



Análise dos Resultados - Julho 2004
2ª Mesa de Debates

Responsabilidade Legal e Estatutária
dos Membros de Conselhos e Comitês
3ª Mesa de Debates

AUDIT COMMITTEE INSTITUTE



Prefácio

O *Audit Committee Institute (ACI)* é uma iniciativa pioneira da KPMG que visa a aprofundar o debate sobre o papel dos Comitês de Auditoria nos assuntos relacionados à Governança Corporativa e aos processos de apresentação e divulgação de relatórios financeiros, sempre de acordo com as normas contábeis brasileiras e internacionais.

O ACI tem como proposta a realização de mesas de debates com periodicidade trimestral. A segunda foi realizada em julho, em São Paulo, e teve como tema “Melhores práticas em comitês e conselhos”. O evento, patrocinado pela KPMG, contou com a participação de 69 convidados, na sua grande maioria membros de Conselhos de Administração, Conselhos Fiscais e Comitês de Auditoria.

A apresentação foi feita pelo presidente do Conselho de Administração do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), José Guimarães Monforte. Graduado em economia pela Universidade Católica de Santos, é presidente do Conselho do Grupo Pini (Tecnologia Ind. Construção) e da Natura Cosméticos S.A., além de vice-presidente do Conselho da Klicknet S.A. (Portal de Educação).

Transcrevemos a seguir os pontos abordados durante a 2ª Mesa de Debates do ACI e os resultados da pesquisa interativa aplicada nessa ocasião. Essa pesquisa reflete de forma verossímil a realidade sobre o estágio de desenvolvimento das políticas de Governança Corporativa no Brasil hoje.

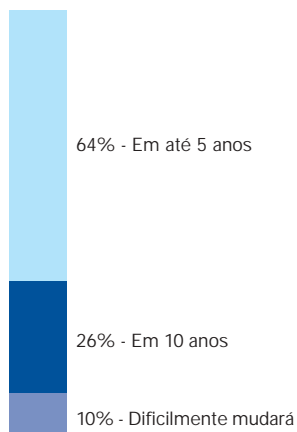
Contamos com a sua participação nas próximas mesas de debates.



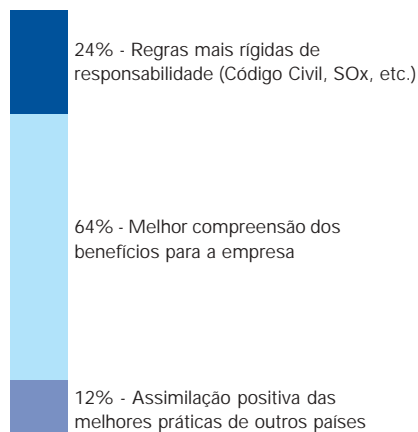
Análise dos resultados – julho 2004 2ª Mesa de Debates

O aumento da compreensão por parte das empresas, no tocante aos benefícios obtidos com a inserção das melhores práticas de governança corporativa, deve mudar a cultura organizacional brasileira nos próximos anos. A afirmação foi feita por 90% dos entrevistados em pesquisa interativa realizada durante a 2ª Mesa de Debates do ACI; para 64% isso deve ocorrer no máximo em cinco anos. O resultado é um indício de que o tema Governança Corporativa está amadurecendo no universo empresarial. Embora 63% entenda que ainda é necessária uma melhor compreensão, esse movimento não deve ser considerado nem como modismo nem como obrigatoriedade. Trata-se de necessidade e deve fazer parte da natureza de uma companhia.

Apenas para aqueles que concordaram total ou parcialmente com a afirmação anterior, o Sr./Sra. acredita que essa situação possa mudar:



Para que ocorra a mudança em até 5 anos, esta deve ser orientada por:



Governança Corporativa é um sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, com propriedade e controle trabalhando de forma coordenada. Os interesses de acionistas/cotistas são preservados quando um bom sistema de Governança Corporativa assegura que os administradores (controle) estão trabalhando como deveriam. É a interação entre o fórum de acionistas, o conselho de administração, os comitês, a diretoria executiva e as auditorias interna e externa. O objetivo é melhorar o acesso ao capital, aumentar o valor da sociedade e contribuir para a sua perenidade. Seus quatro pilares são: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

A necessidade da adoção de boas práticas de Governança Corporativa torna-se evidente quando verificamos a atuação dos Conselhos de Administração e sua participação em decisões fundamentais da empresa. É muito difícil, se não impossível, um conselheiro entender mais de uma companhia do que o próprio gestor. O conselheiro tem como objetivo supervisionar e acrescentar uma perspectiva diferente à gestão da empresa, que deve se somar à do gestor. É um exercício de duas direções, no qual a discussão ocorre com o comprometimento da disposição, independentemente da obrigatoriedade, de adotar uma postura de receber e contribuir, nascendo daí uma reflexão de negócios única, difícil de se conquistar, mas tão valorizada em qualquer ambiente corporativo.

Para funcionar em sua plenitude, o Conselho de Administração necessita estar capacitado para discussão dos principais temas corporativos. Entre eles, atualmente se destacam aqueles originalmente atribuídos ao Comitê de Auditoria como avaliar os riscos e o ambiente de controle da organização, supervisionar a preparação de relatórios financeiros e avaliar os processos de auditoria.

Para atuar em sua plenitude, entretanto, é necessário conhecer as melhores práticas existentes no mercado com o objetivo de adaptá-las à situação e cultura de cada empresa. Não existe uma fórmula padrão de Governança Corporativa para o Comitê de Auditoria, dependendo do perfil acionário, do ciclo de vida da empresa, de seu tamanho e de outros fatores importantes.

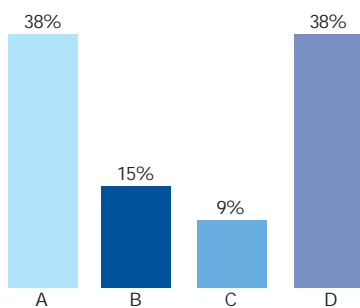
Algumas das boas práticas para um adequado funcionamento de Conselhos de Administração e Comitês de Auditoria foram discutidas na 2ª Mesa de Debates e também constaram das perguntas interativas.

OBRIGAÇÕES E DIREITOS

No que diz respeito a obrigações e direitos do Comitê de Auditoria, 38% dos respondentes dizem que estes estão formalizados em um documento denominado Código de Atuação e 15% afirmam que a conduta existe, mas não é formalizada. Para 38%, não há definição das obrigações e dos direitos.

As obrigações e direitos do Comitê de Auditoria da sua empresa:

- A - Estão formalizados em um documento específico (Código de Atuação)
- B - Existem, mas não estão formalizados
- C - Existem apenas parcialmente
- D - Não há definição das obrigações e dos direitos



Liderança

Governança Corporativa também é sinônimo de liderança, a qual só se constrói por meio de raízes, crenças e valores estabelecidos em uma companhia. A grande responsabilidade por estabelecer o padrão da liderança de uma empresa é do Conselho de Administração, o qual pode ser definido como o tom da Alta Administração. A definição dos valores e crenças é feita pelos acionistas. Os membros do conselho têm como função segui-la e atualizá-la. Reconhece-se a importância de uma postura exemplar de conselheiros e diretores para que esses conceitos sejam difundidos na empresa, algo como “o exemplo vem de cima” (*tone at the top*).

Para que não haja dúvidas sobre esse processo, é muito importante que a atuação do Comitê de Auditoria esteja formalizada em um documento específico, comumente conhecido como Regimento ou Código de Atuação do Comitê de Auditoria. Apesar da importância de um regimento específico para o Comitê, apenas 38% afirmaram que nas empresas onde atuam há esse documento formalizado; para outros 38%, não há qualquer definição das obrigações e dos direitos.

Competências

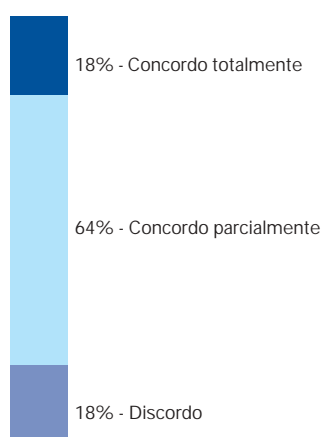
A necessidade da Governança Corporativa cresce muito quando as empresas criadas por seu fundador começam a sofrer o processo de separação entre gestores e acionistas. É como um comandante de um navio, dono da embarcação, que passa a ser o armador. O ex-comandante instrui ao novo a rota e onde quer que o navio chegue. Mas, para isso, precisa ter a certeza de que a tripulação está engajada e é competente para seguir a viagem. Precisa saber também se há combustível suficiente e, principalmente, se existe um painel de controle que detecte todos os acidentes naturais que possam ocorrer no caminho a fim de que não haja problemas com sua embarcação.

Para que avalie o percurso da Diretoria Executiva, o Conselho de Administração deve, ao menos, atuar em quatro vetores principais:

- Planejamento estratégico da empresa
- Desenvolvimento de recursos humanos
- Gestão de riscos
- Estrutura de capitais da empresa

Ao se centrarem nesses pontos, os membros do Conselho de Administração poderão fazer um belo trabalho de construção e agregação de valor para a companhia. De uma forma geral, o Conselho aprova as estratégias, e a gestão as implementa.

Quanto à afirmação: "Existem excelentes referenciais teóricos de melhores práticas em Conselhos e Comitês, porém a cultura organizacional brasileira não permite exercer essas melhores práticas":



Funcionamento do Conselho

Existem dois pontos fundamentais no funcionamento de um Conselho de Administração. Um é a agenda, o outro é o registro das atas de decisões. A agenda é a espinha dorsal. Para assegurar a eficácia e o bom desempenho do Conselho, seu presidente deve inserir os quatro vetores citados na agenda. Lá deve estar registrado quando o Conselho se envolverá com o planejamento estratégico, de quais reuniões deve participar e o tempo a ser despendido. O Conselho deve ainda coordenar a agenda de atuação do Comitê de Auditoria para assegurar que os temas sob sua responsabilidade serão devidamente analisados.

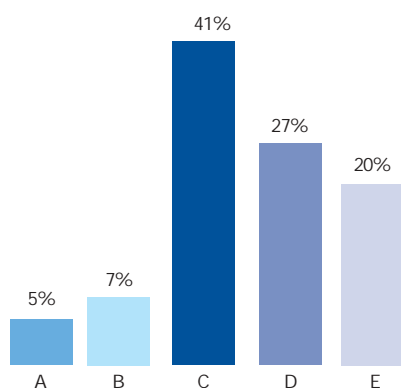
Presidência do Conselho

Uma das melhores práticas para um Conselho de Administração é o CEO (presidente-executivo) não ocupar a presidência do Conselho. Caso o presidente-executivo da companhia participe do Conselho de Administração, uma alternativa é instituir uma "seção executiva" que deve impedir, naquele momento, a participação do executivo principal da empresa. Isso deve ocorrer para que haja total liberdade dos conselheiros na hora de avaliar a atuação desse executivo.

APRIMORAMENTO

O acesso à informação é o item mais relevante para 41% dos respondentes quando o assunto é aprimoramento. Já 27% acreditam que é necessário melhorar a avaliação da *performance*, e outros 20%, o treinamento.

Quais dos itens a seguir têm revelado maior necessidade de aprimoramento por parte do Comitê de Auditoria:



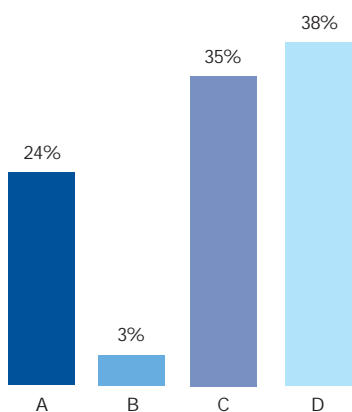
- A - Definição da posse de novos membros
- B - Formalização das reuniões
- C - Acesso a informações
- D - Avaliação de *performance*
- E - Necessidade de treinamento

Ainda há uma certa resistência a respeito dessas duas práticas, até mesmo nos Estados Unidos. Com o fracionamento do poder de decisão do capital das companhias norte-americanas, o poder do controlador foi transferido para o direito residual de gestão. Assim, o gestor principal, que tinha o poder de manipulação do poder político, passou a acumular o papel de executivo principal e de presidente do conselho. Mas, atualmente, existe um movimento forte para separar as duas funções.

Processo de seleção

O processo de seleção dos conselheiros é a base desse organismo, e a avaliação da sua independência é extremamente importante. Atualmente, as pessoas sentem-se honradas ao serem convidadas para fazer parte de um conselho e às vezes não avaliam cuidadosamente os riscos relacionados a essa função, sua potencial contribuição à situação atual (política, econômica, de mercado) da empresa e o compromisso que assume com as boas práticas de Governança Corporativa.

No aspecto independência, houve empate técnico entre os respondentes da pesquisa interativa que julgam ser inaceitáveis conselheiros que tenham relações comerciais com a empresa ou que tenham relações familiares com diretores-executivos.



INDEPENDÊNCIA DO COMITÊ DE AUDITORIA

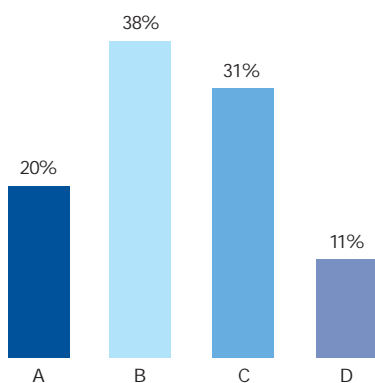
Quanto à independência dos membros do Comitê de Auditoria, ser cônjuge ou parente de algum diretor da empresa é um fato inaceitável para 38% dos entrevistados. Outros 35% acham incorreto que esses profissionais tenham relação comercial como, por exemplo, fornecimento de serviços de/para a empresa; e 24% consideram errado também o membro ser acionista controlador ou membro do grupo de controle.

Qual dos itens a seguir é considerado como absolutamente inaceitável em relação à independência dos membros do Comitê de Auditoria:

- A - Ser acionista controlador ou membro do grupo de controle
- B - Ter sido empregado ou diretor da sociedade
- C - Ter relações comerciais com a empresa, do tipo fornecimento, serviços
- D - Ser cônjuge ou parente de algum diretor da empresa

Qualificação dos conselheiros

Em relação à qualificação dos membros do Comitê de Auditoria, há uma evidente necessidade de aprimoramento, visto que um pequeno volume de respostas (20%) afirma para uma adequação total, no que diz respeito à independência e capacidade dos conselheiros.



FUNÇÃO ADEQUADA

Apenas 20% dos respondentes acreditam que os Comitês de Auditoria de suas empresas estão adequados em relação à independência e à capacidade de seus membros. 38% acreditam que estão parcialmente adequados, enquanto 31% afirmam que precisam de melhorias. 11% estão em completo desacordo.

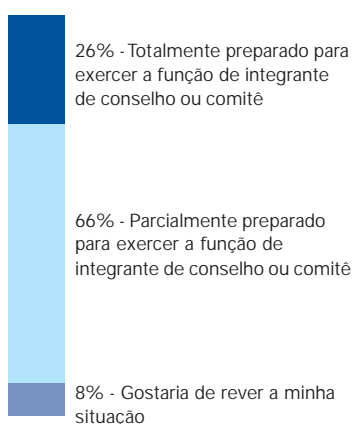
Em relação à independência e capacidade (notadamente conhecimento de finanças) dos seus membros, o Comitê de Auditoria da sua empresa:

- A - Está completamente adequado
- B - Está parcialmente adequado
- C - Precisa de melhorias
- D - Está em completo desacordo

PREPARAÇÃO

66% dos entrevistados acreditam que estão parcialmente preparados para exercer a função de integrante de conselho ou comitê, enquanto 26% se dizem totalmente preparados. Outros 8% gostariam de rever a sua situação.

Em relação às melhores práticas em conselhos e comitês, o/a Sr./Sra. considera que esteja:



Em primeiro lugar, é preciso que haja um grande compromisso do profissional de fazer com que o processo funcione. Em segundo, a empresa precisa ter clareza de que as qualificações do conselheiro coincidam com suas necessidades. É importante também que o profissional tenha experiência anterior, conheça as melhores práticas e tenha disponibilidade de tempo para se preparar para as Reuniões do Conselho de Administração.

Outra questão importante é ter entusiasmo. Precisa haver um grau de envolvimento, não só na gestão do negócio, mas no conhecimento da empresa. Só assim haverá contribuição para o negócio da organização. A interação também é fundamental, gerando como resultado decisões mais equilibradas e um menor índice de conflitos, sem perda de qualidade no desempenho de suas responsabilidades.

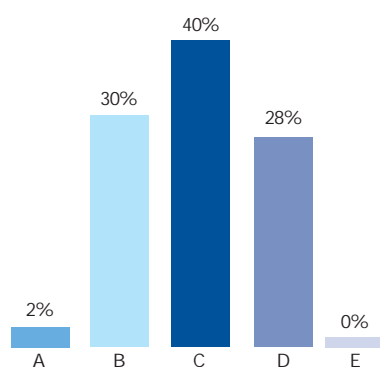
Composição do Conselho

Deve existir uma diversidade de experiência, de conhecimento e de perfil. É essa diversidade que enriquece o Conselho. A capacidade de prever ou tentar antecipar também é um aspecto bastante relevante. Hoje não é mais possível pensar num Conselho ou num sistema de Governança Corporativa eficiente que não tenha capacidade de lidar e tentar antecipar riscos num mundo volátil.

ATUAÇÃO

A experiência em auditoria foi o aspecto mais importante citado por 40% dos entrevistados para atuação de um membro em um Comitê de Auditoria; 30% acham que o mais importante é a familiaridade com gerenciamento de riscos, enquanto 28% acreditam que é fundamental ter conhecimento na elaboração de relatórios financeiros.

Qual aspecto é considerado mais importante para a atuação de um membro do Comitê de Auditoria da sua empresa:



- A - Experiência no mercado
- B - Familiaridade com gerenciamento de riscos
- C - Experiência em auditoria
- D - Familiaridade com elaboração de relatórios financeiros
- E - Entendimento de Tecnologia da Informação

Diante de suas atribuições de supervisionar os trabalhos de auditoria interna e externa, o Comitê depara-se com a necessidade de conhecer processos e metodologias de auditoria utilizados, de forma que seu direcionamento, supervisão e avaliação estejam tecnicamente embasados.

Avaliação do Conselho

Atualmente, o processo de avaliação do Conselho ainda não é usual, e muitas empresas ainda não conduzem um processo formal e transparente, resguardadas as necessidades de confidencialidade.

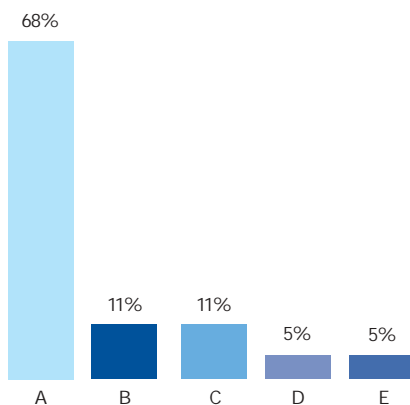
Existem diversas formas de se realizar uma avaliação do Conselho e do Comitê. Seja qual for a maneira escolhida, deve-se tomar um cuidado especial quanto à confidencialidade das informações. Deve-se deixar claro que o objetivo principal desta avaliação é saber se o funcionamento do Conselho é eficiente, e não identificar falhas individuais. Como consequência desse processo, haverá uma percepção da atuação dos conselheiros, que deverá ser discutida com o próprio avaliado antes de qualquer decisão por parte do responsável, geralmente o Presidente do Conselho.

Também é muito interessante uma auto-avaliação dos conselheiros, geralmente coordenada por uma empresa de consultoria especializada, por meio de questionários, com o propósito de permitir uma autocritica de sua atuação e o entendimento do que poderia ser aprimorado.

Relacionamento com os auditores independentes

A supervisão dos trabalhos dos auditores é um aspecto muito importante e uma obrigação intransferível. O Conselho deve interagir periodicamente com os auditores. O Comitê de Auditoria, além de avaliar os critérios de seleção, remuneração e desempenho, deve atuar mais diretamente na discussão dos relatórios e na revisão do ambiente de controle interno.

A boa prática recomenda que os auditores independentes apresentem os seus relatórios para o Conselho de Administração.



AUDITOR EXTERNO

Para 68% dos entrevistados, o Conselho de Administração é responsável pela contratação do auditor externo. Outros 22% dividem essa responsabilidade entre o Comitê de Auditoria e a Presidência.

Em relação aos auditores externos, quem tem a principal responsabilidade pela contratação?

- A - Conselho de Administração
- B - Comitê de Auditoria
- C - Presidência
- D - Diretoria-Financeira
- E - Auditoria Interna ou Gerenciamento de Riscos

Em relação aos trabalhos de auditoria interna, própria ou terceirizada, o Comitê de Auditoria tem papel fundamental no desempenho da função, assegurando independência e patrocinando o escopo e a natureza dos trabalhos a serem executados. Como boa prática, a auditoria interna deve se reunir também com o Conselho de Administração. Na pesquisa interativa, apenas 18% dos conselheiros afirmaram que na empresa onde atuam o Comitê de Auditoria tem uma participação efetiva na condução do planejamento, no monitoramento da execução e na análise dos resultados finais.

Gestão de Risco

Além de analisar os relatórios financeiros, promover a supervisão e responsabilização da área Financeira e gerir a relação com os auditores independentes, é preciso que o Conselho acompanhe o ambiente de controle e expanda a base de atuação para uma Gestão de Riscos mais ampliada.

O Conselho deve estar apto a avaliar o ambiente de controle e a adequabilidade do gerenciamento de riscos da organização.

Entre essas atividades de gestão de riscos, o Comitê deve entender e avaliar o perfil de risco da organização, os sistemas de controle destinados a mitigá-lo, exigir um ambiente de controle confiável e um adequado sistema de *compliance*.

Canal de comunicação e informação

O Conselho de Administração e o Comitê de Auditoria necessitam de informações confiáveis e no tempo adequado para realizar suas funções e tomar decisões. Essas informações originam-se de relatórios financeiros e, principalmente, de relatórios gerenciais fornecidos pela gestão. Contudo, o acesso às informações julgadas relevantes é um entrave para boa parte dos conselheiros, e 41% entende que nesse campo reside a maior necessidade de aprimoramento.

Recomenda-se a criação de um canal de comunicação com as pessoas que queiram comunicar fraudes ou desvios de conduta que estejam prejudicando o negócio ou as operações da empresa.

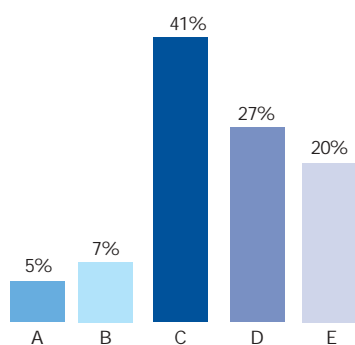
Inegavelmente, não é fácil manter um sistema de apuração dessas denúncias e deve-se ter muita habilidade na condução desse tema.

APRIMORAMENTO

O acesso à informação é o item mais relevante para 41% dos respondentes quando o assunto é aprimoramento. Já 27% acreditam que é necessário melhorar a avaliação da *performance* e outros 20%, o treinamento.

Quais dos itens a seguir têm revelado maior necessidade de aprimoramento por parte do Comitê de Auditoria:

- A - Definição da posse de novos membros
- B - Formalização das reuniões
- C - Acesso a informações
- D - Avaliação de *performance*
- E - Necessidade de treinamento



Melhores Práticas em Conselhos e Comitês

*José Guimarães Monforte**

Deve-se entender a governança com um sistema que apoia a direção e o monitoramento da gestão das sociedades. Esse sistema envolve relacionamentos com Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal.

Os pilares da boa governança são quatro, a saber, Transparência, Equidade, Prestação de Contas e Responsabilidade Corporativa.

É muito importante entender que a governança tem uma amplitude de atuação bastante vasta e que engloba não só as ações de fiscalização, mas também e em muitos casos, realiza contribuições importantes que agregam valor à gestão na operação do negócio.

Governança também é liderança. A boa governança, por meio do Conselho de Administração, provê a direção estratégica e indica os valores a serem adotados pela empresa e os propósitos e as crenças dos sócios. Talvez a tarefa de maior importância da governança, também por meio do Conselho, seja a escolha das lideranças.

De uma forma geral, além das determinações formais, um Conselho de Administração, que é o órgão central do sistema de governança,

concentra-se em quatro áreas principais: Planejamento Estratégico, Desenvolvimento de Recursos Humanos, Gestão de Riscos e Estrutura de Capitais.

Uma empresa que pretende se beneficiar da adoção das melhores práticas de governança corporativa deve ainda observar uma série de preceitos, todos parte integrante do Código das Melhores Práticas de Governança do IBGC. Alguns desses preceitos, ainda não enunciados neste texto, são:

- Deve haver uma clara distinção de papéis entre “propriedade” e “administração”;
- Cada ação deve corresponder a um voto;
- A escolha de conselheiros deve ser baseada na competência, idoneidade e diversidade;
- O presidente da diretoria não deve presidir o conselho; e
- Toda sociedade deve ter um código de conduta baseado em princípios éticos, aprovado pelo Conselho de Administração.

Em resumo, essas são as práticas adotadas por empresas que buscam maior eficiência e perenidade. O amadurecimento das discussões em torno das melhores práticas é um prazeroso convite àqueles que desejam estudar com profundidade esses e outros assuntos suscitados pelo debate sobre a governança.

O IBGC tem procurado dar sua contribuição, mantendo-se sempre na vanguarda dessas discussões. Destacam-se entre as iniciativas recentes do Instituto, o lançamento da

3ª edição do Código das Melhores Práticas em março de 2004, e a organização da 10ª Conferência Anual do International Corporate Governance Network (ICGN), realizada em junho no Rio de Janeiro. O evento contou com 602 participantes, sendo 280 estrangeiros, representantes dos maiores fundos de pensão e de investimentos do mundo.

Além disso, o IBGC realizará seu 5º Congresso Anual em 8 de novembro de 2004, fórum exclusivo para discussão de assuntos de governança e acaba de criar seu Centro de Pesquisa e Conhecimento, que nasce com a pretensão de ser um centro de excelência em produção acadêmica e científica sobre governança corporativa.

* Graduado em Economia pela Universidade Católica de Santos, atuou como dirigente em diversos bancos e empresas, entre eles Banespa, Merrill Lynch e Citibank N.A, além de ter ocupado a presidência da VBC Energia S.A. Atualmente é o presidente da Janos Participações Ltda., Presidente do Conselho do IBGC e Conselheiro das seguintes companhias: Natura, Caramuru Alimentos, Banco Nossa Caixa, Editora Pini e Klick Educação.



Responsabilidade Legal e Estatutária dos Membros de Conselhos e Comitês

3ª mesa de debates

*Walter Douglas Stuber e Manoel Ignácio Torres Monteiro**

Aspectos Gerais

A questão da responsabilidade dos administradores (Diretores e Conselheiros), auditores e consultores têm sido objeto de uma preocupação crescente, principalmente após o advento da Sarbanes-Oxley Act, 2002.

A Lei das Sociedades Anônimas equipara Conselheiros e Diretores para fins de delimitação de responsabilidade. Assim, membros do Conselho de Administração ou do Conselho Fiscal têm os mesmos deveres e responsabilidades dos Diretores. Por outro lado, os membros do Comitê de Auditoria, são equiparados, em seus deveres e responsabilidades, aos membros do Conselho Fiscal conforme parecer da Comissão de Valores Mobiliários sobre a matéria.

Os Conselheiros devem obedecer às disposições do Estatuto Social e da legislação em vigor, agindo com a devida diligência no desempenho de suas funções, sob pena de responderem por eventuais danos causados à sociedade, aos sócios e a terceiros.

A responsabilidade do administrador pode ser dividida em dois tipos: (i) Responsabilidade Indireta e (ii) Responsabilidade direta.

* Walter Douglas Stuber e Manoel Ignácio Torres Monteiro são sócio fundador e sócio, respectivamente, da Stuber – Advogados Associados, e especialistas em Direito Societário, Bancário e de Mercado de Capitais Bancário e de Mercado de Capitais.

Na Responsabilidade Direta, o Conselheiro é pessoalmente responsável.

Entre as hipóteses de Responsabilidade Direta podemos citar atos dos Conselheiros que resultem de excesso de poderes, de desrespeito à lei ou ao Estatuto Social e de negligência no exercício de suas funções.

Na Responsabilidade Indireta, o Conselheiro não é pessoalmente responsável, pois a legislação assim não o prevê. Neste caso, a sociedade responderá pelos danos causados pelo Conselheiro, mas terá direito de regresso contra o administrador, isto é, poderá acioná-lo para reaver o valor a que foi condenada a pagar como indenização.

Pelo fato do Conselho de Administração ser órgão deliberativo colegiado, somente suas decisões tomadas em reunião regularmente convocada e instalada têm valor. Nesse sentido, cabe dizer que qualquer decisão isolada de qualquer Conselheiro é ineficaz.

Porém, há casos em que a omissão, ou a falta de diligência dos Conselheiros, pode levar a sua responsabilização.

O caráter colegiado do Conselho de Administração faz com que seus membros tenham responsabilidade coletiva. Porém, a solidariedade entre seus membros não é presumida.

A lei prevê casos de solidariedade dos administradores, como no caso do cumprimento das formalidades

complementares à constituição da companhia ou no caso de não anotações da extinção das debêntures nos respectivos livros.

Entre as incumbências próprias do Conselho de Administração está a de fiscalizar a gestão dos Diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos a serem praticados pelos Diretores da Sociedade.

Neste caso, os Conselheiros serão solidariamente responsáveis no caso de não atuarem com a devida diligência no seu dever de fiscalização dos Diretores, eis que estão se omitindo em exercer sua função legalmente prevista.

Contudo, os Conselheiros não serão responsabilizados por atos dos Diretores que foram ocultados dos Conselheiros, ou que sejam de difícil, ou até mesmo impossível constatação dentro das situações normais da sociedade. Neste caso, a responsabilidade dos Conselheiros não pode ser presumida.

A eleição dos Diretores é competência do Conselho de Administração, bem como a destituição deles.

Não há como se responsabilizar os Conselheiros pela atuação de Diretor eleito que se mostra incompetente. Porém, serão responsáveis os Conselheiros pela eleição de Diretor inidôneo, no caso de ser possível

saberem sobre sua inidoneidade, por meio de verificação de informações comerciais, judiciais e extrajudiciais.

A omissão em destituir o Diretor eleito, verificado sua incompetência ou inidoneidade torna os Conselheiros responsáveis por danos causados à sociedade ou a terceiros.

Sendo o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal órgãos colegiados, pode e deve o Conselheiro fazer constar na ata o seu voto e o motivo de sua discordância ou a apresentação de matéria que considere relevante para a sociedade, como forma de demonstrar diligência e eximir-se de responsabilidade. Importante ressaltar que a discordância tem que ser manifestada antes da deliberação, quando das discussões, e não posteriormente a elas. A ata da reunião do Conselho de Administração lavrada no livro de Ata de Reunião do Conselho de Administração constitui-se, portanto, em instrumento importantíssimo comprobatório da responsabilidade dos administradores.

Não sendo possível consignar sua divergência em ata, resta ao Conselheiro dar ciência dela imediatamente e por escrito ao próprio Conselho de Administração, ao Conselho Fiscal, se em funcionamento, ou à Assembléia Geral.

O Código Civil de 2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, prevê a desconsideração da personalidade jurídica, para que os efeitos de certas e determinadas relações de

obrigações da sociedade sejam estendidos aos bens particulares dos administradores, nos quais estão incluídos os Conselheiros. A desconsideração ocorrerá no caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

A decisão pela desconsideração da personalidade jurídica caberá ao juiz, em virtude de requerimento de parte do processo (acionista ou terceiro credor) ou do Ministério Público, quando a ele couber intervir no processo.

O Código Civil de 2002 estabeleceu, ainda, regras mais rígidas de responsabilização dos administradores por atos praticados durante a administração dos negócios, mesmo que sem culpa (i.e. o administrador responde pelo dano causado, ainda que não tenha tido a intenção de causa-lo).

Essa nova realidade tem feito os administradores em geral, inclusive Conselheiros, recorrerem aos seguros de responsabilidade civil, chamados de D&O (Directors and Officers), na tentativa de abrandar eventuais perdas financeiras, no caso de prática de atos que resultem no comprometimento de seus bens pessoais no pagamento de indenizações.

Em muitos casos, tais seguros já fazem parte da política de contratação das empresas, arcando a sociedade com seus custos, sendo que muitos administradores condicionam sua

eleição, a contratação pela sociedade de tais seguros.

Alertamos, porém, que é importante verificar as limitações constantes na apólices D&O quanto à efetiva proteção dos Conselheiros e das sociedades que os elegeram, pois referidas apólices podem proteger a sociedade mas não os próprios administradores caso esses sejam considerados responsabilizados.

Responsabilidade Tributária

O Código Tributário Nacional (CTN) estabelece que os administradores da sociedade, assim considerados os Diretores, Sócios-Gerentes ou representantes da pessoa jurídica, serão responsabilizados pela prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, Contrato Social ou Estatuto Social, que impliquem no não recolhimento de tributos (art. 135, inciso III).

Tal norma trata da responsabilidade pessoal dos administradores, excluindo a obrigação dos denominados contribuintes. Ou seja, o sujeito passivo originário é ***substituído*** pelas pessoas mencionadas na norma que praticaram atos com excesso de poderes, infração à lei, Contrato Social ou Estatuto Social. Dai porque, alguns autores a definem como responsabilidade por substituição.

Cumprе esclarecer que, em regra, a mencionada responsabilidade é solidária entre os administradores e entre aqueles que concorrerem para a prática dos atos em infração à lei ou

Estatuto Social, nos termos do artigo 158, § 2º e § 5º da Lei das Sociedades Anônimas.

Todavia, deve-se ressaltar que, especificamente no caso dos Diretores a responsabilidade é individual, ou seja, cada Diretor é responsabilizado individualmente pela prática dos atos acima mencionados. Ao contrário do que ocorre com os membros do Conselho de Administração que respondem solidariamente, isto é, a responsabilidade sempre será atribuída a todos os membros, salvo se os discordantes fizerem consignar em ata sua divergência.

Com relação aos Conselheiros Fiscais também aplica-se o instituto da solidariedade com os administradores no caso de violação à lei ou ao Estatuto Social e prática de atos abusivos. Tal responsabilidade pode ser evidenciada, por exemplo, quando os Conselheiros aprovarem contas e relatórios de administração que infrinjam a lei e/ou Estatuto Social, ou que sejam omissos, falsos com relação à demonstração dos resultados, destinação dos lucros e a distribuição dos dividendos.

É importante esclarecer que a responsabilidade atribuída pelo artigo 135 do CTN depende da realização de atos infracionais ou abusivos, o que caracteriza a responsabilidade subjetiva dos administradores. A culpa ou o dolo deverão estar presentes na realização de tais atos.

Assim, para ocorrer a responsabilidade por substituição prevista no citado dispositivo legal, devem estar presentes dois requisitos: **(i) o sócio deve exercer cargo de gerência da Sociedade e (ii) deve praticar atos com excesso de poderes, infração à lei, Contrato Social ou Estatuto Social.** Este é o entendimento da jurisprudência¹.

Outro ponto que deve ser esclarecido para se verificar o alcance da responsabilidade dos administradores é o conceito de infração à lei no sentido de considerar-se ou não o inadimplemento de tributos como tal.

Com relação à questão, entendemos que **o mero inadimplemento de tributos não configura infração à lei.** Este posicionamento é reforçado pelas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ)².

Isto porque, o fato de não se recolher o tributo no prazo de vencimento caracteriza apenas inadimplência e conseqüente mora e não infração à lei. Nesse sentido, a efetiva responsabilização somente pode ocorrer se for comprovada a prática de atos fraudulentos, abusivos, quando do exercício da função de administrador.

Importa ressaltar, ainda, que tais atos podem ser caracterizados como crimes contra a ordem tributária, o que ensejaria a responsabilidade também no âmbito penal.

No caso das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ("Bacen"), bem como as Câmaras e prestadoras de serviços de compensação e liquidação, a Resolução nº 3.198, de 27 de maio de 2004, do Conselho Monetário Nacional, estabelece, basicamente, a obrigatoriedade de serem auditadas por auditores independentes.

Tal Resolução, estabelece, ainda, a criação de Comitês de Auditoria nos casos em que especifica. Diante do objeto do presente trabalho cabe-nos indagar qual é a responsabilidade dos membros do mencionado Comitê.

Com efeito, os membros do Comitê de Auditoria, diferentemente dos membros dos Conselhos Fiscais e dos Conselhos de Administração, não possuem poderes de administração, mas apenas poder para emitir relatórios/pareceres, bem como poder de avaliação e recomendação à Diretoria e ao Conselho de Administração.

Dessa forma, diante de todo o raciocínio exposto acima e com base no artigo 3º, parágrafo único da citada Resolução, entendemos que os membros dos Comitês de Auditoria respondem solidariamente com os administradores da Sociedade pela elaboração de relatório ou pareceres de auditoria, em infração à lei, Contrato Social ou Estatuto Social, sendo certo que esta responsabilidade

pode ser discutida em razão do caráter consultivo de tal Comitê.

Responsabilidade Trabalhista

Os administradores, Conselheiros e Diretores, apesar de não responderem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, são responsáveis perante esta e perante terceiros, solidária e ilimitadamente (art. 1.016 do Código Civil), pelo excesso de mandato e pelos atos que violem o Estatuto Social ou a lei.

Nesse sentido, os administradores, Conselheiros e Diretores, são considerados responsáveis diretos pelos créditos devidos pela sociedade por uma má ingerência ou excesso de mandato quando das contratações de empregados ou de sociedades terceirizadas.

Essa situação tem ficado evidente ao se verificar o aumento na Justiça do Trabalho da utilização desse instituto combinado com o mecanismo da penhora *on line*, o que tem permitido o bloqueio imediato das aplicações financeiras dos administradores.

Em muitos casos, até mesmo antes de se ter esgotado todas as tentativas de se executar os bens da sociedade, a Justiça do Trabalho tem determinado a penhora dos bens dos administradores, assegurando a célere efetivação dos créditos trabalhistas à revelia do fiel cumprimento da teoria

¹ STJ, 1ª Turma, RESP nº 396.270, Rel. Luiz Fux, DJ 23/09/2002, STJ, 2ª Turma, AARESP nº 487.076, Rel. Luiz Fux, DJ. 29/09/2003.

² STJ, 2ª Turma, RESP nº 450.538, Rel. Ministro Franciulli Netto, DJ 30/08/2004; STJ, 2ª Turma, RESP nº 184.325, Rel. Laurita Vaz, DJ 02/06/2002; STJ, 2ª Turma, AARESP nº 302.257, Rel. Eliana Calmon, DJ 19/05/2003

da responsabilidade dos administradores.

Por esses motivos, deve-se conferir uma maior atenção às questões trabalhistas, para se evitar a utilização da teoria da responsabilidade dos administradores e que a penhora *on line* venha a causar bloqueios desafortunados e prejuízos inesperados para os administradores, sejam eles Conselheiros ou Diretores. O mesmo raciocínio aplica-se aos membros do Comitê de Auditores.

A responsabilidade no caso das instituições financeiras

A responsabilidade dos administradores (Diretores e Conselheiros) de instituições financeiras está prevista nos artigos 39 e 40 da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras decretada pelo Bacen.

Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, pelos atos que tiverem praticado ou pelas omissões em que houverem incorrido. Essa responsabilidade estende-se igualmente às pessoas físicas ou jurídicas que tiverem prestado serviços de auditoria independente às instituições financeiras submetidas ao regime de intervenção ou liquidação extrajudicial, por força do artigo 3º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, que, dentre outros assuntos, trata da responsabilização da empresas de

auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes.

A responsabilidade dos administradores e membros do Conselho Fiscal, e conseqüentemente dos auditores, somente cessará, quando houver prescrição extintiva do ato ou omissão. Além disso, os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante a sua gestão, até que se cumpram. Todavia, essa responsabilidade solidária fica limitada ao montante dos prejuízos causados.

As normas que disciplinam a responsabilidade dos administradores aplicam-se aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo Estatuto Social, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores, ou seja a todos os membros de Conselhos Técnicos e Consultivos, inclusive o Comitê de Auditoria, nos termos do artigo 160 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações).

Outro aspecto importante a ser considerado para determinar-se a responsabilidade dos membros de

Conselhos e Comitês, no caso específico das instituições financeiras, é o risco de indisponibilidade que pode afetar o patrimônio dos administradores, se a instituição financeira estiver sob regime de intervenção ou liquidação extrajudicial ou tiver sua falência declarada. A matéria é regida pelos artigos 36, 38, 50 e 51 da Lei nº 6.404/1974.

O efeito imediato para os administradores é a suspensão do mandato, na hipótese de intervenção, ou a perda do mandato, quando ocorrer a liquidação extrajudicial ou falência. Ou seja, em qualquer dessas hipóteses, os administradores não mais respondem pela Administração da instituição financeira, que é assumida pelo interventor, liquidante ou síndico, e passam a ser ex-administradores.

Como conseqüência da suspensão ou perda de mandato, todos os bens dos ex-administradores ficam indisponíveis até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades, para garantir o pagamento dos credores da instituição sob o regime de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, se essa instituição não tiver ativos suficientes para cobrir as suas dívidas.



Essa indisponibilidade significa que os bens não podem ser, por qualquer forma, direta ou indiretamente, alienados ou onerados (ou seja, dados em garantia real como hipoteca, penhor, anticrese). Por alienação entende-se a transmissão de direitos a outra pessoa por ato *inter-vivos*. Ao contrário do que acontece na declaração de falência, em que os ex-administradores são desapossados de seus bens, no regime de intervenção ou liquidação extrajudicial, a indisponibilidade restringe-se apenas ao direito de dispor dos bens (*jus abutendi*), mas os ex-administradores continuam na posse e Administração regular dos próprios bens. Na intervenção ou liquidação extrajudicial não há, portanto, restrições quanto ao direito de uso (*jus utendi*) ou direito de fruição (*jus fruendi*) dos bens por parte dos ex-administradores.

No que diz respeito à limitação temporal, a indisponibilidade de bens atinge todos os que exerceram as funções de administrador no período de doze meses anteriores contados do ato que decretar a intervenção ou liquidação extrajudicial ou à data da declaração de falência. Não alcança, todavia, ex-administradores que exerceram suas funções em prazo anterior.

Além dos administradores, a indisponibilidade pode atingir outros funcionários da instituição financeira. Por proposta do Bacen, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, a indisponibilidade poderá ser estendida aos bens de gerentes, de Conselheiros fiscais e de todos

aqueles que, até o limite da responsabilidade estimada de cada um, tenham concorrido, nos últimos 12 meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial ou para a declaração de falência. Logo, em situações excepcionais, essa indisponibilidade também poderá atingir os bens dos membros de Conselhos e Comitês da instituição financeira.

Também é importante analisar o que poderá acontecer com os bens que porventura tiverem sido transferidos pelos ex-administradores a terceiros nesse período de doze meses. Se o Bacen se convencer de que se trata de transferência simulada com o fim de evitar os efeitos da lei, poderá estender a indisponibilidade aos bens de pessoas que os tenham adquirido, a qualquer título, de ex-administradores da instituição sob regime de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, nos últimos doze meses.

Existem determinados bens que não são atingidos por essa indisponibilidade. Dentre as exceções, podemos citar os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor, como: (i) o imóvel residencial próprio do ex-administrador; (ii) as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do ex-administrador e de sua família durante 1 (um) mês; (iii) as pensões de institutos de previdência ou provenientes da liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do ex-administrador ou da sua família; e (iv) o seguro de vida.

Igualmente não são indisponíveis os bens objeto de contrato de alienação, contrato de promessa de compra e venda e contrato de cessão de direito, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, antes da data da decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial ou da declaração de falência.



A indisponibilidade de bens deve ser comunicada aos registros públicos. Decretada a intervenção ou liquidação extrajudicial ou declarada a falência, o interventor, liquidante ou síndico comunicará ao registro público competente e às Bolsas de Valores que os bens dos ex-administradores da instituição estão indisponíveis. Enquanto permanecer essa situação, os bens não poderão ser alienados, transferidos, negociados ou registrados.

Recebida essa comunicação, a autoridade competente ficará impedida de praticar os seguintes atos em relação aos bens indisponíveis:

- (a) fazer transcrições, inscrições ou averbações de documentos públicos ou particulares;
- (b) arquivar atos ou contratos que importem em transferência de quotas sociais, ações ou partes beneficiárias;
- (c) realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza;
- (d) processar a transferência de propriedade de veículos automotores.

Os efeitos da intervenção, liquidação extrajudicial ou falência também poderão ser estendidos a outras sociedades não-financeiras. O Bacen poderá estabelecer idêntico regime para as pessoas jurídicas que tenham integração de atividade ou vínculo de interesse com a instituição sob regime de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, afetando também os administradores dessas sociedades não-financeiras. O objetivo dessa medida consiste em preservar os interesses da poupança popular e a

integridade do acervo da instituição financeira, impedindo que seus administradores desviem por meios fraudulentos os recursos financeiros da instituição para outras empresas.

Cabe definir o que se entende por integração de atividade ou vínculo de interesse. Verifica-se "integração de atividade" ou "vínculo de interesse":

- (i) quando as pessoas jurídicas não-financeiras forem devedoras da instituição sob intervenção ou submetida a liquidação extrajudicial ou falência; ou (ii) quando os sócios ou acionistas da pessoa jurídica não-financeira participarem com mais de 10% do capital social da instituição financeira; ou (iii) quando esses sócios ou acionistas sejam cônjuges, ou parentes até o segundo grau, consangüíneos ou afins, dos Diretores ou membros dos Conselhos Consultivo, Administrativo, Fiscal ou semelhantes da instituição financeira.

Contatos

Pedro Melo, sócio
Irani Ugarelli, diretora

Tel. (11) 3067-3000

e-mail: acibrasil@kpmg.com.br