

Os efeitos da Recuperação Judicial na homologação de sentença arbitral estrangeira 2

Setor Contencioso

Corte Especial do STJ decide que processo de homologação de sentença arbitral estrangeira não é suspenso em razão de recuperação judicial de uma das partes

Recuperação judicial e créditos fiduciários 3

Setor Contencioso

Decisão da Terceira Turma do STJ reafirma a competência do juízo da recuperação para decidir a respeito da essencialidade de bens objeto de medidas constitutivas por parte de credores fiduciários

Desproporcionalidade de multas administrativas impostas pelo PROCON/SP 4

Setor Contencioso

Em recente decisão, Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente ação anulatória de auto de infração lavrado pelo PROCON/SP, reduzindo a multa que havia sido imposta ao fornecedor

Direito de Laje 5

Setor Imobiliário e Ambiental

Com o intuito de viabilizar e ampliar a regularização fundiária urbana, foi introduzido, em nosso ordenamento, o direito real de laje

Há um novo CADE? 6

Setor Societário

As recentes reprovações de atos de concentração parecem exigir um refinamento nas análises antitruste

CRSFN reverte decisão da CVM sobre conflito de interesses da União Federal 9

Setor Societário

A decisão no caso Eletrobras, que considerou não ter havido violação às regras de conflito de interesses previstas na Lei das S.A., foi desempatada em razão do voto de qualidade do conselheiro relator

Nova decisão da CVM sobre conflito de interesses 11

Setor Societário

Colegiado da CVM tomou nova decisão sobre o tema, no caso de AGE da JBS S.A.

Eventos e Notícias 13

A presente Newsletter destina-se a ser distribuída entre clientes e colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstrata, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência adequada, consideradas as circunstâncias do caso concreto.

Os efeitos da Recuperação Judicial na homologação de sentença arbitral estrangeira

No julgamento da Sentença Estrangeira Contestada n.º 14.408/FR, finalizado no último dia 31 de agosto de 2017, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu que a suspensão do processamento de ações judiciais contra a empresa em recuperação judicial, prevista no art. 6º da Lei 11.101/05, não afeta processo de homologação de sentença estrangeira que contém obrigação de pagar.

A sentença estrangeira objeto de homologação foi proferida em 28 de julho de 2014, em procedimento arbitral que tramitou na Câmara de Comércio Internacional – ICC, com sede na Suíça, e julgou procedente o pedido deduzido por Thyssenkrupp Manex GMBH, sociedade com sede na Alemanha, contra Contini & Cia., sociedade empresária brasileira.

Em sede de contestação ao pedido de homologação da sentença, a sociedade brasileira arguiu a necessidade de indeferimento sumário do pedido, pois com o deferimento do seu pedido de recuperação judicial, haveria questão prejudicial à execução de sentença, haja vista a suspensão das ações e execuções contra si, por força do art. 6º da Lei 11.101/05, a existência do juízo universal que impede outros juízos decidam sobre o atos constitutivos de patrimônio da recuperanda e, por fim, que o crédito objeto da sentença estaria sujeito ao seu plano de recuperação, devendo ser habilitado naqueles autos pelo próprio credor.

De acordo com o voto condutor do Ministro Luis Felipe Salomão, todos os pressupostos legais para homologação da sentença, previstos pelo art. 960, §2º, CPC/15 c/c arts. 216-C e 216-D do Regimento Interno do STJ, inclusive os aqueles previstos pelos arts. 37, incs. I e II, 38 e 39 da Lei n.º 9.307/96, foram preenchidos, sendo que a sociedade brasileira não teria contestado tais questões, tendo se limitado a arguir que a superveniência de seu processo de recuperação judicial seria óbice suficiente ao processo de homologação da sentença.

Ao analisar o argumento, a Corte Especial apontou que o processo de homologação de sentença estrangeira tem natureza constitutiva, sendo pressuposto lógico à execução da sentença em território nacional, esta sim passível de ser afetada pelos efeitos da Lei n.º 11.101/05. Assim, não haveria incidência do prazo de suspensão das ações contra a recuperanda prevista pelo art. 6º, §4º da referida lei, pois a eventual homologação, per se, não exercerá qualquer efeito coibitivo ao princípio da preservação da empresa.

Por fim, o voto condutor do Ministro Luis Felipe Salomão destacou que a suspensão das ações e execuções prevista pela Lei n.º 11.101/05 é temporária e, portanto, não teria o efeito pretendido pela sociedade brasileira de extinção do direito creditório, que passará a ser exigível em território nacional após o juízo deliberatório no processo de homologação.

Marcus Vinicius Pereira Lucas
marcus.pereira@lhm.com.br

Recuperação judicial e créditos fiduciários

No julgamento do Recurso Especial n.º 1.660.893/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento da Segunda Seção da Corte a respeito da competência do juízo da recuperação para decidir a respeito da essencialidade para a atividade de empresas em recuperação judicial de bens objeto de medidas constritivas requeridas por credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis.

O precedente é oriundo de ação de busca e apreensão ajuizada por instituição financeira em face de empresa em recuperação judicial, em razão de mora no pagamento de dívida de cédula de crédito bancário, garantida por alienação fiduciária de empilhadeira a combustão.

A ação foi julgada procedente em primeiro grau para consolidar a posse e a propriedade do bem em favor da instituição financeira, tendo sido mantida a sentença em sede do julgamento de recurso de apelação, no qual o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05 (“Lei de Recuperação e Falência”), após escoado o prazo de 180 dias do art. 6º, § 4º, do mesmo diploma, os atos de constrição em face do devedor em recuperação judicial poderiam prosseguir no juízo comum.

Ao dar provimento ao recurso especial da empresa recuperanda, contudo, a Terceira Turma, na linha de precedentes anteriores da Corte (CC 121.207/BA, CC 146.631/MG), determinou o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição a fim de se submeter ao juízo da recuperação judicial a avaliação da essencialidade do bem objeto da busca e apreensão, independentemente da circunstância de já ter se escoado o prazo de 180 dias do “*stay period*”.

De acordo com o voto da Ministra Nancy Andrighi, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais contrariou a jurisprudência do STJ em dois pontos sensíveis: (i) a uma, ao não submeter a verificação da essencialidade da empilhadeira ao juízo da recuperação, e, (ii) a duas, a despeito do transcurso do prazo do “*stay period*”, seria competência do juízo da recuperação decidir a respeito de matérias que influenciem na continuidade do processo de soerguimento da empresa.

Como se nota, o entendimento do STJ teve como parâmetro a preservação da empresa e o estímulo à atividade econômica.

Luiz Felipe Pereira Gomes Lopes

luizfelipe.lopes@lhm.com.br

Luiz Antonio Castro de Miranda filho

luiz.miranda@lhm.com.br

Luiz Henrique Silva Bomfim Junior

luiz.bomfim@lhm.com.br

Desproporcionalidade de multas administrativas impostas pelo PROCON/SP

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – PROCON/SP detém a prerrogativa de aplicar sanções administrativas na seara da proteção e defesa do consumidor, nos termos da Lei Federal n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), regulamentada pelo Decreto n.º 2.181/1990.

Entre as sanções passíveis de serem aplicadas, encontra-se a multa administrativa, cujo cômputo se dá através de conjugação de fatores como a gravidade da infração, eventual vantagem auferida pelo agente e a condição econômica do fornecedor, nos termos do art. 57 da Lei Federal n.º 8.078/1990.

O cálculo da multa administrativa no âmbito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – PROCON/SP vem amparado pela Portaria Normativa Procon n.º 45/2015, que estabelece fórmula matemática para apuração da pena base, com excessivo peso em relação à condição econômica do fornecedor, em especial o valor da receita bruta.

Esse modelo, contudo, gera distorções graves, como a aplicação de sanções pecuniárias demasiadamente elevadas, mas sem relação com gravidade da infração cometida.

Em recente decisão, a 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou parcialmente procedente ação anulatória de auto de infração lavrado pelo

PROCON/SP para reduzir a 10% multa de R\$ 409.546,67 aplicada contra o fornecedor, em razão de suposto descumprimento de prazo para de 30 dias para solucionar vício em aparelho eletrodoméstico, nos termos do art. 18 da Lei Federal n.º 8.078/1990.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a multa no valor de R\$ 409.546,67 se mostrava incompatível com a infração cometida justamente por não considerar conjuntamente os requisitos da (a) a gravidade da infração, (b) a vantagem auferida e (c) a condição econômica do fornecedor, todos previstos pelo art. 57 do Código de Defesa do Consumidor (cf. TJSP, Apel. n.º 1015531-62.2014.8.26.0053).

Tal entendimento contribuirá para a observância de critérios de razoabilidade e proporcionalidade pelo PROCON-SP, que dá excessivo peso à condição econômica do agente supostamente infrator e por essa razão acaba impondo penalidades excessivamente onerosas e discrepantes com a suposta infração apontada.

Rogério Carmona Bianco

rogerio.bianco@lhm.com.br

Thomas Alexandre de Carvalho

thomas.carvalho@lhm.com.br

Renan Varollo Perlati

renan.perlati@lhm.com.br

Direito de Laje

Desde o dia 12 de julho de 2017, está em vigor a Lei n.º 13.465, cujo texto abarca diversos institutos legais visando promover a regularização fundiária, tanto rural quanto urbana, tendo inclusive introduzido, em nosso ordenamento, um novo direito real, o chamado direito real de laje.

A Lei n.º 13.465/2017 é resultado da conversão em lei federal da Medida Provisória n.º 759, de 22 de dezembro de 2016. Nesse ínterim, debates travados no Congresso Nacional levaram ao aperfeiçoamento dos dispositivos que tratam do direito real de laje, os quais foram incorporados no art. 1.510-A e seguintes do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002).

De acordo com a exposição de motivos da citada Medida Provisória, a criação deste novo direito real vem em *“reforço ao propósito de adequação do Direito à realidade brasileira, marcada pela profusão de edificações sobrepostas”*.

Prevê o art. 1.510-A que o *“proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.”* Tem-se, dessa forma, que o direito real de laje pode abranger tanto o espaço aéreo da construção-base como o subsolo desta, sempre projetados verticalmente.

A laje constituirá unidade autônoma distinta da construção-base. E será constituída por meio de matrícula própria, facultando a seu titular todos os poderes inerentes à propriedade, isto é, podendo dela usar, gozar e dispor.

Todavia, a laje não deve ser confundida com condomínio edilício. Embora haja certas semelhanças (como a existência de estruturas comuns da construção), há diferenças essenciais entre esses institutos.

A laje não é vinculada à fração ideal do terreno, que permanece sob titularidade exclusiva do proprietário da construção-base. Dessa forma, a ruína da construção-base – se não reedificada no prazo de 5 anos, conforme estipula o art. 1.510-E do Código Civil – implica na extinção do direito real de laje sobreposta. O mesmo não ocorre, por exemplo, em caso de extinção do condomínio edilício, uma vez que o proprietário da unidade autônoma deste mantém seu direito sobre a fração do solo, passando a detê-la em condomínio comum com os proprietários das demais unidades.

Com exceção das estruturas comuns que afetam todo o edifício, não há o compartilhamento de áreas comuns entre a laje e a construção-base. Todas as demais áreas do terreno – que não a laje –, edificadas ou não, permanecem sob titularidade do proprietário da construção-base. Além disso, a laje deverá possuir um acesso independente para a via pública.

Há também elementos que diferenciam o direito de laje do direito de superfície. Em especial, pode-se citar que o direito de laje é mais amplo, na medida em que não é temporário, mas perene (ou ao menos persiste até que pereça a construção), constituindo, como já dito, unidade imobiliária autônoma com matrícula própria.

Os novos dispositivos que regulamentam o direito de laje permitem que o titular desta ceda a superfície de sua construção para a instituição de sucessivo direito real de laje, contanto que haja autorização expressa do proprietário da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas municipais.

A legislação prevê ainda que, na hipótese de alienação de qualquer das unidades sobrepostas, terão o direito de preferência na sua aquisição os titulares da construção-base e da laje, nessa ordem, em igualdade de condições com terceiros.

Destaca-se que outras regras de convivência entre os titulares da construção-base e da laje, além das previstas em lei, poderão ser acordadas

Há um novo CADE?

Notícias recentes sugerem um possível endurecimento da postura do CADE com relação aos atos de concentração. Até pouco tempo atrás, eram relativamente raros os casos de reprovação de atos de concentração. No entanto, só neste ano de 2017 já houve ao menos quatro reprovações de grandes concentrações pelo órgão.

Em comum, todos eles têm a consequência de, de fato, gerarem concentrações significativas de mercado (segundo os dados publicamente disponíveis) e potenciais prejuízos potencialmente irreversíveis. Sabidamente, quanto mais concentrado um mercado, maior a probabilidade de que o agente dominante passe a exercer sua posição de forma abusiva, impedindo a entrada de concorrentes e aumentando arbitrariamente lucros, sem que haja contrapartida de investimentos em inovação.

no instrumento de constituição do direito real de laje.

Por se tratar de um direito real, a instituição do direito de laje estará sujeita à tributação. O valor tributário da laje, para fins de sua constituição e transmissão, certamente, será um tema a ser enfrentado pelas autoridades fiscais.

Ainda que pensado, especialmente, para a solução da situação fundiária em comunidades de baixa renda, o direito real de laje pode ser utilizado na concepção e desenvolvimento dos mais variados empreendimentos imobiliários.

Amanda Salis Guazzelli
amanda.guazzelli@lhm.com.br

Entretanto, apesar dos danos que um ato de concentração pode causar, viu-se durante os cinco anos de vigência da Lei nº 12.529/2011 diversas operações entre concorrentes de grande porte e *market share* que foram aprovadas pelo CADE, ainda que com restrições. Entre 2011 e 2016, o CADE reprovou cinco operações – sendo que todas gerariam uma concentração de mercado de pelo menos 70% (Tigre e Condor Pincéis; Braskem e Solvay; Unimed Franca e Hospital Regional de Franca; Armco e Mangels)¹.

É difícil decifrar a razão da aparente alteração na postura do CADE frente aos atos de concentração que passam pelo seu crivo. A reprovação de uma operação deve exigir uma fundamentação profunda e cuidadosa do órgão, justamente por limitar o princípio constitucional da livre iniciativa. Uma possível leitura é a de que, com o passar dos anos, os mercados estão realmente ficando cada vez mais concentrados, o

que força a autoridade antitruste a exercer um controle mais rígido sobre os agentes de mercado.

Por outro lado, a quantidade de atos de concentração aprovados sem restrições pelo CADE ainda supera – e muito – a quantidade de reprovações², o que poderia também sinalizar a continuidade da posição geral de aprovação, priorizando a liberdade de negociação dos agentes econômicos.

Veja-se um resumo dos atos de concentração reprovados pelo CADE em 2017:

a) Aquisição da Estácio Participações S.A. pela Kroton Educacional S.A.:

Nesse caso, a Conselheira relatora Cristiane Alkmin J. Schmidt entendeu que a união da Kroton com a Estácio geraria problemas concorrenciais na modalidade presencial, uma vez que não haveria rivais capazes de concorrer com a nova gigante em diversos municípios brasileiros. Já na modalidade de ensino à distância (EAD), a relatora apontou que a Kroton já possui 37% do mercado, e passaria a deter 46% após a operação, aumentando mais ainda a sua capilaridade nacional.

Apesar do voto da relatora pela aprovação com restrições (que incluiriam, por exemplo, a proibição de novas aquisições por cinco anos, venda da marca Anhanguera e venda de outros ativos importantes), a maioria dos conselheiros entendeu que não haveria remédios eficientes que pudessem mitigar os danos que a operação causaria no mercado, tendo a operação sido rejeitada.

b) Aquisição da Alesat Combustíveis S.A. pela Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.

De acordo com o conselheiro relator do caso, João Paulo de Resende, a Alesat é a maior distribuidora regional de combustíveis, com mais capacidade de rivalizar com as três que operam em nível nacional: Ipiranga, Petrobrás e Raízen. Como a estrutura do mercado de distribuição interfere no de revenda, a compra da Alesat pela Ipiranga geraria significativo impacto na capacidade de concorrência no mercado por parte de postos regionais e de bandeira branca abastecidos atualmente pela Alesat.

Ao analisar a operação, o CADE verificou que apesar de o mercado afetado ser o de distribuição, sua estrutura geraria fortes externalidades no mercado de revenda. De acordo com o conselheiro relator do caso João Paulo de Resende, a Alesat é a maior distribuidora regional de combustíveis, com mais capacidade de rivalizar com as três que operam em nível nacional (Ipiranga, Petrobrás e Raízen), sendo também a principal distribuidora para postos de bandeira branca. A aquisição da Alesat pela Ipiranga provavelmente geraria um desabastecimento em postos de bandeira branca, com os quais a Ipiranga tradicionalmente não mantém vínculo comercial.

Dessa forma, o único remédio possível, segundo o relator, seria a completa alienação das operações atuais da Alesat para um novo entrante do mercado, que pudesse assumi-las. Esse remédio, no entanto, implicaria em se desfazer de 65% da operação, o que não interessou às Requerentes.

c) Aquisição da Time Warner Inc. pela AT&T Inc.:

Por ora, o caso conta apenas com parecer negativo da Superintendência Geral (SG), e aguarda julgamento pelo Tribunal. A principal preocupação externada pela SG é o fato de que a AT&T atua no ramo de tv por assinatura, no Brasil, por meio da DirecTV, controladora da Sky, enquanto a Time Warner atua nos ramos de programadoras e produtoras, por meio da Turner, HBO e Warner.

A SG entendeu que a integração vertical proposta pela operação poderá trazer consequências negativas ao mercado, sendo elas: (i) o alinhamento entre uma programadora e uma operadora, ambas com relevante poder de mercado, o que criaria incentivos para o fechamento de mercado à jusante e à montante, por meio de diversas formas de discriminação; (ii) a programadora Time Warner teria acesso a informações sensíveis de todos os seus concorrentes, o mesmo se aplicando à AT&T, que passaria a ter acesso a condições negociadas pelos seus rivais com um importante distribuidor de conteúdo no mercado brasileiro; (iii) criaria incentivos para que houvesse coordenação, ainda que tácita, devido à simetria que passaria a haver entre a relação das duas maiores programadoras com as duas maiores operadoras do país; e (iv) outras questões regulatórias e impactos em mercados específicos, como o de TV a Cabo (SEAC).

d) Aquisição da Liquigás Distribuidora S/A (subsidiária da Petrobrás) pela Companhia Ultragaz S/A:

Da mesma forma, o caso recebeu parecer contrário da SG. De acordo com o órgão, a operação geraria sobreposições elevadas na maioria dos estados analisados, tanto no mercado de GLP envasado quanto no segmento a granel, e ainda resultaria em monopólio das requerentes no mercado de distribuição de GLP

propelente. Ainda, a operação consolidaria uma fusão entre as duas principais distribuidoras de gás de cozinha, insumo essencial nos lares brasileiros. Já concentrado nas mãos de quatro distribuidoras, o mercado se veria com mais um concorrente a menos.

Além disso, a SG identificou elevadas barreiras à entrada em todos os mercados analisados, devido a restrições regulatórias, dificuldade de acesso ao insumo junto à Petrobras e vantagens exclusivas detidas pelas empresas já consolidadas. Soma-se a isso o fato de que distribuidoras regionais, quando há, não são capazes de contestar o poder de mercado das Requerentes.

Importante destacar que, além da grande concentração de mercado que a operação geraria, há indícios de que ela facilitaria colusão nos mercados analisados – há, inclusive, investigações em curso em relação a tais mercados.

Como conclusão, esse conjunto de decisões recentes recomenda que os agentes econômicos, já durante a avaliação e negociação de atos de concentração, desenvolvam uma análise antitruste mais cautelosa, a fim de procurar mitigar riscos de reprovação pelo CADE.

Luís Gustavo Haddad

luis.haddad@lhm.com.br

Daniela Maria Rosa Nascimento

daniela.nascimento@lhm.com.br

¹ Respectivamente: AC n° 08700.009988/2014-09; AC n° 08700.000436/2014-27; AC n° 08700.003978/2012-90; e AC n° 08700.004054/2012-19

² Em 2016, por exemplo, dos 384 atos de concentração notificados, nenhum foi reprovado. Fonte: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016/apresentacao-balanco-2016.pdf>

CRSFN reverte decisão da CVM sobre conflito de interesses da União Federal

Em 26 de maio de 2015, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) decidiu, por unanimidade, aplicar multa de R\$ 500 mil à União Federal, por ter votado favoravelmente à renovação dos contratos de concessão de distribuição e transmissão de energia elétrica celebrados entre a União Federal e sociedades concessionárias controladas pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), na assembleia geral extraordinária da companhia realizada em 03 de dezembro de 2012¹.

Uma vez aprovada a matéria pela assembleia geral da Eletrobras, os referidos contratos de concessão, com vencimento até 2017, foram renovados sob o regime jurídico recém-instituído pela Medida Provisória n.º 579/2012 (posteriormente convertida na Lei n.º 12.783/2013).

Um dos efeitos da renovação dos contratos de concessão seria a renúncia, pelas concessionárias, a quaisquer eventuais direitos preexistentes à edição da Medida Provisória n.º 579/2012 que pudessem contrariar suas disposições. A renúncia, nesses termos, abarcaria o direito das concessionárias de eventualmente questionar judicialmente a constitucionalidade da medida provisória, em especial quanto à sua aplicabilidade a concessões anteriores à sua edição, bem como à forma de cálculo das indenizações devidas pela União Federal por ativos não amortizados pelas concessionárias de energia.

A própria Eletrobras, anteriormente à realização da assembleia geral em questão, elaborou um parecer interno a respeito dos efeitos da referida renúncia, datado de 08 de novembro de 2012. De acordo com o parecer, a forma de cálculo

prevista na Medida Provisória n.º 579/2012 não poderia alcançar as relações jurídicas existentes entre as concessionárias controladas pela Eletrobras e a União Federal que tivessem sido constituídas anteriormente à edição da medida provisória, sob pena de sua inconstitucionalidade. No entanto, se os contratos de concessão fossem renovados, o direito de questionar essa aplicação, bem como a forma de cálculo da indenização prevista na Medida Provisória n.º 579/2012, seria conseqüentemente renunciado pelas concessionárias de energia.

A União Federal, nesse contexto, na qualidade de acionista controladora da Eletrobras, compareceu à referida assembleia geral extraordinária da companhia e votou favoravelmente à renovação dos contratos de concessão de energia elétrica.

Diante de sua manifestação de voto pela renovação dos contratos de concessão, a Superintendência de Relações com Empresas (SEP) instaurou processo administrativo sancionador em face da União Federal, por violação ao disposto no artigo 115, §1º, da Lei das Sociedades por Ações, que veda o voto de acionistas em situação de conflito de interesses. O termo de acusação não contemplou eventual configuração de abuso de poder de controle por parte da União Federal, ao contrário do requerido por acionista minoritário da companhia que se manifestou no processo.

O colegiado da CVM concluiu que o voto da União Federal na assembleia geral da Eletrobras teria sido proferido em situação de conflito de interesses, uma vez que a União Federal teria um interesse externo (extra-societário) na renúncia,

pelas concessionárias de energia, ao direito de questionar judicialmente a aplicabilidade da Medida Provisória n.º 579/2012 e o valor devido a título de indenização, decorrente da renovação dos contratos de concessão. O colegiado da CVM decidiu, assim, que, ao se manifestar na referida deliberação assemblear, a União Federal teria violado a proibição legal ao exercício do voto em situações de conflito de interesses, conforme previsto no artigo 115, §1º, da Lei das Sociedades por Ações, aplicando-lhe a multa de R\$ 500 mil em razão da infração.

A União Federal recorreu da decisão do colegiado da CVM e submeteu a controvérsia à apreciação do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN)².

Os votos dos conselheiros do CRSFN que se manifestaram no processo resultaram em empate – foram proferidos 4 votos favoráveis à absolvição da União Federal e 4 votos favoráveis à manutenção da decisão do colegiado da CVM³ –, o qual foi solucionado pelo voto de qualidade do relator do processo, conselheiro Flávio Maia Fernandes dos Santos. Prevaleceu, então, a decisão pela total improcedência da acusação e absolvição da União Federal, mediante a reversão da decisão do colegiado da CVM.

A decisão do CRSFN decorreu, em termos gerais, do entendimento de que, considerando que o artigo 238, da Lei das Sociedades por Ações, permite que o controlador estatal oriente as atividades da empresa estatal de forma a atender o interesse público (interesse primário) que justificou sua criação, a União Federal não estaria impedida de votar na assembleia geral extraordinária da Eletrobras em questão. Nesse sentido, a deliberação sobre a renovação dos contratos de concessão de energia elétrica das

controladas da companhia estaria em linha com o interesse público primário que justificou a criação da Eletrobras, nos termos do voto do conselheiro relator.

Deve-se ressaltar, em todo o caso, que os conselheiros do CRSFN manifestaram opiniões bastante diversas sobre o caso, inclusive quanto aos fundamentos levantados por cada um deles para justificar suas posições, em suas respectivas declarações de voto.

Imediatamente após a decisão do CRSFN, em 28 de junho de 2017, a CVM reafirmou, por meio do comunicado ao mercado n.º 07/2017, o posicionamento do colegiado da autarquia manifestado por ocasião do julgamento do caso Eletrobras, declarando, na mesma oportunidade, de todo modo, que respeita a instância decisória do CRSFN e o resultado do julgamento do recurso.

Bruno Robert

bruno.robert@lhm.com.br

Tiago Molina Ferreira

tiago.ferreira@lhm.com.br

Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros

lucas.barros@lhm.com.br

¹ Processo administrativo sancionador CVM RJ 2013/6635, Rel. Dir. Luciana Dias, j. 26.05.2015.

² Recurso n.º 14.306, processo n.º 10372.000246/2016-82, rel. Cons. Flávio Maia Fernandes dos Santos, j. 28.07.2017.

³ O CRSFN é formado por 9 conselheiros, mas a conselheira Adriana Cristina Dullius se deu por impedida e não se manifestou neste caso. Votaram favoravelmente à absolvição da União Federal os conselheiros (i) Flávio Maia Fernandes dos Santos; (ii) Sérgio Cipriano dos Santos; (iii) Antonio Augusto de Sá Freire Filho; e (iv) Ana Maria Melo Netto Oliveira. Votaram pela manutenção da decisão da CVM os conselheiros (i) Alexandre Henrique Graziano; (ii) Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa; (iii) Otto Eduardo Fonseca de Albuquerque Lobo; e (iv) Thiago Paiva Chaves.

Nova decisão da CVM sobre conflito de interesses

Em 29 de agosto de 2017, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) fez novo pronunciamento sobre o tema do conflito de interesses. Desta vez, o assunto foi enfrentado a propósito da situação de acionistas da JBS S.A. (JBS), em relação a determinadas deliberações incluídas na ordem do dia da assembleia geral extraordinária (AGE) convocada para 1º de setembro de 2017.

A decisão foi proferida nos autos do processo CVM n.º 19957.007563/2017-12, em que o BNDES Participações S.A. (BNDESPAR), acionista com a segunda maior participação individual na JBS, requereu à CVM a interrupção do curso do prazo de convocação da AGE da JBS programada para 1º de setembro de 2017¹.

O pedido de interrupção teve por objetivo solicitar que a CVM (a) conhecesse e analisasse a legalidade do exercício do direito de voto da FB Participações S.A., do Banco Original S.A. e do Banco Original do Agronegócio, sociedades controladas por membros da família Batista, em duas matérias constantes da ordem do dia da AGE da JBS, e (b) tomasse providências para impedi-los de votar na referida assembleia, no caso de ser confirmada a existência de conflito de interesses.

As matérias da AGE com relação às quais se questionou a possibilidade de voto foram: (a) medidas a serem tomadas para defesa dos interesses da JBS, inclusive quanto à eventual responsabilização de administradores, ex-administradores e acionista controlador, por possíveis prejuízos suportados pela companhia em razão de atos ilícitos refletidos em acordos de colaboração premiada e em outros acordos

relacionados; e (b) inclusão de normas estatutárias relativas à possibilidade de a companhia indenizar e manter indenidos administradores, conselheiros fiscais e empregados, e suas controladas, inclusive por meio da celebração de contratos individuais de indenidade.

A Superintendência de Relações com Empresas (SEP), em seu relatório (Relatório n.º 86/2017-CVM/SEP/GEA-4), concluiu que a interrupção da AGE não seria cabível no caso em questão, uma vez que apenas a ilegalidade das matérias submetidas à assembleia poderia fundamentá-la. Ou seja, a eventual existência de conflito de interesses por parte de determinados acionistas não seria suficiente para que a referida interrupção pudesse ser deferida pela autarquia. O Colegiado, nesse aspecto, acompanhou integralmente as razões e conclusões da SEP e indeferiu o pedido de interrupção do curso do prazo de convocação da AGE da JBS.

Apesar de determinar que a interrupção do curso do prazo de convocação não seria cabível no caso em questão, a CVM adentrou a análise de mérito quanto à legalidade da manifestação de voto de determinados acionistas nas deliberações submetidas à AGE da JBS.

A esse respeito, a SEP entendeu que os acionistas controlados por membros da família Batista estariam em situação de conflito de interesses com relação à adoção de medidas para reparar os alegados prejuízos suportados pela JBS, uma vez que seus controladores estariam dentre os possíveis responsabilizados pelos fatos ocorridos.

Em relação à segunda matéria da AGE (inclusão de disposições estatutárias que permitem a indenização, pela JBS, de administradores, membros do conselho fiscal e empregados da companhia e suas controladas), a SEP entendeu que os acionistas em questão poderiam auferir benefícios particulares, pelo fato de seus controladores indiretos serem possíveis beneficiários das previsões estatutárias propostas.

Após analisar as teorias de conflito formal e conflito material de interesses, e com base em precedentes da CVM sobre a matéria², a SEP concluiu que, no caso, o conflito de interesses deveria ser analisado sob o ponto de vista que vem sendo qualificado como *formal*, implicando, portanto, a análise *ex ante* do impedimento de voto dos acionistas potencialmente conflitados.

A SEP concluiu, conseqüentemente, que os acionistas em apreço estariam impedidos de votar na AGE da JBS.

O Colegiado da CVM, no entanto, discordou das conclusões da área técnica a esse respeito, e defendeu que a análise dependeria de “*aprofundamento das questões de fato e de direito sobre a matéria*”.

Consignou, adicionalmente, que, diante das circunstâncias do caso, deve caber aos próprios acionistas avaliar se estão em situação de impedimento decorrente de conflito de interesses e, caso estejam, absterem-se de votar nas deliberações da AGE em que se identifica o referido conflito.

A decisão do Colegiado e a manifestação da SEP no caso da JBS constituem oportunidades de aprofundamento da discussão sobre a determinação do critério mais adequado para a verificação da existência de conflito de interesses em deliberações assembleares, e sobre a própria delimitação dos conceitos de conflito de interesses e benefício particular. A esse respeito, cumpre notar que os precedentes mais recentes sobre o assunto, os casos Tractebel³ e Eneva⁴, foram decididos por maioria, e não unanimidade, do Colegiado da CVM.

Bruno Robert

bruno.robert@lhm.com.br

Tiago Molina Ferreira

tiago.ferreira@lhm.com.br

Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros

lucas.barros@lhm.com.br

¹ Conforme fato relevante divulgado pela JBS, a AGE não foi instalada por ter sido suspensa por decisão da Juíza Convocada Dra. Giselle de Amaro e França, em 1º de setembro de 2017, em sede de agravo de instrumento movido por FB Participações S.A. contra decisão do Juiz Federal da 8ª Vara Cível da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, em processo de tutela cautelar antecedente, movido pelo BNDESPAR, que havia determinado o impedimento de voto dos acionistas possivelmente conflitados nas deliberações da AGE da companhia.

² Casos Duratex-Satipel (processo RJ 2009-5811, rel. SEP, j. 28.07.2009), Tractebel (processo RJ 2009-13179, rel. Dir. Alessandro Broedel Lopes, j. 09.09.2010), Eletrobras (processo sancionador RJ 2013-6635, rel. Dir. Luciana Dias, j. 26.05.2015) e Eneva (processo RJ 2015-5021, rel. Dir. Pablo Waldemar Renteria, j. 25.08.2015).

³ Decidido por maioria, com voto divergente do Dir. Eli Loria.

⁴ Decidido por maioria, com voto divergente do Dir. Pablo Renteria.

SETEMBRO/OUTUBRO 2017

EVENTOS E NOTÍCIAS

- É com satisfação que informamos que, mais uma vez, Lilla, Huck, Otranto, Camargo foi reconhecido pelo **Chambers & Partners América Latina** como um dos melhores escritórios de advocacia do Brasil. O escritório foi ranqueado nas seguintes áreas: Agronegócio; Direito Societário e Fusões e Aquisições; Contencioso e Arbitragem; Direito do Trabalho; Mídia e Entretenimento; Direito Imobiliário; e Direito Tributário.
- Lilla, Huck, Otranto, Camargo foi também, novamente, reconhecido pelo diretório internacional **Legal 500**. O escritório foi recomendado nas seguintes áreas: Falência e Recuperação Judicial; Direito Societário e Fusões e Aquisições; Contencioso e Arbitragem; Direito Ambiental; Direito do Trabalho; Direito Imobiliário; Direito Tributário; e Tecnologia, Mídia e Telecomunicações, com expressa recomendação de 20 sócios.
- O renomado diretório **Global Arbitration Review – GAR** divulgou recentemente o ranking Who’s Who Legal: Arbitration – Future Leaders 2018, baseado em pesquisa realizada junto a advogados de todo mundo, após a qual o sócio Fábio Peixinho Gomes Corrêa foi selecionado dentre os sócios de escritórios brasileiros que atuam na área de arbitragem.
- Durante o 2º semestre, os sócios Luís Gustavo Haddad e Bruno Robert ministrarão as disciplinas “Contratos de Organização da Atividade Empresarial” e “Direito Societário Aplicado: Atos e Contratos”, respectivamente, que integram a **Pós-Graduação Lato Sensu em Contratos da FGV-Direito SP**. Ambas disciplinas contarão com 15 encontros semanais. O curso “Contratos de Organização da Atividade Empresarial” abordará temas como consórcios, contratos de distribuição, franquia, interações entre direito dos contratos e direito da concorrência, financiamentos, contratos & tecnologia e solução de disputas. Já o curso “Direito Societário Aplicado: Atos e Contratos” tratará dos temas mais relevantes na rotina societária das empresas, entre eles a própria constituição, aumento e redução de capital, cisão, fusão e incorporação, acordos de acionistas, governança corporativa, processos de M&A e investimentos estratégicos.
- O escritório Lilla, Huck, Otranto, Camargo Advogados apoia o **2º Congresso Nacional das Mulheres do Agronegócio**, que será realizado nos dias 17 e 18 de outubro, no Transamérica Expo Center, em São Paulo. A sócia Estela L. Monteiro Soares de Camargo participará da mesa redonda “Inovação. ética e valores. A mulher do agro, os desafios e dilemas de uma era globalizada”. Para maiores informações sobre o evento, acesse: www.mulheresdoagro.com.br.
- A sócia Juliana Krueger Pela participará do painel “Seguro e Arbitragem” no **VII Fórum de Direito do Seguro**: José Sollero Filho, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, que será realizado nos dias 18, 19 e 20 de outubro, no Teatro Unibes, em São Paulo.
- Nos dias 19 e 20 de outubro, será realizado o **2º Congresso Internacional de Direito Privado do IDiP/AASP**, que terá como tema “A crise e o contrato”. Na ocasião, a sócia Juliana Krueger Pela palestrará sobre “Efficient Breach no Direito Brasileiro” e o sócio Fábio Floriano Melo Martins presidirá a mesa em que se discutirá a relação da crise ética com os contratos.

SETEMBRO/OUTUBRO 2017

- O escritório Lilla, Huck, Otranto, Camargo Advogados é um dos patrocinadores do **IV Congresso Pan-Americano de Arbitragem**. O evento, organizado pela CAM-CCBC, ocorrerá nos dias 23 e 24 de outubro no Hotel Hilton, em São Paulo. Mais detalhes podem ser obtidos neste link: <http://www.ccbc.org.br/Hotsite/5206/>.
- Nos dias 27 e 28 de outubro, acontecerá o **1º Evento Internacional da Mesa de Debates de Direito Imobiliário – MDDI**, da qual é Diretora Presidente a sócia Estela L. Monteiro Soares de Camargo. O evento será realizado em Montividéu, Uruguai, no Hotel Hyatt Centric.
- Lilla, Huck, Otranto, Camargo Advogados apoia a 2ª edição do **Fórum Blockchain**, que será realizado no dia 28 de novembro, no Blue Tree Premium Morumbi, em São Paulo. O sócio Maurício Vedovato participará do painel Blockchain legal. O Fórum é realizado pela TI Inside. Para maiores informações sobre o evento, acesse: www.forumblockchain.com.br.
- Lilla, Huck, Otranto, Camargo, novamente, contribuiu para a publicação mundial **PLC Multi-Jurisdictional Guide for Dispute Resolution**, cabendo-lhe o capítulo exclusivo sobre o Brasil, de autoria dos sócios Rogério Carmona Bianco, Fábio Peixinho Gomes Corrêa e Mônica Naomi Murayama. Confira no link a seguir: <http://bit.ly/2yHYmj9>.