

COVID-19 (CORONAVÍRUS): UM GUIA PRÁTICO PARA CONSELHEIROS

À medida que o surto de COVID-19 (Coronavírus) continua a causar estragos no mundo todo, os conselhos de administração têm o papel fundamental de supervisão para ajudar suas empresas a navegar por esses tempos incertos. Segue, abaixo, uma lista de medidas que os conselhos devem considerar para responder à crise atual:

1. Realizar reuniões de conselho pronta e frequentemente. Se uma reunião do conselho não estiver agendada para um futuro próximo, convoque uma reunião extraordinária para discutir o impacto do COVID-19 e a resposta da empresa. Dada a velocidade com que a crise está evoluindo, o conselho provavelmente precisará se reunir com mais frequência do que antes. Faça reuniões virtuais para eliminar a necessidade de viagens. Quanto maiores forem as dificuldades financeiras, mais frequentes deverão ser as reuniões do conselho, ainda que sejam reuniões apenas para atualização. O conselho deve dar continuidade às suas funções de supervisão, planejamento de longo prazo e apoio estratégico, e estas atividades devem ser devidamente registradas em atas do conselho e outros materiais de reunião. De uma forma geral, o conselho deve continuar a desempenhar seu papel de apoio interno e não necessariamente voltado ao público.

2. Convoque um comitê especial encarregado de gerenciar a crise, ou aspectos dela. Este comitê deverá reunir-se regularmente com os gestores, supervisionar a empresa e preparar relatórios para o conselho. Considerando as diversas questões que o surto de COVID-19 tem levantado — desde a saúde e segurança de seus empregados ao aumento dos riscos de segurança cibernética à estabilidade financeira e operacional — considere ter mais de um comitê. Para várias empresas, de forma temporária, o conselho fiscal, o comitê de riscos ou um comitê semelhante podem ser incumbidos de fornecer a supervisão necessária.

3. Implemente sistemas para monitorar os riscos do COVID-19. No ano passado, a Suprema Corte de Delaware ressaltou a importância da responsabilidade de supervisão do conselho em tempos de crise. No caso *Marchand v. Barnhill*, 212 A.3d 805 (Del. 2019), o tribunal negou a extinção de uma ação de responsabilidade por violação de deveres fiduciários contra o conselho de uma empresa de sorvetes. A empresa estava lidando com um surto da bactéria “*listeria*”, que teve um impacto significativo nas operações da empresa. Embora o conselho tenha se reunido mensalmente, o tribunal julgou procedente o argumento do autor da ação de que o conselho “falhou em implementar um sistema para monitorar a segurança

alimentar". Os membros do conselho devem garantir que existam processos de supervisão adequados, que lhes permitam obter informações atualizadas sobre o impacto da COVID-19 nas operações da empresa.

4. Considere cuidadosamente a divulgação de informações da companhia. Isso inclui a necessidade de publicar informações adequadas sobre o que a empresa tem conhecimento no momento a respeito do impacto da pandemia em suas operações bem como a necessidade de fornecer informações adicionais por meio de constantes atualizações sobre o assunto. Revise fatores de risco, análises e discussões do conselho (MD&A), expectativa de ganhos, demonstrações financeiras e outras informações relevantes e garanta que este material divulgue adequadamente riscos, tendências e incertezas conhecidos.

5. Dê atenção especial à expectativa de resultados (*earnings guidance*). Discuta com a administração se a expectativa de resultados deve ser atualizada ou se orientações anteriormente incluídas devem ser revistas, tendo em vista as novas circunstâncias resultantes da crise. Revise e atualize a linguagem de advertência para maximizar a proteção de declarações relacionadas ao futuro.

6. Avalie a capacidade financeira da empresa. O conselho deve entender como a capacidade financeira da organização está sendo afetada pela pandemia. Os membros do conselho devem entender, por exemplo, a estrutura de capital da empresa, fontes e necessidades de caixa, recursos necessário para serviço de dívida e os *covenants* de empréstimos. Pode ser prudente começar a identificar onde a empresa pode cortar custos, se necessário, de forma consistente com (1) operações básicas e contínuas, (2) operações mínimas e contínuas necessárias para preservar a capacidade da empresa de funcionar novamente, ou (3) o encerramento das operações, retendo apenas pessoal suficiente para gerenciar um eventual desligamento ou encerramento de atividades. Se a companhia estiver em estágio inicial de dificuldades financeiras, os membros do conselho devem considerar a contratação de advogados e assessores financeiros, com experiência relevante para ajudar a desenvolver uma estratégia coordenada e abrangente. Esses profissionais também podem ajudar os membros do conselho a entender seus deveres fiduciários, inclusive se eles têm deveres fiduciários perante terceiros tais como credores, e se determinadas transações receberão um escrutínio maior. Muitas vezes as empresas esperam até que os recursos estejam prestes a acabar para começar a planejar e consultar profissionais, o que geralmente ocorre tarde demais. O melhor momento para tomar medidas agressivas e lidar com problemas financeiros é quando a empresa ainda tem algumas opções e flexibilidade.

7. Procure assessorias apropriadas. Os membros do conselho podem contratar especialistas e devem consultá-los quando apropriado. Muitos conselhos têm assessoria jurídica participando de todas as reuniões, e o conselho deve entender com antecedência as implicações legais das decisões mais relevantes. Em determinados casos, pode ser apropriado para o conselho contratar assessores diretamente em vez de confiar naqueles retidos pela diretoria. Isso se aplica principalmente quando há potencial para conflitos com a diretoria. Tenha em mente, no entanto, que, embora os membros do conselho possam contar com assessores, eles não podem terceirizar as responsabilidades de tomada de decisão que caberiam ao conselho.

8. Tenha cuidado especial com as atas e materiais de reuniões do conselho. Certifique-se de que atas e materiais refletem a decisão informada e ponderada que foi tomada pelo conselho dadas as questões relevantes, sem detalhes de transcrições literais ou muitos adjetivos e advérbios. Tome cuidado para garantir que os materiais estejam consistentes com as publicações da companhia. Isso é importante nos Estados Unidos porque os potenciais demandantes contra a companhia podem facilmente ter acesso a tais materiais enviando uma solicitação de acordo com a lei de Delaware (220) ou da Califórnia (*Cal. Corp. Code 1601*).

9. Revise seus contratos de indenização e apólices de seguro. Em tempos de dificuldades financeiras, é importante que os conselheiros tenham acordos de indenização com a empresa, mas é ainda mais importante que eles tenham uma cobertura adequada de seguro para conselheiros e diretores (D&O). Como uma empresa não pode indenizar os membros de seu conselho e diretores se a companhia estiver insolvente, o seguro provavelmente será o único recurso que os diretores terão se uma demanda for ajuizada contra eles. Verifique e considere se você tem cobertura suficiente, inclusive os termos e limites das apólices. Considere também o pagamento antecipado para renovações de apólices, especialmente se a sua apólices expira em breve.

10. Tenha cuidado em suas comunicações escritas. À medida que você aumenta as comunicações virtuais, o volume e o escopo das comunicações eletrônicas aumentarão. Isso cria um risco maior relacionado a *cybersecurity* e um risco concreto de litígio. Isso porque e-mails, textos e mensagens instantâneas relacionados ao conselho virão à tona em caso de litígio.

Em suma, os diretores têm um papel fundamental a desempenhar para garantir que as empresas que supervisionam resistirão às incertezas criadas pela pandemia do COVID-19. Isso

também coloca os conselheiros em maior risco. Este alerta fornece orientações sobre como mitigar esse risco.