entendimento de que, a partir de uma análise sistemática da legislação, aos administradores é imposto o dever de avaliar “violações à lei ou ao estatuto social decorrentes das orientações de voto emanadas de acionistas signatários de acordo, ainda que tais orientações sigam os termos do acordo”.

Na lógica da Relatora do processo, os mecanismos previstos nos § 8.º e § 9.º do art. 118 da Lei das S.A. “oferecem remédios justamente para as situações nas quais os administradores optam voluntariamente por contrariar as orientações recebidas, ausentar-se das reuniões do conselho ou se abster de proferir o voto”.

Desse modo, ainda que seja admitida a vinculação dos administradores aos termos do acordo de acionistas, o Colegiado concluiu que essa vinculação não pode levar os administradores a violarem seus deveres fiduciários ou outros dispositivos previstos na legislação societária.

Dentre os deveres previstos na legislação encontra-se a proibição do administrador participar de operações nas quais tenham interesse conflitante com o da companhia.

Segundo o entendimento consolidado no Colegiado da autarquia, o conflito de interesses, conforme exposto no artigo 156 da Lei das S.A., é uma hipótese de conflito formal, sendo o administrador proibido, a priori, de participar nas operações, “independentemente do conteúdo de seu voto e de seu objeto vir ou não a se alinhar com os interesses da companhia”.

Visto que o acordo de acionistas não afasta o dever do administrador não agir em conflito de interesses, a CVM concluiu que, “ao se enxergar diante de uma situação de conflito de interesses, mesmo quando existente orientação de voto estabelecida por acordo de acionistas, compete ao membro do conselho de administração se abster de participar das negociações e fazer consignar em ata que se absterá de exercer o direito de voto, registrando a extensão de seu interesse na operação objeto de deliberação”

Por consequência, eventual orientação de voto estabelecida em conformidade com acordo de acionistas não pode escusar o administrador do cumprimento de seus deveres, cabendo responsabilização na hipótese de violação da legislação e do estatuto social.

Com relação ao conceito de interesse conflitante com o da companhia, a CVM manifestou a posição de que se trata de noção ampla, englobando “situações em que o interesse do administrador não é direto, ou particular, ou seja, àqueles casos em que o interessado é uma pessoa ligada ao administrador ou em que o interesse do administrador seja mediato ou eventual”.

Vale notar que o fato do conselheiro de administração também ocupar cargo de administração na outra sociedade envolvida na

operação não é, isoladamente, critério suficiente para impedir a participação do administrador por interesse conflitante. No entanto, esse elemento deve ser avaliado em conjunto com as demais circunstâncias da operação. Dependendo dos termos e condições específicos da operação, como as partes envolvidas, o administrador pode ser impedido de participar por interesse conflitante.

Por outro lado, a CVM reiterou seu entendimento de que existe “presunção relativa em relação à vinculação de interesses em virtude de relações de parentesco [...], em especial naquelas em que as pessoas sujeitas a tais relações detêm participações em uma mesma companhia”.

Considerando o caso concreto, os Diretores da CVM decidiram que o membro do conselho de administração em questão, por ter ligações familiares e profissionais com o acionista indireto da companhia e controlador da sociedade adquirida.

(ii) Infração ao dever de diligência

Diretores de duas companhias abertas envolvidas na operação foram acusados de terem infringido seu dever de diligência ao não terem obedecido a uma orientação dos conselheiros de administração acerca de um dos passos da operação.

Neste particular o Colegiado entendeu que o argumento da acusação não poderia ser acolhido, uma vez que (i) não é papel da CVM punir diretores faltosos e que não cumprem ordens do conselho de administração, havendo mecanismos privados que podem ser utilizados pela companhia; e (ii) não ficou suficientemente provado que a operação realizada pelos diretores teria descumprido a orientação do conselho de administração.

(iii) Descumprimento de Obrigações Estatutárias

A acusação apontou que o conselho de

Descumprimento de Obrigações Periódicas

Diretores de uma companhia aberta foram condenados uma vez que a companhia em questão não cumpriu, por um período superior a doze meses, as obrigações periódicas impostas pela Lei das S.A. e pela regulamentação da CVM.

Neste caso, o Colegiado decidiu que só dispensa a obrigação de elaboração e prestação de informação em face de caso fortuito ou força maior. A necessidade de fazer correções ou a existência de pendências nos documentos que devem ser enviados

administração deixou de convocar uma assembleia geral para aprovação de operações societárias envolvendo sociedades controladas, em claro descumprimento do estatuto social da companhia.

A CVM absolveu os membros do conselho de administração argumentando que, embora o estatuto social tenha sido efetivamente descumprido, uma análise do histórico das decisões do conselho de administração demonstra que em todas as operações envolvendo controladas, a assembleia geral da companhia nunca fora convocada.

Desse modo, diante da ausência de prejuízos aos acionistas, que tinham conhecimento da operação e a aprovaram em outras instâncias deliberativas e diante do “princípio da insignificância”, os conselheiros foram absolvidos.

(iv) Violação do dever de informar

Dois Diretores de Relações com Investidores foram condenados por não terem divulgado tempestivamente um fato relevante informando ao mercado acerca de uma negociação relevante ocorrida com as ações da companhia que seria adquirida na operação.

Em sua defesa, os diretores alegaram que (i) a informação não seria relevante; e (ii) a decisão de não divulgar estaria protegida pela *business judgment rule* (ou “regra da decisão empresarial”).

O Colegiado rechaçou os dois argumentos centrais da defesa, demonstrando que (i) a operação com as ações da companhia que seria adquirida afetou todo o rumo do processo de negociação e as expectativas de concorrentes e do mercado; e (ii) a *business judgment rule* somente protege decisões de caráter negocial “e afasta decisões relacionadas a questões organizacionais, ou ao mero cumprimento de obrigações impostas pela regulamentação ou pelo estatuto da companhia”.

não isentam os administradores de responsabilidade.

Especificamente em relação ao DRI, a CVM entendeu que este só poderia ser condenado pelo não envio do Formulário Cadastral, visto “que a CVM tem eximido a responsabilidade dos DRIs por documentos em atraso ou não enviados quando estes não poderiam ser entregues nas datas esperadas porque ainda não existiam e, tão logo foram elaborados, tais documentos tenham sido enviados pelo DRI à CVM”.

Composição do Conselho Fiscal

O Colegiado da CVM foi chamado a se manifestar sobre uma reclamação de um acionista minoritário, que alegou que o acionista controlador de uma companhia aberta descumpriu as regras contidas na Lei das S.A. sobre a composição do conselho fiscal da companhia.

De acordo com a interpretação do reclamante, (i) o conselho fiscal somente pode ser composto por três ou cinco membros, sendo composto por três quando a companhia emitir apenas ações ordinárias e por cinco quando a companhia também emitir ações preferenciais; ou (ii) alternativamente, se for admitido um conselho fiscal com quatro ou cinco membros para companhias que emitem apenas ações preferenciais, deve-se conferir aos acionistas minoritários o direito de eleger dois conselheiros fiscais.

Ao apreciar a reclamação, o Colegiado da CVM reafirmou as decisões tomadas nos autos dos Processos RJ2003/3127, RJ2003/4257, RJ2003/3128, RJ2003/3129 e RJ2003/3130, deixando claro que:

- (a) a Lei das S.A. consagra o poder de a assembleia geral fixar o número de membros do conselho fiscal, observado o mínimo de três e o máximo de cinco conselheiros fiscais;
- (b) não há, assim, irregularidade na instalação do conselho fiscal com apenas quatro membros, desde que a assembleia geral ou o estatuto social assim o determinem;
- (c) aos minoritários é assegurada a eleição, em votação em separado, **de somente um** membro do conselho fiscal;
- (d) em atenção ao princípio majoritário, a alínea “b” do § 4.º do art. 161 deve ser interpretada como o direito do acionista controlador eleger, pelo menos, igual número de conselheiros eleitos pelos minoritários e preferencialistas, mais um; e
- (e) no conselho fiscal de companhia que emitiu ações ordinárias e composto por quatro membros, o acionista controlador pode eleger três membros, não tendo razão o reclamante.

Responsabilidade de DRI

Em análise de Recurso, o Colegiado da CVM reduziu o valor da multa que um DRI foi condenado a pagar por não envio tempestivo de obrigações periódicas. O caso é relevante, pois a CVM orienta as companhias acerca do momento em que nasce a obrigação do DRI divulgar determinadas informações periódicas:

- I. as demonstrações financeiras e o formulário de demonstrações financeiras padronizadas (DFP) são consideradas prontas na data em que

auditor independente emite seu relatório de auditoria; e

- II. o formulário de informações trimestrais (ITR) é considerado pronto na data do relatório de revisão especial dos auditores independentes.

Se o parecer dos auditores não foi emitido e o relatório de revisão especial dos auditores independentes não foi enviado, não há responsabilidade do DRI pelo não envio de Demonstrações Financeiras, Formulário DFP e ITR.

Condenação por irregularidades em aumento de capital

Em decisão recente, o Colegiado da CVM condenou os membros do Conselho de Administração de companhia recém-registrada na CVM, por infringência a normas que regulam operações de aumento de capital.

A condenação decorreu de não ter sido elaborado o laudo de avaliação dos bens integralizados no âmbito do capital social, bem como não terem sido informados o critério para o cálculo do preço de

emissão e, tampouco, uma justificativa pormenorizada para a fixação do preço de emissão. No entendimento do Colegiado, a exigência legal de justificativa do critério para a fixação do preço de emissão “se presta a uma dupla função, que é informar aos acionistas e vincular os administradores à proposta, viabilizando a prestação de contas pelos administradores, bem como sua eventual responsabilização”.

Para mais informações sobre o
conteúdo deste informativo,
contatar:

ANDRÉ STOCCHÉ

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: lfcosta@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 societária.

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

Rua da Assembleia nº10 - sala 3201 -
Centro
20011-901 Rio de Janeiro-RJ - Brasil
+55 21 3974 1250

www.stoccheforbes.com.br