



A indisponibilidade dos bens do administrador da companhia aberta

Em recente decisão, proferida nos autos de medida cautelar, a Juíza da Quinta Vara Empresarial do Rio de Janeiro, Maria Isabel P. Gonçalves, indeferiu pedido de acionista minoritário para bloqueio dos bens da OGX-Petróleo e Gás Participações S/A e de seu administrador e acionista controlador, Eike Fuhrken Batista. A decisão teve por fundamento o fato de que a concessão da medida, no que se refere à companhia, resultaria em verdadeira intervenção do Judiciário na atividade empresarial desenvolvida pela OGX. Ainda, e no que concerne ao administrador, o argumento foi no sentido de que o administrador responde pessoalmente apenas pelos resultados negativos aos quais der causa, não estando comprovada a imputação de conduta que justifique a indisponibilidade de seus bens.

O acionista minoritário sustentou que, segundo o noticiado nos meios de comunicação, a companhia encontrava-se em situação dramática relacionada a não concretização de projeções de produção de petróleo e gás natural, anteriormente divulgadas por seu administrador, e que impactariam diretamente nos futuros resultados da OGX.

A decisão é polêmica e o cerne da questão está na possibilidade de bloqueio dos bens da companhia e do administrador em virtude da enorme desvalorização de suas ações no mercado mobiliário e a necessidade de proteção dos acionistas minoritários. Desde o pico de sua cotação em 2010, a ação da OGX já caiu mais de 95%.

A companhia aberta é aquela cujos valores mobiliários de sua emissão estejam admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. Somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociados no mercado de valores mobiliários. Assim, seu mecanismo de financiamento se dá junto ao público, aplicando-se o regime de companhia aberta não apenas às companhias que emitiram capital por subscrição

pública, mas também àquelas que, tendo sido constituídas como companhias fechadas, tiveram suas ações admitidas, em algum momento, no mercado mobiliário.

As ações de uma companhia aberta são ativos de renda variável, ou seja, não oferecem ao investidor uma rentabilidade garantida, mas sim investimento de risco, associado ao mercado e à própria companhia investida, especialmente, aquelas consideradas como pré-operacionais, ou seja, companhias admitidas no mercado sem resultados operacionais consistentes no curto prazo, tendo o seu valor estimado para o futuro.

Com vistas a manter a confiabilidade do mercado e visando atrair um contingente cada vez maior de pessoas, a CVM e a BM&FBovespa têm a obrigação legal de fiscalizar as companhias abertas e suas emissões e assegurar ao investidor condições essenciais para a avaliação do risco das operações, sem incidir em julgamentos de valor, objetivando que os riscos fiquem limitados apenas ao investimento realizado. No entanto, de acordo com a própria CVM, essa proteção não deve distorcer as características de risco inerentes às aplicações em valores mobiliários.

Entre as atribuições da BM&FBovespa, por exemplo, estão o acompanhamento cotidiano da atualização do formulário de referência - que detalha desde a composição de diretoria até a remuneração de executivos das empresas - e de sete itens das demonstrações financeiras exigidos no artigo 25 da Instrução 480/09 da CVM. É o caso dos relatórios da administração e do parecer de auditores independentes. Em caso de desrespeito às normas e regulamentos, a BM&FBovespa tem a prerrogativa de cobrar esclarecimentos das empresas.

Do mesmo modo, deve a companhia aberta, por meio de seu diretor de relações com investidores, divulgar todos os atos e fatos relevantes ocorridos ou relacionados, ainda que indiretamente, com seus

"(...) todo acionista de uma companhia, aberta ou fechada, tem o direito essencial de fiscalizar a gestão dos negócios sociais."

“(...) o Comitê Consultivo observou a importância da repartição de benefícios, reportou e avaliou os progressos realizados na implementação da fase piloto do Acesso e Repartição de Benefícios (...)”

negócios, garantindo a ampla e total veiculação. É o chamado pelos norte-americanos, de *full disclosure*, dever legal imposto ao administrador de companhia aberta (art. 157 da Lei nº 6.404/76) de assegurar que todos os participantes do mercado detenham a informações e transparência total em relação às informações materiais relevantes.

No que se refere à responsabilidade dos administradores, a Lei das S.A. determina, em seu artigo 158, que não serão responsáveis pelos chamados atos regulares de gestão (*business judgment rule*), quais sejam, atos ordinários de administração, praticados sem violação da lei ou do estatuto social – aqui ressalvada a responsabilidade na esfera ambiental, que é objetiva e independe de qualquer condição. Assim, a regra geral é no sentido de que os administradores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade.

A exceção, todavia, e como efeito da responsabilidade civil pessoal do administrador, está nos atos praticados com culpa ou dolo, dentro de suas atribuições e poderes, ou com violação da lei ou estatuto social, pelos quais serão responsáveis os administradores.

Para as hipóteses de culpa ou dolo, a regra sempre foi a de ser necessário restar provado o comportamento ilícito do administrador. Já com relação a atos praticados com violação da lei ou estatuto social, em virtude da Lei das S.A. não demandar de forma expressa a comprovação da culpa ou dolo do administrador, prevalecia a tese de responsabilidade objetiva, ou seja, sendo irrelevante a culpa ou dolo. No entanto, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) se firmou no sentido de que, ainda nos casos de atos praticados com violação da lei ou estatuto, como referido, deve o autor da ação provar a culpa ou dolo do administrador. A doutrina especializada também defende o entendimento de que, nesses casos, é necessária a comprovação de culpa ou dolo.

Devem, portanto, restar comprovados os atos dolosos ou culposos praticados pelo administrador, capazes de importar em violação da lei ou dos estatutos, a exemplo do disposto no artigo 117 da Lei das S.A., que dispõe expressamente sobre os casos de responsabilidade do acionista controlador. As circunstâncias do dolo ou culpa devem estar presentes e provadas de forma discriminada e articulada.

A utilização de informação privilegiada, por exemplo, a

qual tenha acesso o administrador, relativa a ato ou fato relevante ainda não divulgado ao mercado, para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante negociação de valores mobiliários, é crime tipificado no artigo 27-D da Lei 6.385/76, incluído pela Lei 10.303/2001, e punível com pena de reclusão de 1 a 5 anos, além da multa de até 3 vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. Para sua configuração, no entanto, é necessária a existência de dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de utilizar informação relevante, ainda não divulgada ao público, de que tenha conhecimento e da qual deve manter sigilo, além do especial fim de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida decorrente da negociação com valores mobiliários.

Não obstante a responsabilidade pela disseminação de informações relevantes caber aos administradores da companhia e o dever de fiscalizar à CVM e BM&FBOvespa, vale registrar que todo acionista de uma companhia, aberta ou fechada, tem o direito essencial de fiscalizar a gestão dos negócios sociais. Essa fiscalização deve ser feita nas formas admitidas na própria Lei, seja por meio do Conselho Fiscal ou mediante requisição, à companhia, de exibição de seus livros.

Cristiane Arenas – advogada associada NMSA

Reunião em Montreal discute acesso e repartição de benefícios

Entre os dias 30 de setembro e 4 de outubro de 2013, especialistas em patrimônio genético e acesso e repartição de benefícios de todos os continentes se reuniram em Montreal, Canadá, para discutir e estabelecer critérios e formas de como serão feitas as trocas de informações e de documentos legais para viabilizar a adoção e internalização do Protocolo de Nagoya pelos países signatários. Durante todas as reuniões, o Comitê Consultivo observou a importância da repartição de benefícios, reportou e avaliou os progressos realizados na implementação da fase piloto do Acesso e Repartição de Benefícios (*ABS Clearing – House*) e discutiu prioridades para o aprimoramento e desenvolvimento contínuo deste mecanismo até outubro de 2014, data em que será realizada a primeira das conferências das Partes da CDB que também servirá como reunião das Partes do Protocolo de Nagoya.

NOTÍCIA NMSA

Como vem ocorrendo nos últimos anos, **Nascimento e Mourão** foi novamente eleito por seus próprios clientes como um dos 500 mais admirados segundo o "Anuário dos Escritórios de Advocacia mais Admirados do Brasil", com especial destaque para contratos comerciais.

Investindo sempre no aprimoramento técnico e na estrutura que dá suporte à eficiência, e buscando estreitar o relacionamento com o cliente para entendê-lo com profundidade, nos orgulhamos da história que estamos traçando e dos rumos que estamos tomando.

Este crescimento vem lado a lado com o sucesso de nossos clientes, que nos fazem privilegiados pela parceria e confiança, e aos quais agradecemos por mais um ano de trabalho e conquistas.