

EXTRATO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM nº
RJ2011/2595

Acusados: Anderson Ferrari Júnior
Constantino Colodetti
Estado do Espírito Santo
Fundação Banestes de Seguridade Social - BANESES
Haroldo Corrêa Rocha
Leandro Antônio da Silva Tavares
Mônica Campos Torres
Neivaldo Bragato
Paulo Roberto Mendonça França
Ranieri Feres Doellinger
Roberto da Cunha Penedo
Ronaldod Hoffmann
Sergio Aboudib Ferreira Pinto
Usiel Carneiro de Souza

Ementa: Suposto descumprimento dos deveres de diligência e de lealdade - Prática de ato de liberalidade - Abuso dos poderes de voto e de controle. Absolvições.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade de votos, decidiu ABSOLVER todos os acusados das imputações de descumprimento dos deveres de diligência e de lealdade, prática de ato de liberalidade e abuso dos poderes de voto e de controle, por suposta violação dos artigos 115, 117, §1º, e 153, combinado com os artigos 155 e 154, §2º, "a", todos da Lei nº 6.404/76;

A CVM interporá recurso de ofício das decisões absolutórias ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Os advogados presentes na Sessão de Julgamento, senhores Felipe de Freitas Ramos e Ana Paula Protzner Morbeck, não fizeram uso da palavra.

Presente o Procurador-federal Marcos Martins Davidovich, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram da Sessão de Julgamento os Diretores Luciana Dias, Relatora, Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes e o Presidente da CVM, Leonardo P. Gomes Pereira, que presidiu a Sessão.

Ausente o Diretor Roberto Tadeu Antunes Fernandes.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2014.

Luciana Dias
Diretora-Relatora

Leonardo P. Gomes Pereira
Presidente da Sessão de Julgamento

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2011/2595

Acusados: Anderson Ferrari Júnior
Constantino Colodetti
Estado do Espírito Santo
Fundação Banestes de Seguridade Social - BANESES
Haroldo Corrêa Rocha
Leandro Antônio da Silva Tavares
Monica Campos Torres
Neivaldo Bragato
Paulo Roberto Mendonça França
Ranieri Feres Doellinger
Roberto Cunha Penedo
Ronaldo Hoffmann

Assunto: Apurar a conduta de administradores e acionistas do Banestes S.A. por suposta violação aos deveres de diligência e de lealdade, prática de ato de liberalidade e abuso de direito de voto e de poder controle.

Relatora: Diretora Luciana Dias

RELATÓRIO

I. OBJETO.

1. Trata-se de processo administrativo sancionador instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”) para apurar a responsabilidade dos administradores e acionistas controladores do Banestes S.A. – Banco do Estado do Espírito Santo (“Banestes”, “Banco” ou “Companhia”) pelo ressarcimento dos administradores que tiveram suas responsabilidades extintas no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2008/2334 (“Primeiro Processo”), após celebração de Termo de Compromisso junto à CVM.

2. Os administradores respondem por violação ao art. 154, §2º, “a”, da Lei nº 6.404, de 1976, por prática de ato de liberalidade à custa da Companhia; os acusados Ranieri Feres Doellinger e Roberto da Cunha Penedo respondem, com base no art. 153, c/c o art. 155, II, da mesma lei, por descumprimento dos deveres de diligência e de lealdade; e os controladores da Companhia, com base no art. 115, c/c o art. 117, §1º, “c”, também da mesma Lei, por exercício abusivo do direito de voto e abuso de poder de controle.

II. FATOS

3. Em 31.3.2010, conforme veiculado pelo jornal “A Gazeta”, o conselheiro eleito pelos funcionários do Banestes, **J.G.A.**, apresentou protesto judicial¹ diante da autorização dada pelo Conselho de Administração do Banco para o pagamento de R\$600.000,00 a título de ressarcimento a três administradores que haviam firmado Termo de Compromisso junto à CVM para extinguir o Primeiro Processo.

4. No Primeiro Processo, os administradores haviam sido acusados da prática dos seguintes atos:

(i) Ranieri Feres Doellinger: na qualidade de Diretor de Relações com Investidores (“DRI”), foi acusado de não ter divulgado fato relevante sobre a constituição de comissão para avaliar a possibilidade de realização de oferta de ações preferenciais de emissão do Banco;

(ii) Roberto da Cunha Penedo: na qualidade de Diretor-presidente, foi acusado de não ter divulgado fato relevante, diretamente ou através do DRI, sobre a possibilidade de realização da referida oferta de ações preferenciais; e

(iii) J.T.O.: na qualidade de Presidente do Conselho de Administração, foi acusado de ter descumprido o dever de sigilo a respeito desses acontecimentos, até que eles fossem devidamente divulgados ao mercado.

5. Por meio de termo de compromisso celebrado em 10.9.2009, os administradores Ranieri Feres Doellinger, Roberto da Cunha Penedo e J.T.O. obrigaram-se a pagar individualmente a quantia de R\$200.000,00. As obrigações foram devidamente adimplidas, o que resultou no arquivamento do Primeiro Processo em 17.11.2009².

6. O Banco ressarciu os administradores dos valores pagos em função do termo de compromisso com base nas seguintes deliberações:

(i) em reunião ocorrida em 16.3.2006 – antes, portanto, dos eventos que deram causa ao Primeiro Processo, instaurado em 13.3.2008 –, o Conselho de Administração aprovou a adoção do Contrato de Indenidade para Administradores (“Contrato de Indenidade”), em favor de membros do Conselho de Administração e da Diretoria do Banestes (fls. 8/9);

(ii) em assembleia geral ordinária e extraordinária realizada em 28.4.2006, aprovou-se, dentre outras matérias, a mudança do Estatuto Social do Banco a fim de regulamentar a adoção do Contrato de Indenidade (fls. 10-15);

(iii) em 9.2.2009, a Diretoria aprovou o Voto Presi nº 22/2008 (“Voto Presi”) (fl. 16), no qual se

considerou que os acusados no Primeiro Processo poderiam ser ressarcidos. O voto concluiu que os atos praticados pelos três administradores estavam contemplados pelo Contrato de Indenidade e que eles teriam agido de boa-fé e sem culpa ou dolo. O ressarcimento dado aos referidos administradores contra eventual multa no processo administrativo sancionador da CVM seria justificado pela proteção ao exercício de suas funções; e

(iv) em reunião ocorrida em 16.2.2009, o Conselho de Administração aprovou o Voto RCA nº 12/09, mantendo J.T.O., Roberto da Cunha Penedo e Ranieri Feres Doellinger indenados quanto à obrigação de multa que viesse a ser arbitrada, nos termos do art. 73 do Estatuto Social e das condições previstas no Contrato de Indenidade (“RCA”, fl. 17).

7. Em 5.4.2010, a Superintendência Geral (“SGE”) encaminhou à SEP um despacho solicitando a apuração dos referidos fatos e a tomada das providências cabíveis. A SEP solicitou a manifestação do Banco por meio do Ofício CVM/SEP/GEA-3/Nº262/22010 (fl. 5).

8. Em 14.4.2010, o Banestes respondeu à solicitação da SEP (fls. 7-43), alegando que o ressarcimento concedido aos administradores pela “multa” aplicada pela CVM encontrava-se em consonância com as disposições do Estatuto Social, bem como com o Contrato de Indenidade celebrado entre eles e o Banco. Para comprovar suas alegações, o Banco enviou os seguintes documentos: (a) ata de reunião do Conselho de Administração que aprovou a adoção do Contrato de Indenidade em favor dos administradores; (b) ata da assembleia que aprovou mudanças estatutárias regulamentando o referido contrato; (c) Voto Presi; (d) RCA que confirmou a decisão anterior; (e) Estatuto Social vigente à época; e (f) cópia dos Contratos de Indenidade firmados pelos administradores anteriormente acusados.

9. Em 16.4.2010, a SEP elaborou o Relatório de Análise CVM/SEP/GEA-3/Nº044/10 (fls. 44-48), no qual solicitou a manifestação da Procuradoria Geral Especializada (“PFE”) a respeito do entendimento daquela Superintendência de que os valores pagos em cumprimento do termo de compromisso não seriam indenizáveis pela Companhia, nos termos do artigo 73³ do Estatuto Social da Companhia e da cláusula 2⁴ do Contrato de Indenidade.

10. Em 2.6.2010, a PFE manifestou concordância com a posição da SEP, nos seguintes termos (fls. 50-58):

(i) as regras específicas do Estatuto Social e as cláusulas contratuais não conteriam a previsão para o reembolso ou pagamento, pelo Banestes, de valores relativos a eventuais acordos realizados pelos administradores, tanto em processo judicial quanto em processo administrativo sancionador, não compreendendo, portanto, a hipótese de celebração de termo de compromisso;

(ii) a fundamentação da Companhia para ressarcir os seus administradores teria sido a de que o pagamento feito por eles no âmbito do termo de compromisso seria uma pena de multa, nos termos da cláusula 2.1, “c”, do Contrato de Indenidade. Entretanto, a Deliberação CVM nº 390/01, o art. 11 da Lei nº 6.385, de 1976, bem como a própria natureza do instituto levariam à conclusão de que o pagamento feito em cumprimento a termo de compromisso não poderia ser considerado multa;

(iii) além disso, mesmo que fosse considerado legítimo o pagamento nos termos da cláusula 2.1 do Contrato de Indenidade, o ressarcimento não encontraria respaldo no Estatuto Social, tendo em vista que as condutas praticadas no Primeiro Processo são, em princípio, consideradas ilícitas pela CVM, e que não houve demonstração cabal de que os administradores agiram com expressa autorização da Companhia. Não se encontrariam atendidos, daí, os requisitos para caracterização dos atos regulares de gestão presentes nos parágrafos 1º e 5º do art. 73 do Estatuto Social; e

(iv) pelo exposto, o pagamento efetuado aos administradores não estaria abrangido pelos instrumentos estatutário e contratual em questão. Por isso, a PFE sugeriu que a SEP instaurasse um novo procedimento administrativo, a fim de analisar a eventual responsabilidade dos administradores que aprovaram a concessão de ressarcimento às partes do termo de compromisso.

11. Seguindo o entendimento da PFE, a SEP instaurou o Processo CVM nº RJ2010/11822 em 27.7.2010. A SEP solicitou o envio das atas das reuniões da Diretoria e do Conselho de Administração que aprovaram o Voto Presi.

12. O Banco e seus administradores se manifestaram no sentido de que o pagamento, pela Companhia, dos valores assumidos pelos seus administradores, visou a preservar a integridade da administração e proteger os recursos dos acionistas. Tal situação, no entendimento do Banestes, estaria compreendida no Contrato de Indenidade. Entretanto, tendo em vista as circunstâncias e razões trazidas

pela PFE, o Banco informou que o assunto seria levado à deliberação dos acionistas em sede de assembleia extraordinária.

13. Em 20.9.2010, o Banco realizou Assembleia Geral Extraordinária (“AGE”) (fls. 118/119), na qual os acionistas: (a) aprovaram um aditamento ao Contrato de Indenidade (“Aditamento”) a fim de esclarecer as situações compreendidas por ele, incluindo expressamente a hipótese de celebração de termo de compromisso e retroagindo tais alterações à data da posse do administrador; (b) referendaram a decisão tomada pela Diretoria e pelo Conselho de Administração, que aprovaram o ressarcimento por meio do Voto Presi nº 22/08 e do Voto RCA nº 12/09.

14. A SEP intimou os acionistas que aprovaram as deliberações da AGE a se manifestarem (fls. 120/121). Em resposta, o grupo controlador, composto pelo Estado do Espírito Santo e pela Fundação Banestes de Seguridade Social, argumentou que os respectivos votos foram dados de acordo com o interesse da Companhia, nos seguintes termos (fls. 124-127): (a) se o termo de compromisso não pudesse ser abrangido pelo Contrato de Indenidade, os administradores esperariam uma eventual condenação ao final do processo, já que, nessa hipótese, o Banco estaria obrigado a arcar com as despesas; (b) a negativa de indenidade na hipótese de transação prejudicaria os interesses do Banco e dos acionistas e vai de encontro à própria lógica do Contrato de Indenidade; (c) os acordos são meios menos gravosos, pois uma multa poderia ter impacto econômico ainda maior e, além disso, a imagem pública do Banco seria afetada; e (d) o pagamento do valor da indenidade é financeiramente mais benéfico para a Companhia, já que ela poderia enfrentar eventuais litígios que viessem a contestar o não ressarcimento.

15. Em 17.11.2010, a SEP solicitou nova manifestação da PFE, dessa vez sobre a possibilidade de a manifestação dos acionistas na AGE ter sanado a irregularidade dos ressarcimentos efetuados aos administradores.

16. Em 6.1.2011, por meio do Despacho ao MEMO/PFE-CVM/GJU-2/Nº010/2011 (fls. 148-165), a PFE manteve a posição de que os reembolsos efetuados se deram de maneira irregular, destacando os seguintes argumentos:

(i) a validade e a licitude dos contratos de indenidade seriam questionáveis nos casos em que a companhia se responsabiliza pelos pagamentos decorrentes de condenações administrativas ou civis por condutas praticadas pelos administradores. Não seria possível incluir a hipótese de celebração de termo de compromisso nos contratos de indenidade, ainda que no exercício regular da gestão, já que esses instrumentos suprimem uma decisão final do órgão fiscalizador e, portanto, não permitem identificar, nos termos da versão original do Contrato de Indenidade, se a conduta do administrador de fato não representava um “ato ilícito”; entender de forma contrária seria o mesmo que admitir a possibilidade de que um administrador fosse incondicionalmente ressarcido pelos atos ilícitos que praticasse, desde que recorresse à celebração de termos de compromisso;

(ii) nesses termos, à primeira vista, seria lícita a estipulação de contratos de indenidade nos termos da versão original examinada pela área técnica (que não contemplava, na visão da área, a hipótese de termo de compromisso);

(iii) os contratos de indenidade, apesar de terem se tornado comuns entre as companhias no âmbito nacional e internacional, muitas vezes esvaziariam a razão de ser das normas que tratam da responsabilidade dos administradores, a depender da forma como são redigidos e dos direitos e obrigações que impõem às partes;

(iv) conforme aditado, o Contrato de Indenidade apresentaria uma série de características que eliminariam a finalidade da sanção administrativa, uma vez que o ônus da penalidade que ela consubstancia (ou mesmo da obrigação assumida pelos acusados em sede de termo de compromisso) é transferido para a companhia. Dessa forma, ele permite que os administradores sejam indenizados mesmo em casos de práticas flagrantemente faltosas;

(v) as normas que dispõem sobre os deveres dos administradores das sociedades anônimas são de ordem pública e, portanto, não poderiam ser afastadas por qualquer mecanismo contratual. Entretanto, a CVM não seria competente para declarar a nulidade de tais contratos em geral, mas apenas em casos concretos, como o presente;

(vi) a jurisprudência norte-americana se pronunciou diversas vezes sobre os contratos de indenidade no sentido de que, mesmo sendo importantes para trazer profissionais qualificados para a companhia, não devem esvaziar os deveres estatuídos pela regulação de valores mobiliários, devendo a punição recair sobre aquele que realmente praticou o ato ilícito; e

(vii) por tudo isso, o pagamento a título de termo de compromisso é de responsabilidade exclusiva do compromitente, não podendo ser imposto à companhia o ônus de cumprimento dessa obrigação, que estaria vinculada ao patrimônio dos administradores que firmaram o termo de compromisso.

17. No Relatório de Análise CVM/SEP/GEA-3/Nº008/11 (fls. 167-193), de 11.2.2011, foram reunidos todos os argumentos expostos acima e sugerida a elaboração de um termo de acusação, com a consequente instauração de um novo processo administrativo sancionador, a fim de apurar as responsabilidades daqueles que aprovaram o reembolso, dando-se origem ao presente processo administrativo sancionador.

III. TERMO DE ACUSAÇÃO.

18. Em 9.6.2011, a SEP apresentou Termo de Acusação contra os administradores e acionistas controladores do Banco que deliberaram a favor do ressarcimento na reunião que aprovou o Voto Presi, na RCA, e na AGE (fls. 296-336).

19. Na reunião da Diretoria que aprovou o Voto Presi, estavam presentes os seguintes diretores: **Paulo Roberto Mendonça França**, **Anderson Ferrari Junior**, **Ronaldo Hoffmann**, **Mônica Campos Torres**, **Usiel Carneiro de Souza** e **Ranieri Feres Doellinger**. Este último, embora presente na reunião, declarou-se impedido de votar, pois poderia ser beneficiado com o eventual ressarcimento da quantia paga em cumprimento ao termo de compromisso.

20. Na RCA em que os conselheiros aprovaram por maioria o Voto Presi, compareceram os seguintes conselheiros: **Constantino Colodetti**, **Haroldo Corrêa Rocha**, **Leandro Antônio da Silva Tavares**, **Sérgio Aboudib Ferreira Pinto**, **Neivaldo Bragato**, **J.G.A.** e **Roberto Cunha Penedo**. O Sr. **Roberto Cunha Penedo** declarou-se impedido de votar por poder ser beneficiado com o ressarcimento da quantia paga em cumprimento ao termo de compromisso. O Sr. **J.G.A.** foi o único a consignar voto contrário à referida deliberação.

21. Segundo a Acusação, todos os conselheiros de administração e diretores que aprovaram a concessão de R\$600.000,00 aos administradores teriam praticado ato de liberalidade à custa da Companhia, nos termos do art. 154, §2º, "a", da Lei nº 6.404, de 1976, uma vez que o pagamento de tal quantia não representou o melhor interesse do Banestes.

22. Tal ressarcimento acarretaria um sacrifício ao patrimônio social do Banco, sem que o mesmo tivesse gozado de qualquer benefício ou vantagem econômica. Nessa situação, seria esperado que os referidos administradores protegessem o patrimônio da empresa, o que não teria ocorrido.

23. Quanto à atuação dos Srs. **Ranieri Feres Doellinger** e **Roberto da Cunha Penedo**, que foram beneficiados pelo ressarcimento e se declararam impedidos de votar, restaria caracterizada a violação aos deveres de diligência e de lealdade, nos termos dos artigos 153 e 155 da Lei nº 6.404, de 1976.

24. Isso porque tais deveres demandariam dos administradores uma proatividade diante da constatação de que atos ilícitos estavam sendo praticados a fim de dilapidar o patrimônio da Companhia. Ao contrário, esses administradores, além de se manterem silentes em face do ato de liberalidade praticado, teriam se beneficiado diretamente dele, o que tornaria ainda mais grave a conduta praticada. Desse modo, a Acusação entende que a declaração de impedimento de voto não descaracterizaria a violação aos deveres fiduciários em questão.

25. O Sr. **J.G.A.**, além de ter sido o único conselheiro a votar contrariamente à concessão de reembolso, protestou judicialmente contra a autorização dada pelo Conselho de Administração para o pagamento de R\$600.000,00, conforme noticiado pelo jornal "A Gazeta" (fl. 2). Por essas razões, a Acusação conclui que o conselheiro eleito pelos funcionários agiu em cumprimento aos seus deveres fiduciários, não merecendo qualquer responsabilização.

26. Em relação à AGE que aprovou o Aditamento e referendou os reembolsos efetuados, manifestaram-se a favor o acionista controlador **Estado do Espírito Santo** e a **Fundação Banestes de Seguridade Social**, acionista a ele ligado. Não compareceram à assembleia nenhum dos acionistas minoritários, razão pela qual as deliberações na AGE foram aprovadas pela unanimidade dos presentes.

27. A aprovação da ratificação dos reembolsos efetuados, segundo a Acusação, caracterizaria abuso do direito de voto, nos termos do art. 115 da Lei 6.404, de 1976, uma vez que tal deliberação teria causado dano à Companhia e, conseqüentemente, aos seus acionistas, pelas razões expostas acima.

28. A aprovação do Aditamento, por sua vez, representaria abuso de poder de controle, conforme o

art. 117, §1º, “c”, da legislação societária, já que a alteração do Estatuto Social para incluir a hipótese de celebração de termo de compromisso iria de encontro ao interesse da Companhia e dos acionistas minoritários, que seriam obrigados a arcar com as despesas decorrentes dessa mudança estatutária.

29. Por todo o exposto, o Termo de Acusação imputa as seguintes responsabilidades:

i) por infração do art. 154, §2º, “a”, da Lei nº 6.404, de 1976, os administradores: **Paulo Roberto Mendonça França, Anderson Ferrari Junior, Ronaldo Hoffmann, Mônica Campos Torres e Usiel Carneiro de Souza**, na qualidade de diretores da Companhia à época dos fatos compreendidos neste processo; e **Constantino Colodetti, Haroldo Corrêa Rocha, Leandro Antônio da Silva Tavares, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e Neivaldo Bragato**, na qualidade de conselheiros de administração da Companhia à época dos fatos compreendidos neste processo;

ii) por infração do art. 153, c.c o art. 155, II, da Lei nº 6.404, de 1976, **Ranieri Feres Doellinger e Roberto da Cunha Penedo**, na qualidade de diretor e de conselheiro de administração da Companhia, respectivamente, à época dos fatos compreendidos neste processo; e

iii) por infração dos artigos 115 e 117, § 1º, “c”, da Lei nº 6.404, de 1976, os acionistas integrantes do grupo de controle **Estado do Espírito Santo e Fundação Banestes de Seguridade Social**.

IV. DEFESA.

30. Em 6.10.2011, os acusados apresentaram suas defesas, alegando, em síntese, o que segue:

A. **Fundação Banestes de Seguridade Social** (fls. 448-468) e **Estado do Espírito Santo** (fls. 470-486)

(i) os motivos pelos quais as deliberações foram tomadas na AGE constam da própria ata da assembleia. Ali, restou consignado e explicado que tais medidas seriam tomadas com o propósito de esclarecer os dispositivos contratuais e estatutários, que, segundo esses acusados, já abarcariam o ressarcimento por termos de compromisso firmados pelos administradores. Desse modo, a própria ata já bastaria para comprovar que os acionistas presentes na AGE agiram no efetivo interesse da Companhia;

(ii) a hipótese de celebração de termo de compromisso já estaria compreendida no Contrato de Indenidade original pelos seguintes motivos: (a) o rol das hipóteses descritas na sua cláusula 2 não seria taxativo, devendo ser interpretado em conjunto com os outros dispositivos do contrato; (b) as cláusulas 4.1, 4.3 e 6.1, “e”⁵, do Contrato de Indenidade obrigariam os administradores a firmar acordos, se essa fosse a orientação da Companhia, a fim de se manterem indenidos; (c) a PFE reconhece que os termos de compromisso têm natureza de acordo; (d) se a cláusula 2 do contrato prevê expressamente o ressarcimento em casos de condenação administrativa ou judicial, não seria razoável a não inclusão da hipótese de termo de compromisso, que é mais benéfica ao acusado;

(iii) o ressarcimento teria sido feito de forma a evitar possíveis e futuras condenações judiciais da Companhia por descumprimento de obrigação contratual. Além disso, a negativa de aplicação do Contrato de Indenidade acabaria por inviabilizar a contratação de profissionais qualificados no mercado; e

(iv) a conduta da SEP no sentido de averiguar os motivos e fundamentos invocados na AGE extrapolaria os limites de sua atuação, tendo em vista que adentra questões de conveniência e oportunidade da decisão tomada, caracterizando uma ingerência indevida sobre os assuntos internos da Companhia.

B. **Administradores do Banestes** (fls. 488-514)

31. Em defesa apresentada conjuntamente por todos os administradores acusados, eles alegam o que segue:

(i) a prática de atos de liberalidade, conforme tipificado no art. 154, §2º, “a”, da Lei nº 6.404, de 1976, pressupõe os seguintes elementos: (a) diminuição do patrimônio social da companhia, sem que haja qualquer benefício ou vantagem econômica em contrapartida; e (b) que os administradores ajam de maneira voluntária e espontânea, o que contrasta com o ato necessário, decorrente de obrigação legal ou contratual;

(ii) o reembolso efetuado pelo Banestes não poderia ser enquadrado como um ato voluntário e espontâneo, tendo em vista que decorria diretamente de uma obrigação assumida pela Companhia, que, em caso de inadimplemento, estaria sujeita às providências legais cabíveis;

(iii) o ressarcimento pela celebração de termo de compromisso seria uma obrigação do Banco decorrente do Contrato de Indenidade. As cláusulas 4 e 6 desse contrato comprovariam essa afirmação, já que obrigavam os administradores a firmar acordos com terceiros nos termos sugeridos pelo Banestes,

a fim de se manterem indenados;

(iv) ademais, a própria área técnica teria reconhecido a licitude e a legalidade do Contrato de Indenidade, conforme sua redação original, bem como a natureza de acordo do termo de compromisso celebrado;

(v) a celebração de termo de compromisso somente estaria incluída nas hipóteses abrangidas pelo Contrato de Indenidade no caso de expressa concordância da Companhia. Desse modo, as mudanças deliberadas pela AGE não limitariam a eficácia dos deveres fiduciários dos administradores, como sugerido pela SEP. Os administradores não estariam protegidos em toda e qualquer hipótese que celebrassem termo de compromisso, mas somente naquelas em que seguissem a recomendação do Banestes;

(vi) o argumento da SEP de que os atos praticados não poderiam ser considerados atos de gestão, por infringirem a lei e a regulamentação vigentes, não mereceria prosperar porque o termo de compromisso não importa confissão de culpa. Considerar a conduta praticada no Primeiro Processo como ilícita seria ignorar não só a natureza jurídica do instituto, mas também o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal);

(vii) além disso, a interpretação da SEP de que o ressarcimento decorrente de termo de compromisso não estaria incluído nas hipóteses expressamente previstas na cláusula 2 do Contrato de Indenidade representaria um rigor interpretativo injustificado. A prevalência da intenção das partes sobre a letra do contrato (art. 112 do Código Civil) e da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) levaria à conclusão distinta;

(viii) pelos argumentos expostos, a aprovação de reembolsos pelos administradores não pode ser entendida como ato de liberalidade, nos termos do art. 154, §2º, "a", da Lei nº 6.404, de 1976, tendo em vista que foram praticados em incontestado cumprimento às obrigações estatutárias e contratuais assumidas pela Companhia;

(ix) também não se mostraria correta a imputação de violação aos deveres de diligência e de lealdade, tipificados nos artigos 153 e 155, II, da Lei 6.404, de 1976, em razão das condutas omissivas dos Srs. **Roberto da Cunha Penedo** e **Ranieri Feres Doellinger**, que se declararam impedidos de votar nas reuniões que deliberaram sobre o ressarcimento;

(x) isso porque, primeiramente, a declaração de inexistência de ato de liberalidade praticado pelos demais acusados tornaria inócua a acusação de infringência aos deveres de diligência e lealdade, tendo em vista que a sua ocorrência pressupõe a existência daquele ato;

(xi) conforme se extrai do art. 158 da Lei nº 6.404, de 1976, a regra geral seria a de não imputação de responsabilidade ao administrador por ilícitos praticados pelos demais, salvo nos casos em que tiver conhecimento de ilícito praticado por eles;

(xii) a função desse dispositivo seria dar ciência à assembleia geral de eventual ato ilícito de que o administrador tivesse conhecimento. Nesse caso, porém, a assembleia não só tinha conhecimento do assunto a ser deliberado, como também o aprovou em AGE posterior, razão pela qual não se mostraria possível a responsabilização dos referidos administradores; e

(xiii) desse modo, a não consignação de divergência, no momento em que estava sendo aprovada a concessão de ressarcimento aos administradores **Roberto da Cunha Penedo** e **Ranieri Feres Doellinger**, não poderia ser interpretada como uma violação dos deveres fiduciários de diligência e lealdade a eles impostos.

V. DECISÃO JUDICIAL

32. Em 9.4.2013, a 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória julgou em primeira instância ação popular proposta por **J.G.A.** em face dos administradores **Roberto da Cunha Penedo**, **J.T.O.** e **Ranieri Feres Doellinger**. A sentença declarou a nulidade da reunião do Conselho de Administração que concedeu o benefício de indenidade aos réus e os condenou a restituir ao patrimônio do Banestes o valor de R\$200.000,00 cada um. A decisão considerou os seguintes argumentos (fls. 518-522):

i) a concessão de indenização aos administradores com base no contrato de indenidade representaria ato lesivo ao patrimônio público; o referido contrato somente seria admitido quando a conduta tivesse sido praticada sem dolo, com probidade e boa-fé, no exercício regular das suas funções e em observância à expressa orientação dos órgãos consultivos e/ou deliberativos da empresa;

ii) a “penalidade” aplicada pela CVM não deixaria dúvidas quanto aos atos praticados pelos administradores, que seriam responsáveis pela não divulgação de fato relevante e, por isso, não poderiam ser indenizados por meio do contrato de indenidade; e

iii) a RCA de 16.2.2009 teria ocorrido de forma irregular, em virtude de vício formal insanável na deliberação que concedeu ressarcimento aos administradores em questão, já que o art. 73, parágrafo segundo, do Estatuto Social do Banestes exige a contratação de auditor externo para manifestar-se quanto à regularidade ou não do ato praticado pelo administrador. A inexistência de tal auditoria acarretaria a nulidade da referida deliberação, resultando na necessidade de restituição dos valores pagos aos administradores.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2014.

Luciana Dias
DIRETORA

¹De acordo com o art. 867 do Código de Processo Civil, “[todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito”.

²“Baseado na manifestação da Superintendência Administrativo-Financeira - SAD, área responsável por atestar o cumprimento das cláusulas acordadas, de que os pagamentos previstos no Termo de Compromisso ocorreram na forma convencionada e de que não há obrigação adicional a ser cumprida, o Colegiado deliberou o arquivamento do presente processo, por ter sido cumprido o Termo de Compromisso firmado pelos únicos acusados”, Reunião do Colegiado da CVM de 17.11.2009.

³ARTIGO 73 - O Banco promoverá a garantia do exercício funcional inerente aos cargos de Conselheiro de Administração e Diretor, bem como tutelar o desenvolvimento regular dos atos de gestão praticados por esses administradores.

Parágrafo Primeiro - Entende-se como ato regular de gestão aqueles praticados pelo Administrador no exercício de suas funções, que não tenham decorrido de má-fé, culpa grave, dolo ou simulação e que não constituam ato fraudulento, ilícito ou contrário ao presente Estatuto Social.

Parágrafo Segundo - Compete à instituição de Auditoria Externa contratada e a Área Jurídica do Banco manifestarem-se quanto a regularidade ou não do ato praticado pelo Administrador, quando invocada a aludida proteção do exercício funcional, eventualmente, havendo divergência de posicionamento, o fato deverá ser submetido ao Conselho de Administração, para decisão final.

Parágrafo Terceiro - O Banco assegurará a defesa técnica jurídica, em processos administrativos e judiciais, que tenham por objeto fatos decorrentes ou atos praticados no exercício de suas atribuições legais ou institucionais, mesmo após o Administrador ter deixado o cargo.

Parágrafo Quarto - A defesa será exercida pelos advogados integrantes do quadro funcional do Banco, ou por escritório de advocacia de notória especialidade a ser contratado.

Parágrafo Quinto - O Administrador que for condenado ou responsabilizado, mediante decisão definitiva e irrecorrível, em âmbito judicial, arbitral, ou administrativo, ficará obrigado a ressarcir ao Banco os valores efetivamente desembolsados, salvo quando evidenciado que agiu de boa-fé e com expressa orientação do Banco.

Parágrafo Sexto - As disposições contidas neste artigo serão regulamentadas conforme os termos e condições previstas nas cláusulas constantes do Instrumento Contratual a ser firmado entre o Banco e seus Administradores.”

⁴“2.1 - O BANESTES S.A. se compromete avar todos os meios legais necessários no sentido de manter indene o Administrador, bem como ressarcir-lo, nos seguintes casos:

a) promover o custeio de todas as despesas relacionadas a prestação de serviços advocatícios que sejam necessários para a defesa legal do Administrador, incluindo-se os emolumentos e as demais despesas que sejam compatíveis e razoáveis para uma boa assessoria jurídica do Administrador, seja no âmbito judicial ou administrativo até o efetivo encerramento e/ou extinção das demandas propostas em face do Administrador decorrente da prática de ato regular de gestão praticado;

b) ressarcir ao Administrador, ou a quem este indicar, valor correspondente à multa que porventura lhe seja imputada em razão de ato regular de gestão praticado;

c) ressarcir ao Administrador, ou a quem este indicar, valor correspondente à indenização e honorários de sucumbência que eventualmente lhe sejam imputados, por decisão judicial ou arbitral transitada em julgado, em razão de ato regular de gestão praticado;

d) ressarcir ao Administrador, pelo período de seu afastamento, a remuneração que ele percebia em razão do Cargo, caso o Administrador venha a ser afastado do mesmo e tenha seus bens indisponibilizados por decisão judicial ou administrativa, em razão de ato regular de gestão praticado durante o exercício do Cargo;

e) enviar as medidas legais cabíveis com escopo de elidir os efeitos da penhora que possa recair sobre bens patrimoniais do Administrador, por força de decisão judicial;

f) restituir o Administrador, em até 72 (setenta e duas) horas a partir do recebimento de mandado de citação, intimação ou notificação pelo BANESTES S.A., concernente a valores bloqueados em razão de efetivação de penhora sobre sua conta bancária, até que o BANESTES S.A., obtenha, judicialmente, êxito no desbloqueio da referida conta, devendo o Administrador

reembolsar imediatamente ao BANESTES S.A. quando do (des)bloqueio da conta(s) bancária(s) pertencente aquele, ou celebrar instrumento de cessão com cláusula mandato a fim de que o BANESTES S.A. receba o valor inicialmente bloqueado e eventuais acréscimos legais que incidam sobre o valor bloqueado no período.

2.2 - As obrigações previstas na Cláusula 2.1 acima não se aplicam em caso de Demanda proposta em face do Administrador, pelo BANESTES S.A., ou por qualquer de seus acionistas controladores”.

5“O Administrador se obriga a:

4.1 - Exercer as funções atribuídas ao Cargo, zelando pelo fiel cumprimento da Lei, dos contratos, do Estatuto Social do BANESTES S.A. e das normas internas deste, exercendo suas atribuições com o objetivo de fazer cumprir o objeto social do BANESTES S.A. e em estrita observância de seus deveres;

[...]

4.3 - firmar acordo com terceiros, nos termos sugerido pelo BANESTES S.A., caso este entenda por uma solução consensual em qualquer demanda.

[...]

6.1 - O BANESTES S.A. estará isento das obrigações que ora assume, na hipótese de ficar devidamente provado que o Administrador:

[...]

e) recusou-se a firmar acordo, imposto pelo BANESTES S.A.”

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Nº RJ2011/2595

Acusados: Anderson Ferrari Júnior
Constantino Colodetti
Estado do Espírito Santo
Fundação Banestes de Seguridade Social
Haroldo Corrêa Rocha
Leandro Antônio da Silva Tavares
Mônica Campos Torres
Neivaldo Bragato
Paulo Roberto Mendonça França
Ranieri Feres Doellinger
Roberto Cunha Penedo
Ronaldo Hoffmann
Sérgio Aboudib Ferreira Pinto
Usiel Carneiro de Souza

Assunto: Apurar a conduta dos administradores e acionistas do Banestes S.A. por suposta violação aos deveres de diligência e de lealdade, prática de ato de liberalidade e abuso de poder de voto e de controle.

Relatora: Diretora Luciana Dias

VOTO

I. Introdução

1. O presente processo trata da responsabilidade dos conselheiros de administração, diretores (conjuntamente “Administradores”) e acionistas controladores do BANESTES S.A. – Banco do Estado do Espírito Santo (“Banestes”, “Banco” ou “Companhia”) que aprovaram a concessão de uma indenização aos Srs. **Ranieri Feres Doellinger**, **Roberto da Cunha Penedo** e J.T.O.¹, no valor de R\$600.000,00 (seiscentos mil reais).

2. Tal valor foi entregue pela Companhia aos Srs. **Ranieri Feres Doellinger**, **Roberto da Cunha Penedo** e J.T.O. como ressarcimento de valor idêntico pago à CVM, em virtude de celebração de termo de compromisso para o encerramento do PAS CVM nº RJ2008/2334 (“Primeiro Processo”), que discutia a responsabilidade desses executivos por não divulgação de fato relevante.

3. O ressarcimento teve por base: (i) o estatuto da Companhia²; e (ii) um contrato de indenidade³ celebrado entre os Administradores e o Banco (“Contrato de Indenidade”) em 2006, portanto, anteriormente aos fatos que deram causa ao Primeiro Processo.

4. Há imenso debate nos autos a respeito da abrangência de referido contrato – para a Acusação, os termos genéricos usados no contrato não contemplariam a hipótese de indenização de despesas referentes a termos de compromisso; já para a Defesa, o Contrato de Indenidade abarcaria as hipóteses de acordo para encerramento de quaisquer demandas judiciais ou administrativas que tivessem origem

em atos de gestão.

5. A indenização questionada pela Acusação foi especificamente aprovada em reunião de diretoria e em reunião de conselho de administração e, depois, ratificada em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 20.9.2010.

6. Nessa mesma Assembleia Geral Extraordinária, os acionistas aprovaram um aditamento ao Contrato de Indenidade ("Aditamento"), incluindo expressamente a hipótese de celebração de termo de compromisso e retroagindo tais alterações à data da posse dos administradores.

7. Segundo a Acusação, todos os conselheiros de administração e diretores que aprovaram a concessão de indenização aos signatários do termo de compromisso no Primeiro Processo, teriam praticado ato de liberalidade à custa da Companhia, nos termos do art. 154, §2º, "a", da Lei nº 6.404, de 1976, uma vez que o pagamento de tal quantia não representou o melhor interesse do Banestes.

8. Os Srs. **Ranieri Feres Doellinger** e **Roberto da Cunha Penedo**, signatários do termo de compromisso e, portanto, beneficiários do ressarcimento, declararam-se impedidos de votar na aprovação da indenização que lhes beneficiava e, por isso, não teriam cometido ato de liberalidade, mas teriam violado os seus deveres de diligência e de lealdade, nos termos dos artigos 153 e 155 da Lei nº 6.404, de 1976. Isso porque tais deveres demandariam dos administradores uma proatividade diante da constatação de que atos ilícitos estavam sendo praticados a fim de dilapidar o patrimônio da Companhia.

9. Ainda, segundo a Acusação, ao aprovarem o ressarcimento em assembleia geral, os controladores teriam abusado do direito de voto, nos termos do art.115 da Lei nº 6.404, de 1976, uma vez que tal deliberação teria causado dano à Companhia e, conseqüentemente, aos seus acionistas.

10. A aprovação do Aditamento ao Contrato de Indenidade, por sua vez, representaria abuso de poder de controle, conforme o art. 117, §1º, "c", da legislação societária, já que a inclusão expressa da hipótese de celebração de termo de compromisso iria de encontro ao interesse da Companhia e dos acionistas minoritários.

11. Os fatos relacionados ao presente caso são pacíficos. Os Acusados não negam as aprovações societárias questionadas pela Acusação, tampouco o ressarcimento. As divergências entre Acusação e Acusados são de natureza jurídica. Discute-se se esses fatos incontestes configuram irregularidades ou não.

12. A meu ver, o mérito deste processo sancionador proposto pela SEP é colocar em discussão um tema importantíssimo e imensamente debatido por reguladores e doutrinadores internacionais, mas ainda relativamente intocado em âmbito nacional. No entanto, não me parece que um processo sancionador, com acusações gravíssimas como falta de dever de lealdade e abuso do poder de controle, seja arena apropriada para essa discussão.

13. O Colegiado da CVM se posicionou uma única vez sobre os contratos de indenidade: no âmbito de um pedido de reconsideração de proposta de termo de compromisso, no qual os administradores acusados pediram que o pagamento devido por eles fosse vinculado (a) à condição de que a seguradora o efetuasse, nos termos do contrato de seguro de responsabilidade; ou (b) caso a seguradora entendesse não ser cabível a cobertura dos eventos nos termos da apólice de seguro, que o pagamento fosse realizado pela própria companhia, nos moldes do contrato de indenidade celebrado entre tais administradores e a companhia. O Colegiado aprovou a proposta de termo de compromisso, mas rejeitou a vinculação do termo às condições propostas pelos acusados⁴.

14. Nesse contexto, o Diretor Otavio Yazbek fez algumas considerações em relação aos contratos de indenidade e traçou diferenças estruturais entre eles e os contratos de seguro para administradores. Em síntese, o Diretor salientou que, apesar de ambos os instrumentos terem a finalidade de atrair profissionais qualificados, os contratos de indenidade e os de seguro teriam estruturas distintas que justificariam tratamento regulatório diferenciado.

15. Nos contratos de indenidade, a companhia se obrigaria ao pagamento dos valores despendidos pelos administradores, sendo que a deliberação sobre o cabimento ou não da indenização é aprovada pela própria administração da companhia (da qual faz parte o beneficiário da indenização). Nessas situações haveria uma clara predisposição a conflitos de interesse, isto porque, ou os administradores seriam beneficiários do ressarcimento, ou poderiam agir de forma corporativa, imaginando que é possível que no futuro eles venham a estar na mesma situação.

16. Ao contrário, nos contratos de seguro, a concessão de ressarcimento depende de um terceiro independente, com interesses distintos dos da companhia e dos administradores, e cuja vantagem advém de limitar o quanto possível o ressarcimento. Essa estrutura endereçaria de forma muito mais adequada os possíveis conflitos.

17. Desse modo, apesar de não considerar que os contratos de indenidade são, em regra, contrários ao ordenamento brasileiro, o Diretor entendeu que em alguns casos eles poderiam ser contrários ao interesse público. O Diretor não se preocupou, até porque não era necessário para os fins do processo sobre o qual se manifestava, em estabelecer critérios mínimos para separar aqueles contratos de indenidade legítimos daqueles que poderiam ferir o ordenamento jurídico⁵.

18. Além dessa manifestação muito pontual e quase introdutória sobre o assunto, a única outra menção que pude encontrar em documentos da CVM sobre contratos de indenidade foi o item 12.11 do Formulário de Referência, que pede que os emissores descrevam “*as disposições de quaisquer acordos, inclusive apólices de seguro, que prevejam o pagamento ou o reembolso de despesas suportadas pelos administradores, decorrentes da reparação de danos causados a terceiros ou ao emissor, de penalidades impostas por agentes estatais, ou de acordos com o objetivo de encerrar processos administrativos ou judiciais, em virtude do exercício de suas funções*”. (grifos nossos)

19. Obviamente, o fato de existir uma regra de transparência sobre contratos de indenidade não os torna legais ou compatíveis com o interesse público. No entanto, demonstra que a CVM tem ciência de que tais arranjos existem e, se a CVM pede a divulgação dos contratos que preveem reembolso dos administradores em virtude de “*acordos com o objetivo de encerrar processos administrativos ou judiciais*”, parece razoável presumir que alguns desses arranjos devem ser legítimos e, portanto, não ferem a ordem pública e os interesses da companhia.

20. Em outras palavras, as duas manifestações da CVM sobre contratos de indenidade indicam que existem arranjos de indenidade legítimos. Contudo, eu não pude encontrar em documentos desta casa ou mesmo na doutrina nacional qualquer orientação, regra ou discussão sobre quais desses arranjos seriam legítimos e quais feririam a ordem pública e os interesses da companhia.

21. A polêmica sobre a adequação desses contratos aos objetivos das políticas públicas que se pretende fomentar por meio da aplicação das penas e o debate sobre quais os limites adequados para se autorizar o ressarcimento de despesas e penalidades decorrentes de processos administrativos e judiciais não é um privilégio do Brasil. Os contratos de indenidade, ou mesmo as indenizações aprovadas *ad hoc*, e os seguros para administradores são práticas comuns em várias jurisdições e, por isso, reguladores no mundo todo se deparam com questões parecidas.

22. Em 2006, os professores Brian R. Cheffins e Bernard S. Black fizeram um estudo comparativo das fontes de responsabilização de membros do conselho de administração (não executivos), intitulado *Outside Director Liability Across Countries*. Embora o escopo desse estudo fosse muito mais amplo do que a questão que temos que enfrentar no presente processo, os autores analisaram o tratamento regulatório de indenizações e seguros para administradores em quatro países de tradição jurídica anglo-saxônica (Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e Austrália) e em três países de tradição jurídica de direito civil (Alemanha, França e Japão).

23. Em todos esses países, tanto o seguro para executivos quanto as indenizações por despesas, penalidades e obrigações de pagar que tenham origem no exercício da função de administradores são permitidos, embora haja dúvidas sobre os limites dessa permissão.

24. Os países de tradição anglo-saxônica regulam expressamente essas indenizações e, por isso, os parâmetros para sua concessão parecem mais claros⁶. Já as jurisdições de tradição de direito civil, em geral, não tem uma regra específica sobre a questão e utilizam princípios gerais para limitar e interpretar esses arranjos.

25. Tanto nos Estados Unidos⁷ quanto no Canadá⁸, a concessão de ressarcimento é expressamente permitida em lei, cobrindo despesas processuais, penalidades, e obrigações de restituir, desde que o administrador tenha agido de boa-fé e no que ele acreditava ser o melhor interesse da companhia⁹.

26. A legislação americana não exige que exista um contrato de indenidade anterior aos fatos que deram causa ao processo, mas requer que a indenização seja aprovada caso a caso: (a) por deliberação do conselho de administração (ou de um comitê do conselho), na qual somente os conselheiros que não integrem o processo podem votar; (b) caso não haja quorum suficiente, ou os conselheiros assim

desejem, por um consultor independente que dará uma opinião formal; ou (c) por deliberação da assembleia geral de acionistas¹⁰. Em outras palavras, nos Estados Unidos, a deliberação sobre a indenização deve ser aprovada por partes não beneficiadas por ela.

27. Por outro lado, apesar da autorização legal expressa, são notórias as iniciativas da *Securities and Exchange Commission* - SEC na tentativa de coibir indenizações aos administradores por violação ao *Securities Act*¹¹. Há anos, a SEC manifesta o entendimento de que as indenizações conferidas a administradores em virtude de processos por violação ao *Securities Act* seriam contra o interesse público.

28. Na tentativa de dar concretude a esta posição, a SEC, no âmbito de ofertas registradas, condicionou o acesso a um procedimento de registro acelerado, a que os administradores renunciem ao direito de pedir indenização por despesas decorrentes de casos envolvendo violação de provisões do *Securities Act*. Na hipótese de os administradores se recusarem a tal renúncia, a SEC exige que os emissores incluam no prospecto uma declaração de que emissor foi informado da posição da SEC de que as indenizações a administradores por violação ao *Securities Act* são contrárias ao interesse público e, por isso, não são executáveis judicialmente¹².

29. Embora as cortes americanas tenham consistentemente adotado a posição da SEC em casos de fraude no contexto de ofertas públicas, há dois fatores que limitam os efeitos dessa medida. Primeiro, é incerto e menos provável que as cortes confirmem a posição da SEC diante de outros tipos de irregularidade menos graves e que não envolvam uma vantagem financeira para companhia ou para os administradores¹³. Mas, mais relevante, a maior parte dos casos americanos são encerrados por meio de acordos judiciais que não confirmam nem negam a violação ao *Securities Act*. Na ausência de confirmação de violação, os administradores são indenizados sem qualquer discussão sobre o posicionamento da SEC.

30. Ciente dos limites dessa medida, desde 2003, a SEC tem incluído em alguns dos seus acordos para encerrar processos administrativos cláusulas que impedem que administradores que são parte do acordo pleiteiem indenizações em relação aos custos incorridos nesses acordos, obrigando-os a arcar pessoalmente com as despesas de encerramento do processo.

31. Em nenhum contexto, a SEC parece impedir que a companhia arque com as despesas de advogados incorridas por conta desses processos ou limitar a contratação de seguros para os administradores¹⁴.

32. Nos países com tradição de direito civil, como o Brasil, em geral, as indenizações e os contratos de indenidade não são regulados e, por isso, as dúvidas sobre quais os limites desses mecanismos são ainda maiores¹⁵.

33. Por exemplo, na Alemanha, com base em disposições mais genéricas do Código Civil, alguns autores defendem que companhias somente poderiam indenizar administradores quando a despesa incorrida não decorrer de quebra dos deveres fiduciários ou quando esses administradores estiverem seguindo instruções específicas dos acionistas da companhia¹⁶. Outros autores entendem que o único limite para essas indenizações é que elas sejam no interesse da companhia, tanto de natureza financeira quanto reputacional¹⁷. Ambas as teses parecem não terem sido testadas no judiciário. Assim, embora pareça haver limites para a concessão de indenizações na Alemanha, lá esses limites ainda não são completamente claros.

34. De forma similar, a França não regula expressamente a matéria, mas, a percepção é de que os contratos de indenidade são permitidos, desde que a despesa não decorra de uma quebra de deveres fiduciários¹⁸.

35. Já o Japão trata os contratos de indenidade e as indenizações como transações entre partes relacionadas e, por isso, de forma similar aos Estados Unidos, exige aprovações específicas e especiais para que os pagamentos possam ser realizados¹⁹.

36. Além das considerações sobre indenizações e contratos de indenidade, não pude encontrar nada que indique que nessas jurisdições exista repressão ou limitação à contratação de seguros de administradores (embora possa haver limites específicos de cobertura desses seguros estabelecidos na legislação específica do setor securitário). E, de acordo com o estudo mencionado acima, a contratação de tais seguros parece ser prática difundida e usual em todas as jurisdições pesquisadas.

37. No Brasil não é diferente. A análise do item 12.11 do Formulário de Referência revela que, das 67 companhias que compunham o IBOVESPA em junho de 2014, 65 tinham algum mecanismo de proteção aos administradores. Dentre essas companhias, quatro declaravam ter previsões estatutárias estipulando indenizações, duas indicavam ter contratos de indenidade e 65 contratavam apólices de seguro.

38. Essa exposição resumida de em que ponto se encontra a discussão sobre mecanismos de proteção aos administradores pretende demonstrar, de um lado, que a preocupação da SEP é pertinente. Ou seja, talvez seja indesejável que arranjos contratuais possam eximir administradores de toda e qualquer responsabilidade financeira por certos atos contrários à lei ou regulamentação da CVM. De outro, demonstra que todas as jurisdições pesquisadas permitem, de algum modo e dentro de certos limites, que os administradores sejam protegidos de riscos financeiros decorrentes de processos administrativos e judiciais em virtude do exercício de suas funções.

39. O principal objetivo de permitir que os administradores sejam protegidos é impedir que os riscos inerentes ao exercício dos cargos em companhias afastem desse mercado os bons profissionais. Em outras palavras, os mecanismos de proteção dos administradores têm como objetivo evitar uma seleção adversa nesse mercado. E eu acredito que essa é uma preocupação que a CVM deve ter - ser mais restritivo do que é necessário e razoável pode ter o famigerado resultado do remédio que mata o doente.

40. Finalmente, também tentei demonstrar que a CVM, de um lado, deu indicações claras, tanto no voto do Diretor Otavio Yazbek quanto no formulário de referência, de que alguns contratos de indenidade são legítimos e, de outro, não estabeleceu os critérios mínimos ou os limites para que tais arranjos sejam considerados ilegítimos.

41. Assim, acredito que é papel da CVM promover uma reflexão sobre quais parâmetros são desejáveis para concessão de indenização a administradores, debater esses parâmetros com o mercado, avaliar os prós e os contras de adotá-los e talvez, por meio de um parecer de orientação ou instrumento similar, esclarecer quando a CVM entende que administradores e controladores estão em descumprimento dos seus deveres fiduciários ao concederem indenizações para administradores penalizados em processos administrativos ou responsabilizados a pagar algo em processos judiciais que tenham decorrido de atos inerentes às funções que exercem na companhia.

42. Como já reiterado em diversas oportunidades pelo Colegiado, os deveres fiduciários constituem comandos abstratos que devem ser analisados e especificados diante de cada caso concreto²⁰. Assim, não é a falta de uma descrição específica da conduta que impede uma condenação neste caso. Mas, tendo em vista as indicações que a CVM já deu no sentido de que há contratos de indenidade legítimos, as práticas do mercado nacional e internacional a respeito da matéria e as restrições que outras jurisdições costumam impor aos mecanismos de proteção de administradores *vis a vis* as características desse caso concreto, a condenação neste caso é desafiadora. Aliás, até que parâmetros mais claros sobre em que condições indenizações, contratos de indenidade e seguros são contrários à ordem pública sejam estabelecidos, condenações em processos sancionadores como o presente serão sempre um desafio, tendo em vista os princípios jurídicos que norteiam tais processos.

43. Feita essa ressalva, acredito que, neste processo específico, uma condenação encontra vários obstáculos, dentre os quais:

- i) a lei não proíbe ou limita que companhias e administradores celebrem contratos de indenidade;
- ii) a possibilidade de indenização estava prevista, ainda que genericamente, em contrato específico e no estatuto da Companhia;
- iii) o ato questionado no Primeiro Processo é a não divulgação de um fato relevante - o Conselho de Administração do Banestes havia constituído uma comissão para propor medidas que viabilizassem a capitalização do Banco por meio da emissão de ações; à época, a administração entendeu que a constituição desse comitê não era relevante, a SEP discordou e, por isso, nasceu o Primeiro Processo - o julgamento sobre se um fato é relevante o suficiente para afetar a decisão de investimento dos acionistas é uma atribuição típica dos administradores, completamente dentro do âmbito de competência desses profissionais; eles o fazem todos os dias diante dos mais diversos acontecimentos, sendo essa uma decisão inerente à posição que ocupam; no meu entender, portanto, o ato que gerou o Primeiro Processo é um ato típico de gestão;
- iv) não existia indício de fraude, desvio de recursos ou má-fé por parte dos administradores, nem me

parece que os administradores pudessem se beneficiar de qualquer maneira da não divulgação da constituição de um comitê para propor medidas de capitalização do Banco; e

v) a indenização foi expressa e especificamente aprovada pelos administradores que não faziam parte do Primeiro Processo e, mais importante, pelos acionistas em Assembleia Geral Extraordinária.

44. Dito isto, acredito que no caso sob análise, na ausência de qualquer limite claro a respeito dos arranjos de indenidade e de previsões estatutárias e contratuais que razoavelmente interpretadas imputavam ao Banestes a obrigação de fazer seus administradores indenados por prejuízos decorrentes de atos de gestão, os administradores e os controladores do Banestes não violaram seus deveres fiduciários ou abusaram de seus poderes ao aprovarem a concessão do ressarcimento e o Aditamento ao Contrato de Indenidade.

45. Pelas razões acima, voto pela absolvição de todos os acusados.

46. Resta ainda um ponto que merece atenção. Conforme apontado no Relatório, em abril de 2013, a 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória julgou em primeira instância uma ação popular em face dos acusados no Primeiro Processo. A sentença declarou a nulidade da reunião do Conselho de Administração que concedeu a indenização e condenou os administradores beneficiados a restituir ao patrimônio do Banestes o valor de R\$200.000,00 cada um. A decisão considerou que a concessão de indenização aos administradores representaria ato lesivo ao patrimônio público, uma vez que o Banestes é uma sociedade de economia mista.

47. A decisão tomada no procedimento judicial em curso não prejudica em nada a análise feita no presente processo e o oposto também é verdadeiro. Isto porque o que se analisa lá não é o cumprimento das Leis nº 6.385 e 6.404, de 1976, ou dispositivos das normas da CVM. A análise feita no processo judicial é sobre o uso do erário público, matéria sobre a qual a CVM não tem competência para opinar. Assim, a indenização pode ser legítima nos termos da Lei nº 6.404, de 1976, como eu acredito que é, mas, de alguma forma, ferir leis pertinentes à atuação de companhias estatais.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2014.

Luciana Dias
DIRETORA

¹ O Sr. J.T.O. embora tenha sido beneficiado pelo ressarcimento, não fazia mais parte da administração da Companhia à época das aprovações do ressarcimento e, por isso, não foi acusado.

² O artigo 73 do Estatuto Social: “ARTIGO 73 - O Banco promoverá a garantia do exercício funcional inerente aos cargos de Conselheiro de Administração e Diretor, bem como tutelar o desenvolvimento regular dos atos de gestão praticados por esses administradores.

Parágrafo Primeiro - Entende-se como ato regular de gestão aqueles praticados pelo Administrador no exercício de suas funções, que não tenham decorrido de má-fé, culpa grave, dolo ou simulação e que não constituam ato fraudulento, ilícito ou contrário ao presente Estatuto Social. [...]” (grifou-se)

³ As cláusulas 2.1 e 4.3 do Contrato de Indenidade antes do Aditamento previam:

“2.1 - O BANESTES S.A. se compromete a viar todos os meios legais necessários no sentido de manter indene o Administrador, bem como ressarcir-lo, nos seguintes casos: (...)

b) ressarcir ao Administrador, ou a quem este indicar, valor correspondente à multa que porventura lhe seja imputada em razão de ato regular de gestão praticado;

c) ressarcir ao Administrador, ou a quem este indicar, valor correspondente à indenização e honorários de sucumbência que eventualmente lhe sejam imputados, por decisão judicial ou arbitral transitada em julgado, em razão de ato regular de gestão praticado;

d) ressarcir ao Administrador, pelo período de seu afastamento, a remuneração que ele percebia em razão do Cargo, caso o Administrador venha a ser afastado do mesmo e tenha seus bens indisponibilizados por decisão judicial ou administrativa, em razão de ato regular de gestão praticado durante o exercício do Cargo;

(...)

4. O administrador se obriga a:

(...)

4.3 - Firmar acordo com terceiros, nos termos sugeridos pelo BANESTES S.A., caso este entenda por uma solução consensual em qualquer demanda; (...)” (grifos nossos)

⁴ Pedido de Reconsideração PAS nº RJ2009/8316, Dir. Otavio Yazbek, julgado em 19.1.2011.

⁵ Cf. “E aqui aproveito para destacar que não creio que se possa afirmar, de forma genérica, que a celebração de contratos de indenidade é, por si só, contrária ao ordenamento jurídico - embora em determinados casos ela

possa ser. Parece-me evidente, porém, que a situação que ela cria é muito mais delicada do que aquela criada pelos seguros de responsabilidade, seja em razão da forma pela qual a companhia passa a responder por determinados atos; seja porque a decisão é tomada internamente; seja, ainda, por causa da estrutura de estímulos que um arranjo como este tende a embutir”, Pedido de Reconsideração PAS nº RJ2009/8316, Dir. Otavio Yazbek, julgado em 19.1.2011.

⁶ Em muito essas legislações nasceram por conta de precedentes oscilantes das cortes americanas, em especial nas décadas de 40 e 50, que ora rejeitavam arranjos que estipulassem a indenização dos administradores por considerar que tal pagamento não seria no melhor interesse da empresa, ora aceitavam considerado tal prática em linha com as melhores políticas públicas, uma vez que estimularia o aprimoramento da gestão de companhias abertas ao permitir que profissionais assumam riscos inerentes às atividades empresariais. Cf. *In re E.C. Warner Co.*, 232 Minn. 207, 45 N.W.2d 388 (Suprema Corte de Minnesota, 1950); *Solimine v. Hollander*, 129 N.J. Eq. 264, 19 A.2d 344 (Corte de Chancelaria de Nova Jersey, 1941). Há decisões recentes, já sob a égide de legislações sobre indenizações a administradores, que reconhecem ao menos dois importantes méritos nesses arranjos indenizatórios que é permitir que administradores resistam a processos que não tenham mérito, impedindo que a companhia arque com eventuais despesas decorrentes desses processos, além de permitir que companhias atraiam profissionais competentes. Ver *Marc S. Hermelin v. K-V Pharmaceutical Company, Civil action No. 6936-VCG (Court of Chancelaria - State of Delaware)* “[d]elaware law furthers important public policy goals of encouraging corporate officials to resist unmeritorious claims and allowing corporations to attract qualified officers and directors by agreeing to indemnify them against losses and expenses they incur personally as a result of their service. Prohibiting the indemnification of unsuccessful “bad actors” also relieves stockholders of the costs of faithless behavior and provides corporate officials with an appropriate incentive to avoid such acts to begin with.”

⁷ Nos Estados Unidos, a regulação dos contratos de indenidade é feita por cada um dos estados. Apesar de suas peculiaridades, é possível encontrar algumas características comuns à maioria das leis estaduais. Para fins deste voto, utilizou-se a lei de Delaware, amplamente utilizada pelas empresas americanas. Cf. *Delaware General Corporation Law*, § 145.

⁸ A legislação canadense aqui referida é o *Canada Business Corporation Act*, “**124.** (1) A corporation may indemnify a director or officer of the corporation, a former director or officer of the corporation or another individual who acts or acted at the corporation’s request as a director or officer, or an individual acting in a similar capacity, of another entity, against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment, reasonably incurred by the individual in respect of any civil, criminal, administrative, investigative or other proceeding in which the individual is involved because of that association with the corporation or other entity. (...)

(3) A corporation may not indemnify an individual under subsection (1) unless the individual (a) acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation, or, as the case may be, to the best interests of the other entity for which the individual acted as director or officer or in a similar capacity at the corporation’s request; and (b) in the case of a criminal or administrative action or proceeding that is enforced by a monetary penalty, the individual had reasonable grounds for believing that the individual’s conduct was lawful.”

⁹ Cf. *Delaware General Corporation Law*, § 145 (a): “A corporation shall have power to indemnify any person who was or is a party or is threatened to be made a party to any threatened, pending or completed action, suit or proceeding, whether civil, criminal, administrative or investigative (other than an action by or in the right of the corporation) by reason of the fact that the person is or was a director, officer, employee or agent of the corporation, or is or was serving at the request of the corporation as a director, officer, employee or agent of another corporation, partnership, joint venture, trust or other enterprise, against expenses (including attorneys’ fees), judgments, fines and amounts paid in settlement actually and reasonably incurred by the person in connection with such action, suit or proceeding if the person acted in good faith and in a manner the person reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation, and, with respect to any criminal action or proceeding, had no reasonable cause to believe the person’s conduct was unlawful. The termination of any action, suit or proceeding by judgment, order, settlement, conviction, or upon a plea of nolo contendere or its equivalent, shall not, of itself, create a presumption that the person did not act in good faith and in a manner which the person reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation, and, with respect to any criminal action or proceeding, had reasonable cause to believe that the person’s conduct was unlawful.”

¹⁰ Cf. *Delaware General Corporation Law*, § 145(d): “Any indemnification under subsections (a) and (b) of this section (unless ordered by a court) shall be made by the corporation only as authorized in the specific case upon a determination that indemnification of the present or former director, officer, employee or agent is proper in the circumstances because the person has met the applicable standard of conduct set forth in subsections (a) and (b) of this section. Such determination shall be made, with respect to a person who is a director or officer of the corporation at the time of such determination: (1) By a majority vote of the directors who are not parties to such action, suit or proceeding, even though less than a quorum; or (2) By a committee of such directors designated by majority vote of such directors, even though less than a quorum; or (3) If there are no such directors, or if such directors so direct, by independent legal counsel in a written opinion; or (4) By the stockholders.”

¹¹ O *Securities Act of 1933* corresponde à primeira lei federal aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos para regular o mercado de valores mobiliários nesse país. Essa lei estabelece regras relacionadas ao registro de

valores mobiliários perante a SEC, à divulgação de informações no âmbito de ofertas públicas e à responsabilidade do emissor, de seus administradores, sócios, auditores e avaliadores e dos intermediários pelas informações prestadas no âmbito do pedido de registro da oferta pública de valores mobiliários. O *Securities Act of 1933* pode ser consultado em: <https://www.sec.gov/about/laws/sa33.pdf>.

Com base no entendimento da SEC e na análise do conteúdo do *Securities Act of 1933*, verifica-se que indenizações por violação a regras não compreendidas por essa lei não seriam consideradas como contrárias ao interesse público. Como exemplo, não estariam contempladas no entendimento da SEC as regras relativas à divulgação de informações periódicas ou aquelas relativas ao descumprimento da legislação societária, dentre outras.

¹² Code of Federal Regulation § 229.510 (Item 510): *“Disclosure of Commission position on indemnification for Securities Act liabilities. In addition to the disclosure prescribed by Item 702 of Regulation S-K (§ 229.702), if the undertaking required by paragraph (h) of Item 512 of Regulation S-K (§ 229.512) is not required to be included in the registration statement because acceleration of the effective date of the registration statement is not being requested, and if waivers have not been obtained comparable to those specified in paragraph (h), a brief description of the indemnification provisions relating to directors, officers and controlling persons of the registrant against liability arising under the Securities Act (including any provision of the underwriting agreement which relates to indemnification of the underwriter or its controlling persons by the registrant against such liabilities where a director, officer or controlling person of the registrant is such an underwriter or controlling person thereof or a member of any firm which is such an underwriter) shall be included in the prospectus, together with a statement in substantially the following form: Insofar as indemnification for liabilities arising under the Securities Act of 1933 may be permitted to directors, officers or persons controlling the registrant pursuant to the foregoing provisions, the registrant has been informed that in the opinion of the Securities and Exchange Commission such indemnification is against public policy as expressed in the Act and is therefore unenforceable.”*

¹³ Muitas das decisões que confirmam a tese da SEC fazem referência a “ill-gotten gains”, ou em tradução livre, ganhos indevidos.

¹⁴ Embora exista na doutrina americana uma grande discussão sobre quais despesas são seguráveis e quais não podem ser objeto de seguro.

¹⁵ Em todos esses países de tradição de direito civil o administrador teria, ao menos em tese, o direito de ser indenizado por despesas contraídas no interesse da companhia, tendo em vista os princípios que regulam a responsabilidade entre mandante e mandatário (principal e agente).

¹⁶ *“A company may indemnify a director against liability to third parties so long as his action does not constitute a breach of his duties to the company at the same time, as well as against liability incurred in any civil or criminal proceedings where judgement is given in his favour”* Ver: Baums, Theodor. *Personal Liabilities of Company Directors in German Law* disponível em: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43029388/paper35.pdf>. Vale citar também: *“In Germany, as in other civil law countries, indemnification of directors is not explicitly addressed by company law and has traditionally been an exceptional practice. Still, a stock corporation can likely indemnify a director for liability to third parties so long as the director has not breached duties owed to the company. Thus, indemnification should be available in many securities law cases.”* Cheffins, Brian R. and Black, Bernard S., *Outside Director Liability Across Countries* (July 1, 2006). as published in *Texas Law Review*, Vol. 84, pp. 1385-1480, 2006; ECGI - Law Working Paper No. 71/2006; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 266; Univ of Texas Law and Economics Research Paper No. 31. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=438321> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.438321>.

¹⁷ *“The only requirement is that the indemnification needs to be in the “interest” of the corporation, including financial and reputational interests. Otherwise the directors and officers who order or consent with an indemnification may violate the criminal law of embezzlement.”* Disponível em <http://www.zurichna.com/internet/zna/sitecollectiondocuments/en/products/directorsandofficers/dando-corporate-indemnification-a-reference-guide-by-country.pdf>.

¹⁸ *“There are no provisions under French corporate law governing D&O insurance or indemnification for adverse judgments, settlements, or legal expenses. (...) While indemnification is not expressly regulated by French corporate legislation, the received wisdom in France is that a company can indemnify its directors unless the liability is criminal in nature or arises from duties owed to the company itself.⁴³⁷ Similarly, despite lack of explicit statutory authorization, D&O insurance is available that covers most civil sanctions, except those involving fraud or intentional misbehavior.”* em Cheffins, Brian R. and Black, Bernard S., citado acima.

¹⁹ Vale citar estudo da Consultoria Zurick intitulado *D&O Corporate Indemnification: A Reference Guide by Country*: *“With regard to the indemnification of a director for his/her liability to a third party or for a criminal or administrative penalty or fine, such compensation is considered to be a conflict of interest transaction between*

the director and the company. Such an arrangement must be approved by the board of directors meeting, in a company with a board of directors, or the shareholders meeting, in a company without a board of directors.”

Disponível

em <http://www.zurichna.com/internet/zna/sitecollectiondocuments/en/products/directorsandofficers/dando-corporate-indemnification-a-reference-guide-by-country.pdf>.

²⁰ A meu ver, o maior exemplo dessa constatação foi consignado no Parecer de Orientação nº 35, de 2008, no qual se indicou que “[a] Lei nº 6.404, de 1976, estabeleceu os deveres fiduciários dos administradores de forma abstrata, fixando padrões gerais de conduta que precisam ser especificados diante de situações concretas”.

Manifestação de voto da Diretora Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2011/2595 realizada no dia 29 de julho de 2014.

Senhor Presidente, eu acompanho o voto da Relatora.

Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes
DIRETORA

Manifestação de voto do Presidente da CVM, Leonardo P. Gomes Pereira, na Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2011/2595 realizada no dia 29 de julho de 2014.

Eu também acompanho o voto da Relatora e proclamo o resultado do julgamento, em que o Colegiado desta Comissão, por unanimidade de votos, decidiu absolver todos os acusados das imputações feitas, nos termos do voto da Diretora-relatora.

Encerro a Sessão, informando que a CVM interporá recurso de ofício das decisões absolutórias ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Leonardo P. Gomes Pereira
PRESIDENTE