



## OS FATORES ASG E A PREVENÇÃO AO GREENWASHING – A NECESSIDADE DE REGRAMENTO ESTATAL QUANTO AOS DEVERES E RESPONSABILIDADES DOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS

The ESG factors and the greenwashing prevention – the necessity of state rules on the  
duties and responsibilities of company administrators  
Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 93/2021 | p. 91 - 111 | Jul -  
Set / 2021  
DTR\2021\45176

Paulo Henrique Gomiero

Mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. LLM em Direito Tributário pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. Especialista em Direito Tributário pelo IICS – Instituto Internacional de Ciências Sociais. Advogado. paulo.gomiero@gmail.com

Área do Direito: Comercial/Empresarial; Ambiental

Resumo: Este artigo tem como objetivo contribuir para a ampliação do debate sobre a busca e a implementação dos fatores de sustentabilidade, responsabilidade social e boas práticas de governança corporativa, atribuindo tal busca como deveres e responsabilidades dos administradores das empresas, sejam estas de capital aberto ou não. Para tanto, o estudo contextualizará a consolidação dos fatores ASG como um dos grandes debates na atual realidade de negócios, diferenciando-o de práticas sustentáveis enganosas (o chamado greenwashing). Com esta base, o estudo analisará questões principiológicas do regramento atual dos deveres e responsabilidades dos administradores de empresas e proporá uma releitura da legislação com base no cumprimento da função social da empresa a fim de preencher as lacunas que hoje em dia podem resultar em não responsabilização de administradores pela falta de ações socioambientais.

Palavras-chave: ASG/ESG – Greenwashing – Deveres e Responsabilidades dos Administradores – Sustentabilidade – Responsabilidade Social – Governança Corporativa

Abstract: This article aims to contribute for a broader discussion about pursuing the implementation of the sustainability, social responsibility and best practices of corporate governance factors assigning such pursuit as duties and responsibilities of the business administrators, either publicly traded companies or not. To this end, this study will provide a context about the consolidation of ESG factors as one of the major debates in the current business reality, differentiating it from deceptive sustainable practices (the so called greenwashing). On such basis, the study makes a principled analysis of the current regulation of the duties and responsibilities of business administrators and propose a re-reading of the legislation based on the achievement of the business social function in order to fill gaps that today may result in no accountability of administrators for lack of socio-environmental actions.

Keywords: ESG – Greenwashing – Duties and responsibilities of administrators – Sustainability – Social responsibility – Corporate governance

Para citar este artigo: GOMIERO, Paulo Henrique. Os fatores ASG e a prevenção ao greenwashing – a necessidade de regramento estatal quanto aos deveres e responsabilidades dos administradores de empresas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 93. ano 24. p. 91-111. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2021. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

1

Sumário:

1. Introdução - 2. Contextualização dos fatores ASG - 3. Necessidade de regulação estatal – os deveres e responsabilidades dos administradores de empresas em conexão

com os fatores ASG - 4. Conclusão - 5. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

A preocupação com fatores conexos a responsabilidade social e sustentabilidade como resultado das práticas empresariais tem sido uma exigência constante na dinâmica de mercado. Investidores e consumidores em escala cada vez mais crescente buscam investir/consumir de entidades que tenham um compromisso com a sociedade e meio ambiente, promovendo uma forte mudança cultural e de gestão empresarial.

Levantamentos recentes realizados por consultorias<sup>2</sup> mostram um movimento bilionário de investimentos focados em ativos com maior aderência a práticas socioambientais e que tende a se consolidar e intensificar nos próximos anos. Da mesma maneira, estudos acadêmicos também avançam neste sentido no fórum econômico mundial no início de 2021: muitas foram as pautas correlacionadas a práticas sustentáveis e com vozes ativas de importantes representantes do mercado financeiro<sup>3</sup>, o que reforça a tendência desse novo comportamento na economia.

Além do movimento privado, os próprios planos de governo já discutem políticas voltadas a minimizar impactos climáticos e desigualdades econômicas com bastante afinco, ao menos desde a crise de 2008. Em movimentos mais recentes, merece destaque a discussão proposta realizada por políticos do Partido Democrata dos Estados Unidos da América na Resolução 109 que utilizou o termo "green new deal"<sup>4</sup> em referência ao plano econômico norte-americano idealizado para reerguer o país após a crise de 1929, o chamado de "new deal", porém com o adjetivo green em alusão a propostas "verdes" para a economia, como exemplo, zerar a emissão de gases até 2030, discursos estes que vem pautando as autoridades mundiais acerca do tema.

Considerando este cenário, é pertinente que as empresas, como principais agentes da economia, estejam alinhadas a todos os movimentos deste tema para que adequem, ainda que na ausência de legislação específica sobre o tema, os seus instrumentos de governança corporativa, as suas formas de atuação e realização de seus objetos sociais de tal forma a não estarem excluídas das exigências de mercado. Este é o cenário do que hoje se define no mercado como ASG, uma sigla que reúne os cuidados com as esferas: ambiental, social e de governança corporativa, com adoção de práticas que respeitem a sociedade e meio ambiente sem abandonar a ideia de atividade lucrativa.

Por ser um movimento que enseja a atração de investidores e consumidores, aumentando as operações das empresas e suas fatias de mercado, este não pode ser meramente formal e sem concretude. A prática falaciosa de sustentabilidade também conhecida como greenwashing deve ser combatida sob pena de violação da essência da sustentabilidade, que é a preservação e promoção do contexto socioambiental de maneira perene, com visão de futuro.

Uma das maneiras mais efetivas de promover os fatores ASG e coibir o greenwashing é se pautar na estrutura jurídica dos deveres dos administradores de empresas, de forma a reconhecer a obrigação que estes devem ter na condução dos mais diferentes tipos de negócios em ambiente de mercado. Uma vez que haja um liame jurídico entre questões socioambientais e deveres de administradores, a transformação ocorrerá de maneira natural, sem descartar os avanços e desenvolvimentos que as empresas podem gerar.

Adiante este estudo aprofundará o contexto do ASG, as práticas de greenwashing e como a legislação atual tangencia o tema, além de propor alternativas para uma releitura e aproveitamento da legislação existente para estes fins.

## 2. Contextualização dos fatores ASG

Os últimos anos foram marcados pela relevância de discussões sobre sustentabilidade, meio ambiente e aspectos sociais nas relações de negócios e entre as nações. Os



eventos capitaneados pelas principais entidades não governamentais tais como o Fórum Econômico Mundial, a Organização das Nações Unidas, reuniões do G20, dentre outros, possuem quase que como pauta fixa a discussão sobre o clima, o avanço da economia em equilíbrio com questões sociais e impactos em comunidades.

Todo este contexto tem sido debatido com o uso da sigla “ASG”, que representa o conjunto de práticas empresariais voltadas a um maior cuidado aos fatores ambientais, sociais e de governança (o que formam a sigla) na consecução de seus objetivos sociais. A sigla, que é a tradução do inglês “ESG” (Environment, Social and Governance), hoje tem relevância não apenas nos tópicos dos mencionados fóruns, como também na atmosfera dos investidores que buscam paulatinamente destinar recursos às entidades que buscam a perpetuidade dos negócios, sua tendência de respeito aos direitos humanos, muito mais do que investimentos que buscam o curto prazo<sup>5</sup> e um extrativismo econômico sem visão de longo prazo que pode gerar danos irreversíveis à comunidade.

O movimento ASG não é de fato uma discussão iniciada nesta década como será mostrado adiante neste estudo, sendo certo, contudo, que atualmente há forte tração entre os diferentes atores do mercado (gestores, investidores, empresas e sociedade) já sendo considerado no jargão destes como mainstream (convenção), ou seja, um mandamento implícito e comportamental que direciona a dinâmica do mercado, ainda que sem uma norma jurídica estatal destinada a este fim.

Esta convenção compõe uma característica importante do mercado, qual seja, a autorregulação. Nelson Eizirik, ao comentar sobre a autorregulação do mercado, afirma: “assim, ao invés de haver uma intervenção direta do Estado, sob a forma de regulação nos negócios dos participantes do mercado, estes se autopoliciam no cumprimento dos deveres legais e dos padrões éticos”.<sup>6</sup> É de se notar, neste aspecto, que a implementação dos fatores ASG hoje representa um comando que irradia efeitos não apenas no mercado financeiro e de investimentos, mas também em todos os setores da economia, visto que as empresas acabarão por se adaptar a esta realidade já que buscarão posicionar suas marcas de acordo com o que a tendência determina.

Não aderir a este mainstream do mercado, a semelhança de uma violação da norma jurídica, também ensejará consequências, porém impostas pelo próprio mercado. O desrespeito ou não adesão ao ASG tende a representar para empresas e gestores a redução na atração de recursos, fuga de consumidores e fuga de capital, aumento do custo de recursos, dentre outros, pois esta é a forma que o mercado, por si, regulará o tema. Da mesma forma, aqueles que estão na posição de investidores, certamente experimentarão perda de recursos, visto a potencial desvalorização de seus ativos caso continuem a destinar recursos a entidades que não possuam um plano sustentável.

O tema ASG, portanto, atinge a todos no mercado e tende a se eternizar nesta nova fase do capitalismo. Se os movimentos econômicos não buscarem um equilíbrio e o respeito para com os direitos humanos, da biodiversidade, questões sociais, dentre outras, aumentará exponencialmente os riscos de adversidades climáticas, sanitárias e até mesmo de ordem institucional comprometedoras do sistema.

### 2.1. A consolidação dos fatores socioambientais no ambiente de negócios

A preocupação com os fatores socioambientais no ambiente de negócios de forma a reconhecer a necessidade de ações empresariais concretas que visem a perpetuação do meio ambiente, das condições sociais e, também, das próprias empresas em si, não é uma discussão recente. Já na década de 1980 algumas vozes da academia já começavam a tratar a conexão entre o mundo dos negócios e todos os demais personagens que circundam a realidade das empresas, os chamados stakeholders (partes interessadas). Dentre diversas obras dedicadas ao tema, destaca-se a de Robert Edward Freeman e a sua stakeholder theory<sup>7</sup>, (teoria das partes interessadas) que a partir dos conceitos trazidos pelos pesquisadores da Stanford Research Institution,



preconiza a contraposição à busca indiscriminada de lucros apenas para os acionistas (os shareholders), mas também o bem comum para todas as partes interessadas (os stakeholders)<sup>8</sup>. Esta teoria, trabalhada por diversos outros autores e com diversos enfoques ao longo do tempo é de suma importância para análises econômicas visto que a ótica da maximização do lucro ao acionista perde espaço para uma atuação mais abrangente das atividades empresariais, analisando seu impacto também para a comunidade, governos, dignidade humana, dentre outros. O lucro não deve agredir direitos fundamentais.

Não apenas o movimento teórico mencionado é digno de nota, como também o surgimento, na mesma época, de entidades não governamentais voltadas para a discussão de temas como o meio ambiente e impactos sociais, tanto com o empresariado como também com governos na tentativa de não apenas influenciar comportamentos na economia, mas, também, nas diferentes legislações no mundo. Dentre tais entidades a World Business Academy<sup>9</sup> e suas influências para a criação do Fórum Econômico Mundial até hoje reverberam importantes discussões econômicas voltadas para a sustentabilidade, trabalhando ideias de que as empresas devem ter uma responsabilidade por um todo e não apenas no lucro de seus negócios. Já nos anos 1990 também merece menção a criação da BSR (Business for Social Responsibility)<sup>10</sup> nos Estados Unidos da América, que também já debatiam sobre responsabilidade social na forma de realizar negócios.

Para além das discussões em ambiente acadêmico e com instituições não governamentais, ao final da década de 1990 os primeiros atos regulatórios surgiram quando os órgãos do mercado de capitais norte-americano passaram a contar com índices de sustentabilidade, ou seja, o índice que mede o retorno médio de uma carteira teórica de ações de empresas de capital aberto e listadas em bolsa com as melhores práticas em sustentabilidade.<sup>11</sup> Na realidade brasileira, este índice surgiu somente em 2005 e ainda assim foi a quarta nação a adotar o índice considerando empresas de capital aberto. Os índices sustentáveis passaram a ganhar relevância mundial e a maioria das nações (sobretudo de economias desenvolvidas) passaram a adotar tal métrica e até o ano de 2020 foi possível acompanhar este movimento de consolidação da proposta de valor em ter um índice que mede práticas sustentáveis.

Envolto neste cenário, a pauta social e climática foi se desenvolvendo e se consolidando até os dias atuais. Iniciativas como os Objetivos do Milênio (ODM) da Organização das Nações Unidas – ONU no ano 2000, com apoio de mais de cem nações, pautou objetivos a serem perseguidos para erradicação da fome, educação, igualdade de gênero, redução da mortalidade, combate a doenças, respeito ao meio ambiente e trabalho para o desenvolvimento<sup>12</sup>. Nesta mesma década, em 2004, o relatório Who Care Wins<sup>13</sup> do IFC (International Finance Corporation) vinculado ao Banco Mundial e ONU cunhou a sigla ESG com grande relevância entre atores de cenário econômico. Os ODM deram espaço para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em 2015 também na cúpula da ONU. A pauta ODS pode ser dividida em quatro grandes blocos, quais sejam: social, ambiental, econômica e institucional, consolidando a tendência de trazer para as diferentes economias o compromisso com estes aspectos conexos ao ASG.

Com o cenário da pandemia e crise da Covid-19 há um pedido em regime de urgência para todos os atores da economia global para a gestão das consequências atuais e vindouras. O Fórum Econômico Mundial idealizou em 2020 a iniciativa chamada de The Great Reset (A Grande Redefinição),<sup>14</sup> buscando iniciativas sustentáveis para que todas as partes interessadas (stakeholders) possam definitivamente definir rumos socioambientais não apenas para a contenção da crise, mas também para a prevenção de novas mazelas sanitárias em gerações futuras.

Com esta sucessão de eventos, organizações não governamentais e até mesmo regulação por órgãos do mercado de capitais, as questões socioambientais se consolidaram no ambiente de negócios. Hoje em dia, não apenas o olhar acadêmico e de entidades do ramo, mas os próprios investidores e consumidores direcionam recursos



para as entidades que promovem um ambiente sustentável de negócios, visando a sua perpetuação.<sup>15</sup>

## 2.2. O greenwashing e os desafios para um modelo de negócios baseado no ASG

Da mesma forma que os fatores ASG influenciaram e influenciarão as discussões atuais do mercado ao longo das últimas décadas, ainda que com o uso de nomenclaturas diferentes, é importante reconhecer o verdadeiro desafio dessa pauta: não ser um discurso simbólico.

O greenwashing tem sido a expressão utilizada para expressar a prática de enganar consumidores e/ou mercado sobre as práticas ambientais de uma empresa (greenwashing nas empresas) ou dos benefícios de um produto ou serviço (greenwashing nos produtos)<sup>16</sup>. Esta prática, de fazer com que as pessoas acreditem que a empresa está de fato adotando medidas sustentáveis, mas que em verdade está apenas promovendo sua marca em relações públicas, terá efeitos nefastos.

Este simbolismo deliberado possui ao menos três ângulos de análise, quais sejam: práticas enganosas de governança corporativa, continuidade de danos, ainda que potenciais, ao contexto socioambiental e enfraquecimento da consciência coletiva sobre a importância do assunto. Estas três perspectivas, ainda que em espectros diferentes, convergem para um fundamento único: o descumprimento da função social da empresa.

Falar sobre práticas enganosas de governança corporativa significa dizer que uma empresa que pratica o greenwashing está na contramão do que o mundo espera como melhores práticas empresariais. No Brasil, inexistente uma compilação legislativa sobre práticas de governança corporativa sendo certo que diversas normas esparsas compõem a regulação estatal acerca do tema. De toda forma, em um ambiente autorregulado, aqui entendido como o próprio mercado em interações próprias, edita suas convenções e padrões. Assim, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (o IBGC) publica o código das melhores práticas de governança corporativa,<sup>17</sup> um documento de referência e consulta que representa a compilação dos debates entre os participantes do mercado sobre os principais e melhores instrumentos de governança, disseminando temas como relação transparente com o mercado, responsabilidades e integridade.

Sob este prisma, são considerados como princípios de governança corporativa a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa. Sem adentrar neste momento na conceituação de cada um dos princípios, pois será abordado no capítulo referente à responsabilidade dos administradores, é perceptível a colisão entre governança corporativa e greenwashing, pois não há como relacionar o ASG simbólico para com os instrumentos esperados de uma gestão profissional e séria.

Ao seu turno, é perceptível a correlação da continuidade de danos socioambientais, ainda que potenciais, com a prática simbólica dos fatores ASG. Isto porque anunciar práticas sustentáveis, atualmente, pode atrair um maior número de consumidores e/ou investidores, fazendo com que a empresa tenha que acelerar o desenvolvimento de seu objeto social e atividades produtivas. Ao proceder desta forma, não havendo na realidade dos fatos as efetivas medidas ambientais, sociais e de governança, o resultado lógico é o agravamento da situação uma vez que se há práticas danosas e estas passam a ser realizadas em escala maior.

Usualmente, as empresas que não operam os fatores ASG são conhecidas como brown firms (empresas-marrom), ao passo que as empresas que possuem um desempenho adequado nos cuidados destes fatores são conhecidas como green firms (empresas verdes)<sup>18</sup>. A nomenclatura que normalmente vem sendo utilizada relacionando cores para com as práticas sustentáveis também é utilizada para referenciar investidores e consumidores (investidores verdes e consumidores verdes). Contudo, o que deve ser tratado com bastante clareza é a voluntariedade de ser ou estar em determinada categoria. Um investidor verde pretende investir em uma empresa verde, se o faz,



contudo, em uma empresa marrom sob a cortina do greenwashing, isto representará um desequilíbrio do mercado, além de concretizar os danos a que este investidor pretendia evitar na sociedade. O mesmo racional se aplica a consumidores e demais participantes da comunidade impactada pela atividade empresarial.

Após explorar estes pontos de governança corporativa fraudulenta e continuidade danosa que são intrínsecos ao greenwashing, também é importante pontuar o risco de afetar a consciência coletiva acerca da importância dos fatores ASG. Por mais que o propósito socioambiental e geração/distribuição de lucros estejam intimamente ligados e influenciam investidores e consumidores na busca por empresas verdes, o fato é que o greenwashing, por si, pode trazer um risco de comprometimento da consciência coletiva sobre a sua real importância. Ainda que se defenda que ao praticar o greenwashing o próprio mercado se encarregará da penalização respectiva, seja pelas experimentações de fuga de capitais, de consumidores, menor desempenho financeiro, dentre outros, a consciência coletiva restará afetada se ao adotarem as práticas de investimento e consumo verdes, não vislumbrarem resultados na coletividade, na biodiversidade, no dia a dia empresarial, com empresas maximizando lucros em detrimento dos aspectos socioambientais. O sistema correrá o risco de descrédito na medida em que o greenwashing possa criar o pensamento de que o fracasso já estava determinado não importa o que fosse feito.

Uma digressão importante, embora não seja o objeto central deste estudo, é pontuar que no Brasil, diversas são as discussões sobre o descrédito de políticas públicas e governos, como se a falha ou corrupção já fossem um destino pré-programado destas esferas, quando na verdade o que ocorre é a ausência de idealização e implementação de planos efetivos. São apenas discursos e que hoje trazem consigo o descrédito nas instituições, como exemplo, a forma como muitas das ações afirmativas são conduzidas. Há, no contexto social, um dissenso sobre a sua importância e aplicabilidade, justamente pela falta de mudanças reais na situação das minorias ao longo dos tempos.

Sobre todo o exposto, parece haver uma possibilidade de mudança efetiva com o implemento das iniciativas de cuidado aos fatores ASG que é a via legislativa para trazer aos administradores de empresas a responsabilidade respectiva (o accountability), enaltecendo a busca pelo dividendo verde ao invés da maximização de lucros não sustentáveis. Não se trata aqui de uma defesa a uma nova codificação, mas a reforma contundente sobre o atual modelo de responsabilidade dos administradores, sem descartar o ambiente autorregulado, preservando o dinamismo das relações comerciais.

Este balanceamento entre via legislativa e autorregulação se mostra necessária, pois, se apenas o cenário autorregulado prevalecer, o greenwashing pode ganhar espaço, tendo em vista que as regras do jogo podem ser distintas considerando o tamanho de cada empresa, seus mercados e forma de gerar valores. Obrigar a administração de todas as empresas a perseguir o resultado verde, trará isonomia para todos os atores do mercado e evitará o perverso cenário de um discurso pela sustentabilidade que apenas se traduz em pagamentos de indenizações socioambientais, quando o que se espera é prevenir o problema e não pagar por ele.

Se ao contrário for, o poder econômico de determinadas empresas, que podem pagar vultosas quantias de indenização em gerar maiores problemas de fluxo de caixa e pagamento de dividendo aos seus investidores, colocará o sistema socioambiental em risco uma vez que a violação de tal sistema será compensada pelo dinheiro, sendo que a ideia de sustentabilidade é oposta a isto.

### 3. Necessidade de regulação estatal – os deveres e responsabilidades dos administradores de empresas em conexão com os fatores ASG

A consolidação dos aspectos socioambientais no modelo de negócios possui, como visto, um ponto chave: a governança corporativa. A governança corporativa assume este papel tendo em vista ser o instrumento de garantia de sua realização. Quando se fala de ASG



o foco é o cuidado socioambiental, porém com governanças nas empresas que permitam a perpetuação destas práticas no dia a dia da administração daquelas.

Neste aspecto nasce uma necessidade de intervenção estatal para, dentre outros fatores, legislar e trazer estas práticas para o campo obrigacional e de responsabilidades. Não se trata de uma intervenção estatal direta na economia, mas sim promover contornos para uma forma de se realizar negócios, com garantias de direitos fundamentais de toda uma sociedade. É papel do Estado garantir direitos além de promover um ambiente de negócios equânime, com concorrência justa e sustentável.

É importante dizer que a intervenção estatal que busque a isonomia não deve trazer modelos estanques para todas as organizações, visto que estas possuem diferentes portes e atuam em diferentes segmentos de mercado. A legislação aqui funcionaria no campo principiológico, de forma que cada realidade empresarial, em seu objeto, deve buscar promover as medidas socioambientais adequadas. A título de exemplo, não se pode comparar os impactos ambientais de uma grande empresa mineradora para com o pequeno comércio, mas ambos possuem obrigações em descarte de resíduos de maneira adequada, contratar com fornecedores idôneos, promover os cuidados com seus funcionários e região. A todos é possível estabelecer uma programação de princípios.

A autorregulação dos mercados aqui entendida como a convenção dentre os participantes do cenário econômico, embora possa trazer resultados efetivos de maneira célere, como exemplo, as adversidades já tratadas neste estudo acerca de fuga de capitais, de consumidores, aumento do custo de capital, diminuição de parceiros e fornecedores, não se mostra como uma alternativa acachapante para tudo. Isto porque muitos daqueles que dependem de um bom tratamento dado aos fatores ASG não participam da ciranda financeira.

É o caso, por exemplo, das pessoas que são vítimas de uma desigualdade social tão acentuada que até mesmo a sua segurança alimentar fica comprometida,<sup>19</sup> ou seja, pessoas que não acessam alimentos em quantidade e qualidade adequadas para a própria subsistência. As pessoas carentes deste direito básico obviamente não se enquadram dentre os investidores e consumidores que impactarão as empresas não sustentáveis (as brown companies). Por outro lado, são justamente estas pessoas que mais necessitam dos cuidados sociais e ambientais a serem promovidas nas iniciativas ASG, de forma a retirá-las desta linha de pobreza. Em uma visão mais aprofundada ainda, toda fauna e flora não participam do mercado (salvo como produtos na visão atual), embora sejam diretamente impactados se não atendido o ASG.

Quem protegerá todos estes excluídos da cena econômica será invariavelmente o Estado e, a partir deste acolhimento, maiores serão as diretrizes e responsabilidades daqueles que não são excluídos em um ciclo virtuoso lidando com os fatos, os valores e a consequente norma, como na teoria tridimensional do Direito.

### 3.1. Lacunas legislativas quanto aos deveres e responsabilidades dos administradores de empresas

De maneira geral, o regramento atual é trazido pelas Leis 6.404/76 (a Lei das S.A.) e 10.406/2002 (o Código Civil (LGL\2002\400)) que são as principais normas para o direito societário, visto que uma pode ser supletiva à outra quando da análise do tema de deveres e responsabilidades dos sócios.

Sem ingressar na redação de cada um de seus artigos específicos,<sup>20</sup> visto que este estudo não tem por objetivo uma análise textual do comando normativo, mas sim principiológico, é possível resumir como os deveres dos administradores em geral: o dever de diligência, o dever de lealdade e o dever de informação, muito embora existam deveres outros que gravitam em torno destes ou que sejam subcategorias destes<sup>21</sup>.

O dever de diligência tem por objetivo estabelecer um padrão de conduta ao



administrador, voltado para o zelo e cuidado na condução dos negócios, conhecendo do mesmo e agregando para seus resultados. A medida e alcance deste dever na lei, por si só, representa uma lacuna. Isto porque a legislação procura estabelecer este padrão com base na média entre todos os administradores, ou seja, sem nenhum dado objetivo, estabelecendo como métrica a conduta do homem ativo e probo. Apenas violaria este mandamento se razoavelmente poderia se esperar que outro administrador tivesse agido diferente no caso concreto.

Este conceito, de homem médio, que é demasiadamente aberto, vem sendo interpretado de forma mais objetiva no âmbito dos julgamentos administrativos,<sup>22</sup> exigindo do administrador o conhecimento técnico e caráter profissional da atuação. Impressiona que argumentos como *bonus pater familiae* (bom pai de família) ainda permeie os argumentos de defesas de administradores que respondam por processos de responsabilização atualmente, o que mostra uma defasagem do comando legal estabelecido.

Este enfoque de conhecimento técnico e profissional do administrador, contudo, não se confunde com obrigação de não cometer erros. Majoritariamente há um reconhecimento de que “o desacerto do mérito da decisão negocial não é, por si só, causa de responsabilidade civil do administrador, a qual pressupõe o descumprimento de dever legal ou estatutário”,<sup>23</sup> e que a máxima do *business judgment rule* (a regra do julgamento de negócios) protege o administrador que agiu de boa-fé visando atingir os melhores interesses da companhia,<sup>24</sup> não ensejando responsabilidade deste por um ato regular de gestão (em consonância com a lei) segundo seu julgamento de conveniência e oportunidade.

Reconhecido o dever de diligência, a responsabilidade do administrador que causar danos apenas será atribuída nos casos em que este atue em desacordo com a lei ou com seus poderes estatutários, não sendo passível de responsabilização a decisão equivocada de negócios.

Trazendo estes aspectos do dever de diligência e a respectiva responsabilidade do administrador para a análise de modelos de negócios que se importam com os fatores ASG, evidencia-se que a falta de uma legislação adequada para obrigar a existência de determinadas regras estatutárias (ou contratuais para o caso de sociedades contratuais) e até mesmo legais, pode ensejar a não responsabilização de quem comanda as ações de negócios. Ao menos não pelo dever de diligência.

Por sua vez, o dever de lealdade estabelece ao administrador a obrigação de agir somente nos interesses da empresa, preservando seus aspectos concorrenciais e de interesse dos investidores, vedação ao conflito de interesses e dedicação de tempo e trabalho adequados para estes fins. Com isto, de maneira mais objetiva são previstas na lei condutas proibidas para os administradores que, uma vez violadas, ensejarão o dever de indenizar, tais como praticar atos de liberalidade, se apropriar de recursos da empresa, remunerações excessivas, dentre outras, que possam abalar a retidão esperada do administrador.

Dito isto, importa destacar que a empresa é a destinatária do dever de lealdade do administrador. O administrador deve ser leal e compromissado para com a entidade do qual está gerindo na realização de seu objeto social e não a interesses outros. Por exemplo, o interesse particular dos investidores da empresa, ainda que controladores, pode diferir dos interesses da empresa em si em dado momento, razão pela qual o administrador não deve lealdade àqueles, mas apenas à entidade. Muito embora haja importantes considerações, tanto no Brasil como no exterior, no sentido de ampliar o conceito do dever de lealdade a fim de proteger diferentes grupos,<sup>25</sup> como concorrentes, e grupos sociais de interesse da empresa como empregados, parceiros, credores, assim lastreados nos ditames da função social da empresa, fato é que isto não implica em deveres adicionais àqueles previstos na definição legal e estatutária para eventual responsabilização dos administradores.



No mesmo exercício de análise deste dever e responsabilidade para com os aspectos ASG, novamente é possível perceber a necessidade de uma diretriz normativa concreta. Ainda que se adote uma interpretação aliada à lealdade para com a comunidade<sup>26</sup> não há uma obrigação efetiva de implementar ações socioambientais, o que novamente pode ensejar a não responsabilização dos administradores, já que a lealdade é para com a empresa (ainda que com cuidados voltados para a sociedade em que atua) e não para todo o social e ambiental. Em uma interpretação extrema, seria possível até mesmo estabelecer que os administradores, caso diminuam os resultados das empresas por conta de ações socioambientais, estariam em violação de lealdade para com a empresa, uma discussão que ainda não tivemos nos órgãos de julgamento.

Partindo para o dever de informação, este tem por objetivo conferir a transparência das ações da empresa e dos administradores para todas as partes interessadas. A responsabilidade advinda deste dever é justamente a reparação pela não prestação de contas de seus atos de gestão e informações da própria empresa. Se considerarmos os aspectos ASG, o dever de informação é um grande aliado, pois é por meio deste dever que os administradores informarão aos investidores, consumidores, dentre outros, as ações tomadas e os resultados socioambientais obtidos. O dever de informação está dentre aqueles que, embora possa merecer ajustes em termos de padrões, se coaduna com os fatores ASG e, de forma crescente, já vem fazendo parte de decisões administrativas conexas a este tema, responsabilizando administradores pela ausência (total ou parcial) das informações.<sup>27</sup>

Se por um lado o regramento trazido pela legislação seja lacunoso, por outro lado a proposta de regulação feita pelo próprio mercado traz importantes medidas. O já mencionado o código das melhores práticas de governança corporativa publicado pelo IBGC contempla diversas práticas que balizam a atuação dos administradores embora não tenham força de lei. Os principais pontos deste código são os princípios de governança, pautados em transparência, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

Por transparência, as melhores práticas requerem o acesso às informações a todas as partes interessadas (stakeholders) ainda que a divulgação de determinadas informações não seja exigida por lei. A transparência como princípio também deve observar a equidade, ou seja, um tratamento isonômico entre todos os interessados, de forma a não criar exclusões indevidas. Em continuidade, o princípio da prestação de contas (accountability) visa atrair para os administradores das empresas o dever de prestar contas de sua atuação e assumir a integral responsabilidade por eles. Note que não se trata de mera divulgação sobre os atos de gestão (o que foi feito), mas atrair a responsabilidade (reconhecer o que foi feito de maneira própria). Por fim, o princípio da responsabilidade corporativa que pretende levar aos agentes de governança o dever de zelar pelo objeto social das empresas no tempo prezando pela sua viabilidade.

Ao confrontarmos ambos os regulamentos, estatal e aquele próprio de mercado, é possível identificar inúmeras diferenças, mas principalmente a objetividade com relação à responsabilidade dos administradores. Não basta apenas a diligência e lealdade, o que se espera é algo maior, o accountability pelos atos, a responsabilidade de prezar pela viabilidade do objeto social desembocando na transparência franqueando as informações a todos os interessados. Embora hoje sejam condutas complementares, apenas reforça que o ambiente legislativo precisa ser atualizado, para trazer estes conceitos de maneira equânime a todas as empresas e não somente àquelas que possuem um maior acesso a estruturas de governança sofisticadas. Para além disto, trazer os aspectos socioambientais, como obrigações efetivas, adequadas a cada objeto social e sem que a busca do lucro e dividendo verde seja considerado uma prática contra os interesses da empresa.

### 3.2. Uma possível releitura do regramento atual pela função social da empresa

Diante das lacunas legislativas e o universo de regras que mescla um ambiente regulado



pelo Estado e, também, regulado pelos próprios atores da cena econômica e enquanto não há uma resposta legislativa contundente para inserir, dentre obrigações legais e de necessidade de previsão estatutária ou contratual nas empresas para responsabilidade de administradores, caberá somente uma releitura das regras, um exercício interpretativo de forma a acomodar os cuidados com os fatores ASG.

E o ponto de partida para esta releitura, conforme mencionado em diversas partes deste estudo, é correlacionar os deveres dos administradores de empresa e o exercício da função social das mesmas. De fato, este é um desafio interpretativo, uma vez que não existe uma definição única na doutrina e jurisprudência sobre o que vem a ser a função social da empresa. A função social assume um caráter de cláusula geral<sup>28</sup> de responsabilidade apontando condutas e deveres vedados, abrangendo de certa forma a responsabilidade quanto aos investidores, empregados, consumidores e à comunidade,<sup>29</sup> porém sem critérios estanques e é justamente por isso que uma releitura de sua abrangência é possível.

Em uma visão mais legalista deste conceito, conecta-se a função social da empresa para com a atividade empresarial, visto este ser o conceito de empresa trazido pelo Código Civil (LGL\2002\400). Ao utilizar esta visão, qual seja, a função social focada na atividade, ao gerar empregos, pagar tributos e atuar no desenvolvimento social e sustentável de seu entorno seriam ações suficientes para dizer que uma empresa cumpre com a função social. Não que esta seja uma visão equivocada, visto o arcabouço de normas existentes, mas certamente o debate precisa ser ampliado a fim de abranger no conceito de função social não apenas o que decorre diretamente da sua atividade, mas tudo aquilo que a sua atividade pode proporcionar em benefício da coletividade e meio ambiente para além da sua atividade e/ou entorno.

Considerando que as empresas assumem um protagonismo no momento econômico, da mesma forma que estas buscam investidores e consumidores para além de seu entorno, o fazendo nacionalmente e até mesmo globalmente, o dever destas em buscar a transformação do cenário socioambiental deveria vir na mesma medida, até concluir que para a empresa não basta a realização de uma atividade lucrativa, mas sim a realização de uma atividade lucrativa e de promoção aos aspectos sociais e de meio ambiente.

Esta interpretação traria, ao mesmo tempo, responsabilidades e garantias aos administradores. Se por um lado haveria responsabilidades do administrador por não promover fatores ASG e assim não praticar a função social da empresa, por outro lado, haverá uma proteção, visto que, agindo desta forma, não há que se falar em má gestão prejudicial a investidores, ainda que a entrega de lucros seja menor. Com isto, para além de uma regra como a business judgment rule (a regra do julgamento de negócios) que protege o administrador pelas decisões tomadas em razão do seu entendimento de negócios, também teríamos uma regra de condução sustentável dos negócios (sustainable business rule).

Os aspectos ASG já encontram este caminho quando, já notamos, por parte de algumas empresas a vinculação da remuneração de seus administradores com o cumprimento dos ditames socioambientais e visão de longo prazo na condução dos negócios<sup>30</sup>. É novamente a manifestação da autorregulação de mercado impondo regras para atrelar comportamentos sustentáveis na realidade corporativa, ou em outras palavras, a própria empresa reconhecendo que a sustentabilidade é produto de sua função social, deve ser perseguida, afetando até mesmo a compensação de seu alto escalão se assim não o for. Uma legislação que pudesse manter isto de forma isonômica promoveria um ambiente ainda mais eficaz, atingindo um número muito maior de empresas de diferentes portes e segmentos econômicos.

Essa transformação cultural do espectro do conceito de função social pode funcionar como uma tentativa de aproveitar o modelo atual e expandir seu curso para promoção das empresas verdes. Tanto operadores do direito, quanto empresários devem unir os preceitos socioambientais como parte da função social e modelo de realização de

negócios, gerando impactos reais e benefícios incontáveis de longo prazo. Nos dizeres de Alfredo Lamy Filho, “o preço desta transformação será menor se empresários e Estado se anteciparem na compreensão do fenômeno”,<sup>31</sup> e com atuação legislativa e interpretação condizente, pensar em um mundo mais sustentável e que garanta direitos fundamentais para as próximas gerações, não será uma impossibilidade.

#### 4. Conclusão

O movimento ASG e os novos padrões de investimento e consumo são uma realidade nas relações de mercado e a tendência, ao que tudo indica, é que se intensifique nos próximos anos em uma transformação tanto cultural quanto normativa. O racional por trás de todas as ações e debates socioambientais é a promoção de uma sociedade mais justa, de melhora de índices de qualidade de vida, além de um meio ambiente equilibrado e pronto para receber as gerações futuras, respeitando todos os seus direitos. Este tom de responsabilidade para com as próximas gerações não é meramente filosófico, pois as questões climáticas e sanitárias já deram sinais de que a humanidade pode tender a zero se medidas não forem tomadas em escala global.

Como qualquer outro movimento cultural, é importante que a sociedade possa vivenciar os resultados práticos obtidos de sua implementação, mantendo viva a iniciativa e evitando o descrédito. Por isso, o combate a práticas sustentáveis enganosas ou meramente formais devem ser coibidas, assim como outras práticas já rechaçadas pelo mercado como negócios que violem a integridade, dentre outros.

Para tornar real o discurso e trazer para o campo obrigacional dos administradores de empresas a existência de instrumentos de governança corporativa adequados e pragmáticos em cada realidade de negócio e que considere questões socioambientais é fator chave. Uma vez que isso esteja dentre deveres e responsabilidades, a prática empresarial se transformará e as consequências serão sentidas de maneira automática, até mesmo para que se evitem penalidades. Na estruturação de comportamentos por norma jurídica, o efeito sancionatório tem importante papel, pois, ao evitar sofrer uma sanção, transformará o mundo em sua volta.

O papel do Estado então é imprescindível para prover a devida regularização, sem intervir diretamente na realidade dos negócios, mas endereçando a forma de agir das empresas que são as principais figuras de transformação e desenvolvimento das sociedades. O modelo atual merece ajustes e precisa ser revisto de maneira a eliminar conceitos ultrapassados e tornar-se mais robusto para as necessidades atuais, além de alinhar-se de maneira mais positiva com as quase normas editadas pela autorregulação dos agentes do mercado. Enquanto a norma estatal não existe, ainda é possível atingir os resultados sustentáveis tendo por base que tais medidas são expressão da função social da empresa e isto deve guiar os operadores do Direito como um todo.

A função social da empresa deve significar, dentre outras acepções, o cuidado socioambiental, com respeito à fauna, flora e à própria existência humana. O lucro não deve estar acima de direitos fundamentais, sob pena de colocar a própria existência do lucro em xeque. Se o sistema não se reinventar de forma a se sustentar, ele tenderá a zero.

#### 5. Referências bibliográficas

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimentos e tendências. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARGANDOÑA, A. The Stakeholder Theory and the Common Good. *Journal of Business Ethics* 17, 1093-1102 (1998). Disponível em: [<https://doi.org/10.1023/A:1006075517423>]. Acesso em: 09.05.2021.

BADÍA, Guillermo; CORTEZ, Maria C.; FERRUZ, Luis. Corporate Social Responsibility & Environmental Management. 2020, vol. 27, nov., Issue 6, p. 2751-2764.

CHOI, Pak-Sing; ARREDONDO, Ana Espínola; GARCÍA, Feliz Muñoz. Mergers between green and Brown firms: output shifts, merging incentives, and welfare effects. School of Economic Sciences, Washington State University. 2019. Disponível em: [<https://s3.wp.wsu.edu/uploads/sites/1734/2018/10/2018.10.10-2.pdf>]. Acesso em: 09.05.2021.

COELHO, Fábio Ulhoa; FRAZÃO, Ana; MENEZES, Mauricio Moreira; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; CAMPINHO, Sérgio (Org.). Lei das Sociedades Anônimas Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios do Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social de propriedade dos bens de produção. In: Tratado de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Função Social da Empresa como Princípio Constitucional. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org.). Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2015.

DELMAS, Magali A.; BURBANO, Vanessa Cuerel. The Drivers of Greenwashing. Disponível em: [[www0.gsb.columbia.edu/mygsb/faculty/research/pubfiles/14016/cmr5401\\_04\\_printversion\\_delmasturbano.pdf](http://www0.gsb.columbia.edu/mygsb/faculty/research/pubfiles/14016/cmr5401_04_printversion_delmasturbano.pdf)]. Acesso em: 09.05.2021.

EIZIRIK, Nelson Laks. Auto-Regulação: Perspectivas após o “Caso Cepalpa”. Revista Brasileira de Mercado de Capitais, n.13, jan.- abr., 1979.

EIZIRIK, Nelson. A Lei das S.A. comentada. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II.

FACCHINI NETO, Eugênio. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A Funcionalização do Direito: A Empresa e sua Função Social. In: STEINDORFER, Fabriccio. MIZUTA, Alessandra (Coord.). Limitações constitucionais ao exercício da atividade econômica. Curitiba: Juruá, 2016.

FREEMAN, R. Edward. Strategic Management: A Stakeholder Approach. Cambridge University Press. 1982, Republicação de 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Governança Corporativa e Integridade Empresarial, Dilemas e Desafios. São Paulo: Saint Paul Editora: 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Sustentabilidade e Governança – Estratégia para a perenidade das organizações. Disponível em: [[www.ibgc.org.br](http://www.ibgc.org.br)]. Acesso em: 16.10.2020.

JAN, Olivier. The Board and ESG. Delloite Global. Fevereiro, 2019. Disponível em: [<https://corpgov.law.harvard.edu/2019/02/25/the-board-and-esg/>]. Acesso em: 09.05.2021.

LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. Revista de Direito Administrativo. 1992.

MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro. Responsabilidade Social e Governança – O debate e as implicações. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um Sistema em Construção: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Rio Grande do Sul, v. 15.

MAZZUCATO, Mariana. O valor de tudo: Produção e apropriação na economia global. Trad. Camilo Adorno e Odorido Leal. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2020.

PHILLIPS, Robert. Stakeholder Theory and Organizational Ethics. Oakland: Berrett Koehler Publishers, 2003.

SALMON, Walter J.; CALDWELL, Philip; POUND, John. Experiências de Governança Corporativa – Harvard Business Review. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2001. Trad. On Corporate Governance.

---

1 .A sigla “ASG” deriva das palavras: Ambiental, Social e Governança Corporativa.

2 .BADÍA, Guillermo; CORTEZ, Maria C.; FERRUZ, Luis. Corporate Social Responsibility & Environmental Management. 2020, vol. 27, nov., Issue 6, p. 2751-2764.

3 .Embracing the new age of materiality. Harnessing the pace of changing in ESG. Disponível em:  
[[www3.weforum.org/docs/WEF\\_Embracing\\_the\\_New\\_Age\\_of\\_Materiality\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Embracing_the_New_Age_of_Materiality_2020.pdf)].  
Acesso em: 09.05.2021.

4 .Resolução 109 da Câmara dos Representantes. Disponível em:  
[[www.congress.gov/116/bills/hres/109/BILLS-116hres109ih.pdf](http://www.congress.gov/116/bills/hres/109/BILLS-116hres109ih.pdf)]. Acesso em:  
09.05.2021.

5 .MAZZUCATO, Mariana. O valor de tudo: Produção e apropriação na economia global. Trad. Camilo Adorno, Odorido Leal. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2020. p. 214.

6 .EIZIRIK, Nelson Laks. Auto-Regulação: Perspectivas após o “Caso Cepalma”. Revista Brasileira de Mercado de Capitais, n.13, jan.-abr., 1979. p. 08.

7 .FREEMAN, R. Edward. Strategic Management: A Stakeholder Approach. Cambridge University Press. 1982, Republicação de 2010.

8 .ARGANDOÑA, A. The Stakeholder Theory and the Common Good. Journal of Business Ethics 17, 1093-1102 (1998). Disponível em: [<https://doi.org/10.1023/A:1006075517423>]. Acesso em: 09.05.2021.

9 .História da entidade disponível em: [<https://worldbusiness.org/>]. Acesso em:  
09.05.2021.

10 .História da entidade disponível em: [<https://www.bsr.org/>]. Acesso em: 09.05.2021.

11 .Disponível em: [[www.b3.com.br/data/files/79/23/A9/C3/013257102C784E47AC094EA8/Apresentacao%20ISE%20B3.pdf](http://www.b3.com.br/data/files/79/23/A9/C3/013257102C784E47AC094EA8/Apresentacao%20ISE%20B3.pdf)]. Acesso em: 09.05.2021.

12 .Os objetivos de desenvolvimento do milênio. Disponível em:  
[[www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio](http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio)]. Acesso em:  
09.05.2021.



p. 416.

25 .COELHO, Fábio Ulhoa; FRAZÃO, Ana; MENEZES, Mauricio Moreira; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; CAMPINHO, Sérgio (org.). Lei das Sociedades Anônimas Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 923.

26 .O parágrafo único do artigo 116 da Lei 6.404/76 (LGL\1976\12) prevê o dever de lealdade para com a comunidade.

27 .Vide Processo Administrativo CVM SEI 19957.002632/2017-93 em que se discutiu, inclusive na proposta de termo de compromisso a violação, por parte do administrador, em veicular fato relevante conexo com questões ambientais. Disponível em: [http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso/es/anexos/2017/20171219/0879.pdf]. Acesso em: 09.05.2021.

28 .De acordo com Judith Martins-Costa as cláusulas gerais “ao invés de traçar punctualmente a hipótese e suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiro ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas” – MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um Sistema em Construção: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Rio Grande do Sul, v. 15, 1998. p. 133.

29 .COELHO, Fábio Ulhoa; FRAZÃO, Ana; MENEZES, Mauricio Moreira; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; CAMPINHO, Sérgio (org.). Lei das Sociedades Anônimas Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 567.

30 .JAN, Olivier. The Board and ESG. Delloite Global. Fevereiro, 2019. Disponível em: [https:// corp.gov.law.harvard.edu/2019/02/25/the-board-and-esg/]. Acesso em: 09.05.2021.

31 .LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização. Revista de Direito Administrativo, p. 54, 1992.