

Dúvidas não há de que os dados constantes deste quadro merecem algumas reflexões.

Por um lado, o facto de num universo médio de cerca de 400 Administradores de Insolvência ter existido, até ao momento, um total de 89 processos de averiguações é revelador de uma enorme conflituosidade entre os vários actores processuais. Provavelmente, este fenómeno não é alheio à opção pela desjudicialização processual.

Acresce que a pendência dos processos de averiguações deve também ela ser motivo de reflexão. Num quadro de 89 processos, estão ainda pendentes para decisão cerca de 63, 7 dos quais relativos ao ano de 2006, 20 relativos a 2007 e 33 relativos a 2008.

A desjudicialização do processo não se coaduna de forma alguma com um risco de menor fiscalização da actividade dos administradores da insolvência, para onde poderemos estar a caminhar...

Em especial: a Responsabilidade Civil

O legislador consagrou ainda a possibilidade de responsabilidade civil do administrador da insolvência em casos de danos causados ao devedor, aos credores da insolvência e da massa insolvente, pela inobservância culposa dos deveres que lhe incumbem.

A culpa nesses casos não se presume, e será apreciada de acordo com a mesma regra que é aplicável aos gerentes e administradores das sociedades comerciais, ou seja, atendendo aos parâmetros de diligência de um administrador da insolvência criterioso e ordenado (artigo 59.º n.º 1 do CIRE).

Nos termos do artigo 59.º n.º 2 do CIRE, o administrador da insolvência responderá ainda pelos danos causados aos credores da massa insolvente, se a insuficiência para a satisfação integral dos respectivos direitos advier de acto por ele praticado. No caso de imprevisibilidade da insuficiência da massa, tendo em conta as circunstâncias conhecidas do administrador e aquelas que ele não devia ignorar, estará porém excluída a responsabilidade, cabendo ao administrador da insolvência o ónus dessa prova.

No caso de danos causados por actos e omissões dos auxiliares do administrador da insolvência, será este responsável solidariamente, a menos que prove que não houve culpa da sua parte (*in eligendo, in instruendo ou in vigilando*) ou que mesmo com a dili-

gência devida, se não teriam evitado os danos (artigo 59.º n.º 3 do CIRE).

A responsabilidade do administrador da insolvência prescreve, contudo, passado o (curto) prazo de dois anos a contar da data em que o lesado tomou conhecimento do direito que lhe compete, mas nunca depois de decorrido igual período sobre a data da cessação de funções (artigo 59.º n.º 4 do CIRE).

A violação dos deveres do administrador pode resultar quer de comportamentos positivos quer omissivos, exigindo-se ainda a verificação dos pressupostos comuns da responsabilidade delitual ou aquiliana (facto voluntário do agente, ilicitude, culpa, dano e nexos de causalidade).

Breve Conclusão

Importa pois que os administradores da insolvência estejam conscientes de que são «*servidor[es] da justiça e do direito e, como tal, mostrar[em]-se digno[s] da honra e das responsabilidades que lhes são inerentes*» (artigo 16.º n.º 1 do Estatuto).

Por outro lado, devem ter sempre presente que a finalidade principal do processo de insolvência é a tutela patrimonial dos credores, como inequivocamente decorre do artigo 1.º do CIRE.

É pois dentro destes dois eixos de actuação que o administrador de insolvência deve pautar a sua actividade, sob pena de incorrer em responsabilidade nos termos acima expostos.

JOÃO ANACORETA CORREIA E CARLOS SOUSA BARBOSA (*)

LATINOAMÉRICA

O EXERCÍCIO DE DIREITO DE VOTO POR MEIOS ELETRÔNICOS EM ASSEMBLÉIAS GERAIS

Introdução

Tema que ainda carece de regulação e disciplina legal no Brasil é a possibilidade de uso de novas tecnologias no direito societário, sobretudo a possibilidade de o acionista exercer o direito de voto à dis-

(*) Advogado e Advogado Estagiário da área de Comercial da Uría Menéndez (Porto).

tância, por meios eletrônicos ou, ainda, de ser representado em assembleias por meio de procuração outorgada eletronicamente, por *e-mail* ou *webpage*.

É inegável que o mercado de capitais brasileiro já passou por grandes transformações desde o advento da Lei nº. 6.404/76 (Lei de Sociedades Anônimas). Em particular, nos últimos dez anos, muitas sociedades brasileiras fechadas abriram o capital e passaram a dividir o poder de controle com um sem número de acionistas minoritários.

Contudo, a maior dispersão acionária não veio acompanhada, em regra, de maior participação dos acionistas nas Assembleias Gerais. Ao contrário, o que se nota é a participação de acionistas que representam menos da metade do capital social, em geral, membros da administração e acionistas ou grupo de acionistas controladores.

O freqüente absentismo do acionista minoritário nos leva ao questionamento sobre as causas e as possíveis soluções para este tão ordinário problema.

Admitamos que a utilização das novas tecnologias, sobretudo a Internet e o e-mail contribuíram muito para o desenvolvimento do mercado de capitais, permitindo a negociação instantânea de valores mobiliários em ambientes virtuais, nas mais diversas bolsas, com redução de custos, agilidade e segurança. Essas mesmas tecnologias, que tanto favoreceram o desenvolvimento do mercado de capitais, podem também ser usadas nas Assembleias Gerais, com o objetivo de ampliar a participação à distância de acionistas.

Há notícia de que, nos Estados Unidos, por exemplo, a implantação de tecnologias para obtenção de informações da companhia, assim como para o exercício do direito de voto, por correspondência eletrônica ou por procuração, ampliou em 25% a participação de acionistas em assembleias gerais (*Apud* Ribeiro, Renato Ventura. «Aplicação de Novas tecnologias nas Assembleias Gerais de Sociedades Anônimas», in *Direito Societário, Desafios Atuais*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, página 281).

De fato, a questão do absentismo em assembleias gerais é amplamente discutida em jurisdições estrangeiras, como Alemanha, Itália e Espanha (Ver Ribeiro, Renato Ventura, *Op. cit.* pág. 280, nota de rodapé 2, onde relata uma série de monografias que discutem a participação do acionista à distância nas Assembleias Gerais), porém no Brasil, essa discussão doutrinária é ainda muito incipiente.

O objetivo deste artigo é trazer para debate a possibilidade de utilização das novas tecnologias em

direito societário, sobretudo, a possibilidade de exercício do direito de voto por meios eletrônicos ou por procuração outorgada eletronicamente.

O problema do absentismo

No Brasil, o problema do absentismo se mostra notório em época de Assembleias Gerais Ordinárias. É que a grande maioria das companhias brasileiras submete as contas e demonstrações financeiras anuais à aprovação de seus acionistas, por meio de Assembleia Geral Ordinária, até o final do mês de abril do exercício social seguinte. Para esta finalidade, o Balanço Patrimonial é preparado nos primeiros meses do exercício seguinte ao do exercício encerrado, sendo em seguida colocado à disposição dos administradores para verificação e, se for o caso, revisão pelos auditores independentes da companhia (Por exemplo, as companhias abertas e com cláusula estatutária de capital autorizado devem sempre submeter suas contas à auditoria independente). Posteriormente, iniciam-se os prazos para convocação da Assembleia Geral Ordinária, o que em geral resulta na realização da assembleia nos últimos dias do mês de abril.

Em termos práticos, temos que um grande número de companhias acaba realizando suas Assembleias Gerais Ordinárias no final do mês de abril, em datas próximas ou, às vezes, até coincidentes, porém em localidades distintas.

Ora, como as aberturas iniciais de capital («IPO», na sigla em inglês) das companhias brasileiras ocorridas nos últimos anos ocasionaram aumento da pulverização de capital, com o conseqüente aumento das participações minoritárias, muitos investidores passaram a deter ações de várias companhias, como forma de diversificar sua carteira de investimentos e mitigar o risco inerente aos investimentos em ações. Consequentemente, esses investidores passaram a ser chamados a participar e votar de diversas Assembleias Gerais, às vezes no mesmo dia ou semana, raramente sendo possível a participação em mais de uma delas.

Por outra parte, há a questão do custo elevado para participação de um acionista nas Assembleias Gerais que geralmente superam o potencial benefício do voto (i.e., custos de locomoção, custos de tempo, perdas de oportunidade etc.). O acionista leva em conta que seu voto individualmente considerado não poderá influenciar o rumo das deliberações sociais.

Finalmente, podemos destacar outras causas para a não participação do acionista nas Assembleias

Gerais, como por exemplo, a incapacidade técnica do acionista, a inexperiência, o excesso de confiança nos administradores e, até mesmo, a inexpressão da participação societária detida com impossibilidade de veto.

Em vista disso tudo, nota-se um crescente absentismo nas Assembléias Gerais, ante a mais completa ausência, no país, de incentivos legislativos e de adoção de meios tecnológicos para promover a maior participação do acionista nas deliberações. Este absentismo parece opor-se frontalmente à larga tendência de globalização pela qual passa o mercado de capitais.

Passado o momento de realizar as Assembléias Gerais, vem à tona o urgente questionamento quanto à possibilidade de fomentar, tanto por meios tecnológicos como por incentivos legais, a participação à distância de acionistas nas deliberações sociais.

Obstáculos legais para o uso de novas tecnologias no direito societário brasileiro

A questão do absentismo e a possibilidade de combatê-lo por meio de ferramentas tecnológicas que permitam a participação remota do acionista exige o enfrentamento de alguns obstáculos legais, presentes em nossa legislação societária.

O primeiro e mais importante obstáculo está expresso no artigo 126 da Lei das Sociedades Anônimas, por meio do qual é exigida a presença física do acionista ou de seu representante nas deliberações assembleares. Com efeito, o artigo 126 estabelece:

«As pessoas presentes à assembléia deverão provar a sua qualidade de acionista, observadas as seguintes normas: (i) os titulares de ações nominativas exibirão, se exigido, o documento hábil de sua identidade; (ii) os titulares de ações escriturais ou em custódia nos termos do art. 41, além do documento de identidade, exibirão ou depositarão na companhia, se o estatuto o exigir, comprovante expedido pela instituição financeira depositária (...). Parágrafo Primeiro: O acionista pode ser representado na assembléia geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos.»

Já o artigo 127 fortalece a exigência da presença física do acionista, ao prescrever:

«Antes de abrir-se a assembléia, os acionistas assinarão o «Livro de Presenças», indicando o seu

nome, nacionalidade e residência, bem como a quantidade, espécie e classe das ações de que forem titulares.»

Ademais, por força do artigo 124, salvo motivo de força maior, as Assembléias Gerais devem ocorrer no edifício onde a companhia tiver a sua sede; na impossibilidade de ocorrer na sede, as assembléias deverão ocorrer em outro local, porém, na mesma localidade da sede social.

Ressalta-se que, como regra, o fator principal que leva os acionistas, inclusive estrangeiros, a não comparecerem às Assembleias Gerais das companhias em que têm participação pode ser resumido à distância geográfica, somando-se a isso a impossibilidade legal de instalar as assembléias exclusivamente por meio virtual (i.e., como vídeo conferências ou conferências telefônicas). O acionista teria de se locomover até as distintas sedes das companhias onde participa para então exercer o direito de voto. Como alternativa, poderia outorgar, formalmente, uma procuração a outro acionista, a advogado ou administrador residente no país, aplicando-se neste caso as exigências formais quanto à emissão da procuração, inclusive, se for o caso, quanto à legalização de documentos provenientes do exterior.

O problema do absentismo somente favorece ao acionista ou grupo de acionistas controladores e aos membros da administração, que não necessitam prestar contas ou dar explicações detalhadas de suas decisões.

É possível e seguro combater o absentismo nas assembléias gerais por meio de ferramentas tecnológicas que já são amplamente utilizadas em outros âmbitos do mercado de capitais, como a Internet e o e-mail. Cabe, portanto, ao legislador e ao órgão regulador reconhecer que essas modernas tecnologias já conferem os meios eficazes para se incentivar a maior participação do acionista em Assembléias Gerais, levando em conta a necessidade de redução dos custos, bem como a possibilidade de exercício do voto diretamente à distância ou por meio de correspondência ou procuração eletrônica.

Uso de novas tecnologias nas Assembléias Gerais brasileiras

Grande parte das companhias que realizaram processo de abertura de capital emitiu ações no chamado segmento do Novo Mercado, da Bovespa (Como exemplo de empresas listadas no Novo Mercado, podemos citar algumas companhias: Banco do

Brasil S.A., BM&F Bovespa S.A. Bolsa de Valores e Mercados Futuros, Camargo Corrêa Desenvolvimento Imobiliário S.A., CPFL Energia S.A., Drogasil S.A., Embraer - Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A.). Referido segmento somente negocia ações de companhias cujo capital social seja composto de 100% de ações ordinárias (com direito de voto). Observa-se que o investidor que adquire ações do segmento Novo Mercado opta por comprar ações com direito de voto, ainda que sua participação seja minoritária e seu voto de pouca influência nos destinos da companhia. É que os investidores sabem que as ações ordinárias (com direito de voto) têm melhor desempenho no mercado de capitais, sendo mais valorizadas que as ações preferenciais, além de permitirem ao acionista uma participação mais ativa nas deliberações sociais e condução dos negócios da companhia. Deve-se afastar, portanto, a noção equivocada de que o acionista minoritário somente pretende obter, no mercado de capitais, benefícios ou vantagens em caso de distribuição de dividendos; ele pretende também atuar.

O contínuo crescimento do mercado de capitais brasileiro levou a empresa MZ Consult Serviços e Negócios Ltda. («MZ Consult») a consultar a Comissão de Valores Mobiliários, sobre a possibilidade de utilização de procurações de voto em forma digital nas assembleias gerais. Em resposta à consulta realizada, a CVM permitiu a utilização de procurações eletrônicas, não sendo exigido o reconhecimento de firma, tampouco, sua consularização. Contudo, aconselhou-se a utilização dos chamados certificados digitais, os quais atestam a legitimidade do outorgante.

Na mesma resposta à consulta, a CVM foi favorável aos fóruns ou *blogs*, onde os acionistas podem se manifestar na Internet, bem como à transmissão das assembleias ao —vivo por videoconferências, desde que autorizado pelo Estatuto da companhia. Entretanto, a CVM ressaltou a necessidade de que a companhia mantenha um controle adequado das informações divulgadas, para que não sejam utilizadas de forma inapropriada ou sirvam de instrumento para a manipulação de acionistas por terceiros de má-fé.

A consulta relatada acima pode ser considerada um marco na regulação brasileira de mercado de capitais quanto ao uso de ferramentas eletrônicas em assembleias gerais.

Como resultado, a consultante MZ Consult lançou, no mercado brasileiro, um serviço que compreende a utilização de uma ferramenta criada para propor-

cionar maior participação de investidores em assembleias gerais. Esta ferramenta permite que investidores participem e votem remotamente em assembleias gerais de companhias e fundos de investimentos, com segurança, através da Internet. Cada acionista passa a ter uma assinatura digital que comprovará sua identidade e através da Internet poderá ter acesso à ordem do dia —e a todos os documentos pertinentes— e à área de votação. Uma vez efetivado o voto, este será enviado diretamente para a companhia, enquanto o acionista receberá um comprovante através de seu e-mail pessoal.

Como visto, a atuação do acionista através desta ferramenta pressupõe o prévio cadastro e obtenção de uma certificação digital de assinatura eletrônica, conferindo a necessária segurança ao acionista votante. Já estão habilitadas a utilizar este novo serviço as empresas Natura, TOTVS e Bematech, além do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa («IBGC») —Dados obtidos no site da *Assembleias Online*, em 19/05/2009—.

A manifestação da CVM acima mencionada surtiu positivos efeitos no mercado de capitais brasileiro. Em março de 2009, o IBGC foi pioneiro na realização da assembleia *online* no Brasil (Vide notícia publicada na revista *Capital Aberto*, de março de 2009, pág. 11.), em que é possível ocorrer tanto a participação *in loco* do acionista como a virtual. Esta iniciativa do IBGC foi seguida pela Bematech, companhia paranaense atuante no segmento de automação comercial. Ambas fizeram uso da ferramenta de voto eletrônico aprovada pela CVM, lançada pela MZ Consult.

Em complementação a esta nova proposta, a CVM recentemente submeteu à apreciação da sociedade civil, por meio do Edital de Audiência Pública nº 02/2009, com prazo para manifestação dos interessados até o mês de junho de 2009, proposta de instrução que dispõe sobre informações e pedidos públicos de procuração para o exercício do direito de voto em assembleias de acionistas. Por meio dessa nova instrução, ainda em análise e pendente de aprovação, a CVM pretende estimular a participação ativa de todos os acionistas nas deliberações sociais, inclusive no que se refere à utilização de meios eletrônicos para tanto.

Referida instrução pretende consolidar as disposições acerca dos anúncios de convocação, detalha as informações e documentos que deverão ser divulgados pela companhia, por meio de sistema eletrônico disponibilizado no *site* da CVM, para instruir o exercício do direito de voto pelos acionistas reu-

nidos em assembleia e, ainda, disciplina o pedido público de procurações, importantes, sobretudo, nas companhias de capital social pulverizado.

Considerações Finais

Sem dúvida alguma, o sistema de votação *online* e as novas regras disciplinadas na instrução submetida à audiência pública pela CVM contribuirão para combater o absentismo e a fomentar a participação efetiva dos acionistas minoritários nas deliberações das companhias.

Vivemos em um mercado globalizado, em que os grandes escândalos financeiros propagados principalmente pelas grandes corporações norte-americanas fizeram com que o tema governança corporativa ganhasse notoriedade e surgisse como pilar da

sustentabilidade do mercado de capitais. Logo, os direitos e interesses de todos acionistas devem ser preservados, buscando-se formas de resguardá-los por meio da garantia de seu pleno exercício. A flexibilização proposta por este novo modelo de deliberações, bem como pela nova instrução disponibilizada pela CVM podem contribuir para o alcance deste intento.

Contudo, ainda estimamos necessária a revisão e modificação da Lei de Sociedades Anônimas de forma a torná-la mais moderna e flexível, com a abolição de regras quanto à necessária presença física do acionista ou de seu representante na Assembleia Geral, bem como quanto à realização da Assembleia na sede social. Somente através de uma modificação mais profunda da legislação societária poderíamos alcançar patamares mais avançados, atuais e coerentes com a feição globalizada e virtual dos mercados de capitais.

(*) Abogadas destacadas en la Oficina de Sao Paulo

ANA LÚCIA ARDUIN E ANA CLARA MACHADO CORRÊA (*)