XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito, governança e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Querino Tavares Neto; Márcia Haydée Porto de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-566-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Governança. 3. Novas tecnologias. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

Apresentação

O Grupo envolveu pesquisadores de diferentes partes do país sobre uma temática rica e complexa, cujos temas mostraram-se ao final interligados.

Primeiramente a mestranda Gilmara de Jesus Azevedo Martins e a Professora Márcia Haydée Porto de Carvalho apresentaram dois artigos: 1) Liberdade de Expressão e Discurso Digital na Era Digital, no qual apresentaram o resultado de pesquisa sobre projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, envolvendo a temática; e 2) A Proteção da Privacidade frente à Liberdade de Expressão na Sociedade Tecnológica, trazendo a preocupação com a tutela da privacidade, através da fixação de limites à liberdade de expressão.

Em seguida, a mestranda Quitéria Maria de Souza Rocha tratou do Acesso à Justiça e as Inovações Tecnológicas Pós-Pandemia como Corolário da Efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, quando expressou ser essa uma questão bastante problemática dado o aumento geométrico das demandas sem que o sistema judicial esteja preparado para resolvê-la.

Depois, a mestranda Priscila Machado Martins abordou o assunto Decisões guiadas no Capitalismo de Vigilante, afirmando que há uma interferência digital na privacidade, mitigado pela autodeterminação da pessoa humana.

Logo passou-se a palavra para a mestranda Isabela Moreira Nascimento Domingues que apresentou seu artigo intitulado El Uso de las Tics para La Participación Ciudadana y el Control de la Corrupción en la Administración Pública Brasileña, falando sobre a importância das tecnologias de informação para se prevenir e combater a corrupção nos órgãos públicos.

A Professora Maria Cristina Zainagui e o mestrando Diego Vinícios Soares Bonetti expuseram a seguir o artigo Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade na Sociedade de Informação, quando também defenderam a necessidade de imposição de restrições à liberdade de expressão, desta feita para assegurar direitos de personalidade na sociedade tecnológica atual, marcada pela ampliação crescente da informação.

O mestrando Paulo Eduardo Alves da Silva apresentou dois artigos: 1) Limites e Possibilidades das Ferramentas de Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário e 2) Proteção de Dados no Brasil e na Califórnia. Ao tratar do primeiro, asseverou que é premente o uso pelo judiciário não apenas de programas de separação de ações e recursos, mas de outras ferramentas e programas de softwear para agilizar e tornar mais efetivas suas decisões. No segundo momento, fez uma exposição comparativa do direito à proteção de dados na legislação do Estado norte-americano da Califórnia e do Brasil.

Com a palavra dada as mestrandas Fernanda Nunes Coelho Lana e Souza e Ana Maria Lima Maciel Marque Gontijo, estas ao tratarem sobre o tema Dilema do Conflito de Interesse no Âmbito da Governança Corporativa, esclareceram que há sim objetivos contrapostos no âmbito da governança das empresas e que precisam ser atacados para o bem dos envolvidos.

Os mestrandos Emerson Wendt e Renata Almeida da Costa abordaram o Medo e a Internet: Risco e Insegurança pela falta de Privacidade. Para os autores, vive-se uma constante falta de segurança pelo fato de a cada momento sermos obrigados a disponibilizar dados pessoais para navegadores e outras empresas na internet.

O mestrando Daniel Cezar discorreu acerca do seu artigo O uso da Tecnologia para o Cometimento de Crimes, assinalando que o aumento das sanções penais não é uma medida para enfrentar esse tipo de criminalidade, mas a exigência de medidas preventivas por parte dos particulares e empresas privadas.

Logo adiante, falaram os mestrandos Roberta Catarina Giácomo e Daniel Barile da Silveira sobre Os Deveres Jurídicos do Empresário, abordando a gestão de riscos no âmbito da responsabilidade penal pelo produto e o complience como mecanismo de proteção do consumidor, o qual, para os autores se encontra em situação de vulnerabilidade.

Finalmente, a mestranda Carla Liguori abordou Tecnologia e Direito Fundamental à Proteção de Dados, enfrentando a regulação desse direito previsto na Constituição por lei infraconstitucional já alterada inclusive por medida provisória.

Na realidade, o GT, teve discussões que se processaram numa emergência e urgência de superação dos velhos paradigmas centrados nas formas herméticas do conhecimento por perspectivas mais dialogais e multidisciplinares, sobretudo, pela insuficiência dos instrumentos das novas tecnologias que ultrapassam a fronteira da subestimação do conhecimento, mas, sobretudo, uma inclusão parceira das novas governanças e novas tecnologias no campo do direito como instrumento emancipatório.

O DILEMA DO CONFLITO DE INTERESSES NO ÂMBITO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

THE DILEMMA OF CONFLICT OF INTEREST IN THE SCOPE OF CORPORATE GOVERNANCE

Fernanda Nunes Coelho Lana E Souza
Ana Maria Lima Maciel Marques Gontijo

Resumo

Muito embora os mecanismos de governança corporativa não sejam recentes remontam do séc. XVI, várias iniciativas e avanços vem sendo realizados ao longo dos anos em se tratando da temática conflito de interesses, não só no ordenamento jurídico brasileiro, bem como em sistemas jurídicos em diversas partes do mundo, mas ainda de caráter embrionário, sendo ainda necessária a adoção de medidas mitigadoras/remediadoras para o seu combate. As boas práticas de governança corporativa indicam que a adoção de mecanismos de controle preventivo como uma forma profilática para a prevenção, detecção e remediação do conflito de interesses, tem sido adotadas de forma exitosa frente a legislação vigente. Contudo, em virtude de recente posicionamento da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") em julgamento no processo administrativo sancionador envolvendo o conflito de interesse, em que adotou-se a Teoria Substancialista ou Teoria Substancial face a Teoria Formalista ou Teoria Formal, contrariou os avanços até então obtidos e as boas práticas de governança corporativa e Compliance.

Palavras-chave: Governança corporativa, Conflito de interesses, Teoria material, Teoria formal, Compliance

Abstract/Resumen/Résumé

Although corporate governance mechanisms are not recent, they date back to the 19th century. XVI, several initiatives and advances have been carried out over the years when dealing with the conflict of interest theme, not only in the Brazilian legal system, as well as in legal systems in different parts of the world, but still of an embryonic nature, being still necessary to adoption of mitigating/remedial measures to combat it. Good corporate governance practices indicate that the adoption of preventive control mechanisms as a prophylactic form for the prevention, detection and remediation of conflict of interests, has been successfully adopted in the face of current legislation. However, due to the recent position of the Securities and Exchange Commission ("CVM") in judgment in the sanctioning administrative process involving the conflict of interest, in which the Substantial Theory or Substantial Theory was adopted against the Formalist Theory or Formal Theory, it contradicted the advances made so far and good corporate governance and compliance practices.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corporate governance, Conflict of interest, Material theory, Formal theory, Compliance

1 – INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se pesquisar os conflitos de interesses nas sociedades empresárias brasileiras de natureza privada, no âmbito da governança corporativa, no relacionamento com todos os atores da governança, e suas partes relacionadas, buscando contribuir para sua prevenção, detecção e mitigação no âmbito destas sociedades.

A justificativa para o presente trabalho pode ser referendada não somente pelo eterno debate e combate ao conflito de interesses o âmbito da governança corporativa, que sem dúvida é merecedora de discussão, não obstante as boas práticas de governança corporativa que tem caráter profilático ou preventivo com o propósito de prevenir, detectar, mitigar e remediar situações *non compliant*, dentre elas, o conflito de interesses; mas em virtude da mudança de posicionamento da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") em recente julgamento envolvendo o conflito de interesse, contrariando os avanços obtidos com relação a matéria e as boas práticas de governança corporativa e *Compliance*.

Em assim sendo, tem-se aqui por objetivo na confirmação ou não da hipótese se a mudança recente de entendimento e posicionamento da CVM, no processo administrativo sancionador n. 19957.003175/2020-50 proferido pelo E. Relator Otto Eduardo Fonseca de Albuquerque Lobo, atual diretor da CVM, em 16 de agosto de 2022 (marco teórico do presente trabalho), que deixou de aplicar a Teoria Formalista ou Teoria Formal e passou a adotar a Teoria Substancialista ou Teoria Substancial, está ou não em consonância com a evolução das boas práticas de governança corporativa.

Serão analisadas as teorias apresentadas por teóricos, as legislações nacionais e internacionais vigentes aplicáveis e os mecanismos e boas práticas de governança corporativa que tem evoluído desde o século XVI, com vistas a prevenção, detecção e o combate do conflito de interesses.

O levantamento bibliográfico inicial foi realizado por meio de pesquisa pautada em palavras-chave como governança corporativa, conflito de interesses, abuso do direito de voto, e, após a identificação das principais obras, iniciou-se a revisão bibliográfica pelas obras e julgados mais recentes e por aquelas que já haviam sido mencionadas por outros autores em referências cruzadas ou reiteradas, indicando indícios de relevância do material para o estudo do tema.

Após este levantamento bibliográfico básico será utilizado os métodos histórico, hipotético-dedutivo e empírico que permitirão estabelecer premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema escolhido, para compreender a evolução dos mecanismos de governança corporativa desde o século XVI, dado que a análise histórica desta última facilitará a sua

compreensão.

Os procedimentos técnicos que serão utilizados contemplarão a leitura de livros, bancos de teses, artigos, os bancos de teses e dissertações nacionais e estrangeiras, documentos e relatórios nacionais e internacionais, revistas jurídicas, livros físicos e e-books (inclusive internacionais), legislação nacional e internacional e a jurisprudência.

Torna-se aqui importante explicar que a revisão bibliográfica ora descrita não tem o condão comparatista, mas sim de levantamento de experiência de outros ordenamentos, tendo como propósito, tão somente encontrar e apresentar subsídios positivos ao tema proposto.

A metodologia utilizada no trabalho deverá centrar-se nos principais aspectos estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar, uma vez que o tema abordado envolve aspectos voltados para a governança corporativa, elementos societários envolvendo as sociedades empresárias, direito internacional, jurisprudências e legislações e orientações (nacionais e estrangeiras) sobre o tema que permitirão analisar a evolução dos conflitos de interesses no âmbito da governança corporativa e as ferramentas de controle hoje existentes para o seu combate.

2) CONSIDERAÇÕES SOBRE CONFLITO DE INTERESSES

De acordo com a ISO 37.001/2017, o conflito de interesses é "situação onde os negócios, finanças, famílias, interesses políticos ou pessoais podem interferir no julgamento de pessoas no exercício das suas obrigações para a organização."[1]

Já o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa ("IBGC")[2] definiu como conflito de interesses "*...quando alguém não é independente em relação à matéria em discussão e pode influenciar ou tomar decisões motivadas por interesses distintos daqueles da organização*."

A Fundação Dom Cabral ("FDC") conceituou o conflito de interesses no item 12 da sua Carta de Convivência, da seguinte forma: "*Entende-se que há conflito quando interesses pessoais das partes relacionadas interferem no seu desempenho ou entram em conflito com os interesses da FDC. Um conflito de interesses pode ser real, potencial e aparente, a saber: Real: uma situação em que existe, de fato, um conflito de interesses com ciência dos envolvidos. Potencial: uma situação que pode evoluir e se tornar um conflito real de interesses real. Aparente: uma situação em que uma pessoa poderia concluir que uma das partes não agiu com*

[1] ABNT NBR ISO 37.001:2017: Sistema de Gestão Antissuborno. Rio de Janeiro, 2017. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS

[2] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Governança Corporativa. São Paulo, Caderno, 5ª ed. 2015.

integridade."

O conflito de interesses pode assim ser entendido como uma situação em que um colaborador/profissional de uma determinada empresa, independente do seu cargo ou função, tem interesses diversos e até contrários aos interesses da organização em uma decisão que devesse ser por ele tomada, ou da qual devesse participar ou ainda que poderia até influenciar.

Tem-se por conflito de interesses como uma situação em que uma das partes pode auferir uma vantagem a que não tem direito e que resulte, ou possa resultar, prejuízos para a empresa ou para os outros acionistas.

Neste contexto, o conflito de interesses acontece quando os interesses da empresa são superados em face de outros interesses alheios àquela organização, ou de acordo com Dominique Schmidt[3], quando o dirigente ou acionista da companhia exerce seus direitos e poderes em confronto com os interesses comuns, seja para atender interesse pessoal alheio a sociedade, seja para conferir vantagem ou prejuízo aos demais acionistas.

Vale aqui destacar primeiramente que o termo "conflito de interesses" era entendido como uma situação em que um colaborador de uma empresa, independentemente do seu cargo, tinha interesses contrários aos da organização em uma decisão que deveria ser tomada por ele, ou que ele deveria participar ou ainda que ele poderia influenciar. Havendo assim uma clara contradição dos interesses entre o colaborador, administrador e até acionista com os interesses da empresa.

No entanto, com o passar dos anos, entendeu-se que poderia ocorrer também o conflito de interesses quando a decisão que fosse tomada por um colaborador poderia beneficiá-lo, mas poderia beneficiar também a organização. Contudo, a decisão tomada seria de cunho pessoal e não profissional. Mas, se a decisão tomada pelo colaborador tivesse cunho profissional e beneficiar tanto a organização quanto quem proferiu a decisão, não há o que falar em conflito de interesses.

BAILLY. Joël Moret[4] em seu artigo "Definição de Conflito de Interesses", tradução livre de "*Définir les Conflits Dintérêts*", fez uma análise do conflito de interesses no ambiente público, no direito privado, na função julgadora do magistrado e na atuação do advogado, e conceituou o conflito de interesses de forma bem ampla, sem vinculação a qualquer área ou segmento:

> ... "são situações em que uma pessoa responsável em uma empresa possui um interesse pessoal diferente da organização e deixa de agir, ou suspeita-se que não irá agir com

[3] SCHIMIDT, Dominique. Les Conflits d´intérêsts dans la sociétê anonyme.Paris, Joly, 2004.
[4] Palestrante em Direito Privado - Universidade de Lyon CE.R.CRI.D – UMR CNRS 51 e Universidade Jean Monnet de Saint Etienne.

> lealdade ou imparcialidade para com esse interesse, mas agirá com o objetivo de beneficiar-se desta ação ou omissão para o seu próprio interesse ou interesse alheio, em detrimento a organização."

É essencial aqui ressaltar que a caracterização do conflito de interesses se dá quando o benefício ocorre em relação aos interesses extraprofissionais, ou seja, aqueles interesses vão para além dos interesses profissionais daquele indivíduo. Ou ainda, quando o agente, autor ou participa de uma decisão, tem um interesse pessoal e extraprofissional que pode levá-lo a não decidir de acordo com o melhor interesse da empresa.

Logo, houve um alargamento do conceito de conflito de interesses, sendo que atualmente, o conflito de interesses é formado pelo agente, aquele que pode tomar a decisão ou não, participar ou ser capaz de influenciar a decisão tomada. Somado ao interesse pessoal extraprofissional, a decisão tomada poderá ser tanto de ordem patrimonial quanto extrapatrimonial, podendo beneficiar o agente ou outra pessoa por ele desejada. Acrescido do nexo causal formado entre o agente ou a sua participação ou influência na tomada de decisão e o efeito do ato praticado.

Ressalte-se, contudo, que o efeito deste ato praticado poderá ser: i) prejuízo, perda ou benefício menor que o possível para a organização, do outro lado, ganho ou benefício extraprofissional para o agente;(ii) ganho ou benefício para a empresa, e para o agente ganho ou benefício extraprofissional;(iii) ganho ou benefício para a organização, com perda, prejuízo ou benefício menor que possível para o interesse extrapatrimonial do agente.

Caso inexista, todavia, nexo causal entre a ação do agente e o efeito da decisão tomada, ou do ato praticado, não há o que falar em conflito de interesses.

Vale também destacar a diferença existente entre conflito de interesses potencial e conflito de interesses real. O conflito de interesses potencial ocorre quando o agente possui poderes formais ou não, para tomar uma decisão em nome da empresa e tem também um interesse extraprofissional, podendo ser beneficiado ou prejudicado com esta decisão tomada. No entanto, não toma e não participa da tomada de decisão para que consolide o conflito de interesses; mas, pode futuramente participar desta tomada de decisão. Já o conflito real, acontece quando o agente efetivamente profere ou proferiu a decisão, participa ou participou da decisão, influência ou influenciou a decisão tomada.

De acordo com o referido voto, entendeu-se por conflito de interesses "...quando o interesse particular do acionista for colidente, antagônico, contrário e exercido em detrimento ao interesse social e não apenas diferente ao da companhia". Foram também citados características e outros conceitos de conflito de interesses:

> "...o conflito de interesse apresenta as seguintes características: (i) a existência de uma

> situação oposta ou antagônica, objetiva e real entre os interesses do sócios e da sociedade; (ii) a existência de um nexo de causalidade entre o interesse extra-social ou privado do sócio em prejuízo do interesse social; (iii) o interesse extra-social ou particular do acionista ser próprio ou de terceiro; (iv) a natureza patrimonial do interesse do sócio em conflito; e (v) a irrelevância da intenção do sócio de causar dano à empresa e mesmo de seu conhecimento da existência de um conflito pessoal com a companhia. (BATALLER, Carmen Alborch El derecho de voto del accionista (supuestos especiales). Madrid Editorial Tecnos. 1977. pp. 262/264). José Luiz Bulhões Pedreira, um dos coautores do anteprojeto da LSA, pontua que "interesse conflitante significa interesse oposto, contrário, incompatível ou colidente. Não é apenas interesse diferente ou distinto, que pode ser, inclusive, coincidente com o da companhia, ou complementar a este: é valido o voto proferido pelo acionista no interesse da companhia, ainda que na deliberação tenha outro interesse próprio, distinto do da companhia, desde que não seja com este conflitante" (Parecer elaborado no âmbito do Inquérito Administrativo CVM RJ nº 2002/1153. V. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, 2002, v. 128, p. 231)".

Na sequência, mencionou-se as Teorias Formalista e Materialista de conflito de interesses, e a oscilação do entendimento da CVM nos últimos 20 anos, o que significa dizer que, ora prevalecia a Teoria Formalista, e ora prevalecia a Teoria Materialista e ainda ora prevalecia a aplicação de ambas as teorias.

De acordo com a Teoria Materialista, resumidamente, não é possível presumir um vício de vontade do acionista, face ao argumento da necessidade de verificação do voto, se proferido em contrariedade ao interesse social ou não, sendo assim é necessário o seu controle *a posteriori*[5], ou seja, realizado após proferimento do voto.

No que diz respeito a Teoria Formalista também em apertada síntese, o acionista em situação de conflito de interesses está impedido, em controle prévio, de votar em virtude de um interesse extrassocial que macularia a sua vontade e, por conseguinte, o seu voto[6].Trata-se assim, da adoção de controle preventivo, ou seja, de caráter profilático, presumindo-se uma avaliação ou controle do conflito de interesses de forma prévia ao proferimento do voto, com vistas a evitar a tomada de decisão em conflito de interesses.

No referido processo administrativo sancionador, aplicou-se a Teoria Materialista de conflito de interesses, tomando-se por base uma análise histórica e sistemática da Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976 ("Lei das Sociedades por Ações").

Neste caso, não serão aplicadas medidas de controle *a priori* (para prevenção e detecção do conflito de interesses), pois presume-se que a decisão tomada atende os interesses sociais, eliminando, desta forma, o controle prévio que poderia, desde já, estancar eventual

[5] Compartilham desta Teoria Luiz Leonardo Cantidiano, Luiz Antônio Sampaio Campos, Wladimir Castelo Brando Castro, Eli Loria e Gustavo Gonzalez.

[6] Compartilham desta Teoria os Diretores Alexsandro Broedel Lopes, Norma Parente, Otávio Yazbek, Marcos Barbosa Pinto, Luciana Dias, Pablo Renteria, Roberto Tadeu Antunes Fernandes, Gustavo Borba, Henrique Machado bem como Presidentes Maria Helena Santana, Leonardo Gomes Pereira e Marcelo Barbosa

efeito da tomada de decisão em conflito de interesses dentre outras consequências danosas para outros acionistas e para a própria sociedade.

Com respeito ao art. 115 da Lei das Sociedades por Ações, o Parecer n. 34 da Comissão de Valores Mobiliários[7] concluiu, não obstante as questões envolvendo o impedimento do direito de voto, que poderá haver conflito de interesses também nas questões abrandendo benefício particular em operações de incorporação de ações em que sejam atribuídos diferentes valores para ações de emissão da(s) companhia(s) envolvida(s) na operação, conforme sua espécie, classe e titularidade.

O parágrafo 4º deste mesmo artigo estabeleceu a possibilidade de anular deliberação tomada em face de voto de acionista que tenha interesse conflitante com a companhia. E no parágrafo 1º do Art. 117 deste mesmo normativo, fixou a responsabilidade do acionista controlador pelos danos causados pela prática de atos com abuso de poder.

A consequência da materialização do conflito de interesses é a violação do dever de lealdade presentes também na legislação brasileira nos art. 155 da Lei das Sociedades por Ações, que estabeleceu alguns dos deveres e vedações ao administrador, como o dever de não se usurpar das oportunidades surgidas no âmbito da organização, incluindo o dever de sigilo e o dever de informar[8].

COMPARATO. Fábio Uchoa; organizador da obra Lei das Sociedades Anônimas Comentada, no capítulo em que trata sobre Abuso de Direito de Voto e conflito de interesses, de autoria de CHAMPINHO; Sérgio[9] defende que a Lei das Sociedades por Ações estabeleceu, ainda que de forma genérica, o dever de verificar o próprio mérito da decisão da Assembleia Geral, e de aferir se há interesses contrapostos aos interesses da empresa ou não, sendo possível detectar o real conflito de interesses existente, no próprio voto proferido pelo acionista potencialmente conflitado. Pois, nesta ocasião poderá ser verificado nos termos do voto proferido se houve ou não desvio de finalidade ou sobreposição dos interesses da sociedade, não obstante a possibilidade de manifestação prévia do acionista conflitado, mediante a sua autodeclaração, ficando assim proibido de proferir o seu voto e caso venha a proferi-lo poderá ser considerado nulo, caracterizando assim um conflito de interesses de natureza formal. Há também algumas situações em que o voto proferido pelo acionista conflitado será nulo como

[7] COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Parecer n. 34, 18, agosto 2006. Relator Otto Eduardo Fonseca de Albuquerque Lobo. (https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/) Acessado em 22/08/2022
[8] Art.157 parágrafos 1. Item (e) e 4º. da Lei das Sociedades por Ações.
[9] COELHO, Fábio Ulhoa; FRAZÃO, Ana; MENEZES, Maurício Moreira; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sérgio. Lei das Sociedades Anônimas Comentada. 1a Edição. Editora Forense, 2021. (https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640683/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0]!/4/2/2%4051:2) Acessado em 26/08/2022

nas hipóteses relativas ao laudo de avaliação de bens, em que o acionista concorre para a formação do capital social, na aprovação das contas do acionista como administrador judicial, dentre outras.

Cabe aqui evidenciar que a Lei das Sociedades por Ações coibiu os administradores, sejam eles conselheiros ou diretores agirem em conflito de interesses de acordo com o Art. 156.

Outra situação que pode gerar conflito de interesses, diz respeito a possibilidade de determinada sociedade ser acionista de outra e se fazer presente também no âmbito do conselho de administração, por meio de representantes. Pois, poderão existir situações em que tais representantes nomeados por estas sociedades ao agirem no âmbito do conselho de administração da sociedade coligada ou controlada, poderão ter interesses conflitantes com os interesses da própria acionista controladora ou até mesmo contra os interesses da própria coligada ou controlada.

Por sua vez, a Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil, no seu art. 1010 parágrafo 3º, quando tratou das sociedades simples, impôs ao sócio a obrigação de indenizar, caso tenha havido alguma deliberação em interesses contrários aos da sociedade, e que tenha sido aprovado em decorrência do seu voto. Neste caso, o sócio cujas decisões envolvam qualquer interesse pessoal e contrastante com o social, deverá ser afastado da tomada de decisão por estar conflitado, sujeitando-se a indenizar a sociedade por perdas e danos.

Da mesma forma, o parágrafo único do art. 1.017, ainda do Código Civil, dispôs sobre a possibilidade de aplicação de sanções para o administrador não sócio, que age em conflito de interesses para seu próprio benefício ou em benefício de terceiros, com interesses contrários ao da própria sociedade. Neste caso, foi expressamente vedado a este administrador o exercício de quaisquer operações em seu nome por conta da pessoa jurídica, sob pena de ressarcir a sociedade. Em resumo, não podem os sócios, acionistas administradores e seus liderados, incorrerem em conflitos de interesses em relação a sociedade.

Destaca-se aqui que, a Lei n. 31/2014 de 03 de dezembro de 2014[10], que alterou a Lei das Sociedades de Capital na Espanha (“Lei Espanhola”), estabeleceu em relação ao direito do voto dos acionistas em Assembleia Geral, um tratamento jurídico específico para os conflitos de interesses, fixando cláusula específica que proíbe o direito de voto nos casos mais graves de conflito de interesses, na apuração da presunção de violação do interesse social, e nos casos específicos de resolução societária que tenha sido implementada face a um voto decisivo de um

[10] ESPANHA. Lei 31, de 03 de dezembro de 2014. Lei das Sociedades de Capital. (https://www.boe.es/eli/es/l/2014/12/03/31) acessado em 14/03/2022.

acionista conflitado.

No que diz respeito ao conselho de administração, a referida Lei Espanhola atribuiu ao conselho de forma mais precisa, deveres de diligência, lealdade e o cumprimento de procedimentos que devem ser seguidos em caso de conflito de interesses.

No seu art.190, tratou especificamente do conflito de interesses, ocasião em que vedou ao sócio o exercício do direito de voto em conflito de interesses em determinadas deliberações, tais como: (i) na autorização para transferência de ações ou participações sujeitas a constrição judicial; (ii) na prestação de qualquer tipo de assistência financeira e garantias em favor de determinado sócio; (iii) na isenção de uma obrigação ou na concessão de um direito a um determinado sócio; (iv) na exclusão do próprio sócio da sociedade; e (v) na isenção das obrigações dos deveres de lealdade.

O art. 229 determinou o dever do administrador de evitar situações de conflitos de interesses nos termos da alínea a) do art. 228, devendo-se, para tanto, este administrador: (i) se abster de: realizar operações com a sociedade, exceto operações normais para os clientes e de pouca importância; (ii) utilizar o nome da empresa ou invocar a sua qualidade de administradora para influenciar indevidamente o desempenho das operações privadas; (iii) fazer uso dos ativos corporativos, para fins privados; (iv) aproveitar das oportunidades de negócios da empresa; (v) obter vantagens ou remuneração de terceiros que não a sociedade, exceto em caso de cortesia; (vi) exercer atividades por conta própria ou alheia que envolvam concorrência efetiva, atual ou potencial com a sociedade, ou que por qualquer outra forma coloque em conflito permanente com a sociedade. E ao final, estabeleceu que situações de conflitos de interesse deverão ser informadas em relatório específico.

Conforme pode se ver, a citada Lei da Espanha avançou em termos de governança corporativa fixando mais alguns pontos em que poderá ocorrer conflito de interesses em uma sociedade de capital, além do abuso de direito de voto estabelecido pela Lei das Sociedades por Ações brasileira já aqui comentado; estabelecendo a obrigatoriedade do relato de ocorrências de conflitos de interesses em relatório específico. Ressalte-se aqui que estas situações envolvendo conflito de interesses, também foram objeto de discussão na França[11].

Em síntese, não obstante a Lei das Sociedades por Ações ter aplicado em parte do Art. 115 a Teoria Formalista, ou seja, impedindo o proferimento do voto *a priori*, em conflito de interesses, não abarcou e/ou coibiu outras tantas as situações em que o conflito de interesses

[11] SCHIMIDT. Dominique, Les Conflits d´intérêsts dans la sociétê anonyme. Paris. Joly, 2004.

pode surgir. Como, por exemplo o conflito de interesses entre as partes interessadas[12] aqui também chamada de relacionadas ou *Stakeholders* em operações entre as sociedades, nas fusões, aquisições; no recebimento de vantagens indevidas por parte do acionista controlador, dentre outras.

É forçoso, portanto, concluir que apesar da existência de dispositivos legais tanto na Lei das Sociedades por Ações, quanto no Código Civil de 2022 que coíbem algumas práticas de conflitos de interesses em algumas situações, não estão contempladas todas as hipóteses de conflitos de interesses que poderão ocorrer no âmbito da governança corporativa. Muito embora em outras partes do mundo, como na Espanha, avanços significativos foram normatizados em termos de governança corporativa com o objetivo de coibir o conflito de interesses.

Para tanto, será necessário não só a conscientização dos sócios/acionistas, da alta liderança, dos executivos, dos colaboradores, dos *Stakeholders* para prevenir e evitar a ocorrência de conflitos de interesses; bem como a adoção das boas práticas de governança corporativa e iniciativas de autorregulamentação para implementar controles e mecanismos eficazes capazes de prevenir, detectar e tratar a ocorrência dos conflitos de interesses.

Os princípios e modelos de governança e até finanças corporativas desenvolveram com o passar do tempo juntamente com a evolução do capitalismo e do mercado de capitais com o propósito de diminuir a relação conflituosa entre os acionistas e gestores gerados no âmbito da governança corporativa.

Segundo alguns doutrinadores, a governança corporativa teve início nas companhias de navegação de capital aberto do século XVI, que tiveram o propósito de conferir maior transparência aos investidores e parceiros de negócios e disseminar esta transparência para os outros tipos de organização.

Com o surgimento destas companhias, foi identificada a ocorrência da primeira fraude, pois a frota de embarcações destas companhias pertencia a diferentes sócios, contudo nas primeiras viagens realizadas, algumas destas embarcações foram consideradas "naufragadas". As informações, no entanto, não foram claras e nem transparentes com relação as causas e os locais onde ocorreram estes naufrágios, sendo acionado assim o seguro, sem a certeza e convicção por parte de vários dos sócios destas companhias acerca destes sinistros. Tal fato acarretou o descontentamento e a desconfiança dos sócios minoritários, sobretudo, em razão da ausência de transparência de informações, criando-se assim a necessidade de se dar maior

[12] SOUZA, Fernanda Nunes Coelho e, *Compliance*: conceito, abrangência e características. Revista Dom Total. 2019. (https://domtotal.com/noticia/1341478/2019/03/compliance-conceito-abrangencia-e-caracteristicas/) (Acessado em 23/08/2022)

clareza às operações realizadas por estas companhias para evitar a fraude.

O termo “governança corporativa” é relativamente novo no mundo empresarial, pois surgiu em meados dos anos 80, muito embora seus conceitos, princípios e propósitos já vinham sendo aplicados desde o início do século XX. Sua origem ocidental é fruto do capitalismo, e apareceu como uma solução para os problemas decorrentes da evolução capitalista, sobretudo em relação aos fatos históricos ocorridos entres os séculos XVI e XX. Dentre os mais relevantes e diretamente ligado aos aspectos econômicos, destaca-se além do surgimento das companhias de navegação acima citado, a guinada da doutrina liberal, que buscou fugir do intervencionismo estatal que até então era predominante.

Ressalte-se neste contexto, a obra de Adam Smith em 1776, *The Weath of Nations*, que sustentou a importância de cada pessoa ser livre para atingir seu objetivo econômico, e ao atingi-lo, passa a contribuir para o desenvolvimento da sociedade. Logo, a livre iniciativa deve ser incentivada pelo Estado, devendo constituir um dos princípios essenciais da ordem econômica[13]. Registre-se que naquela época, anteriormente à Revolução Industrial, as empresas em sua grande maioria eram pequenas e fechadas, e a propriedade encontrava-se nas mãos de famílias ou indivíduos. Empresa grandes, com propriedades dispersas, eram a exceção, como a Companhia das Índias Orientais.

Mas foi com a Revolução Industrial ocorrida entre os Séc. XVIII e XIX, e com o surgimento de novas tecnologias e das escalas de produção em série, foi demonstrada a importância do capital como importante fator de produção, fomentando a criação de grandes corporações e reafirmando a sua contribuição para a sociedade. As grandes corporações da época realizavam suas atividades com capital próprio, e passaram a abrir o seu capital para outros acionistas e investidores, percorrendo um processo de dispersão de capital e de mudança de controle; acarretando assim um desmembramento entre a propriedade e o controle, instaurando-se assim o Conflito de Agência.

Já em 1932, Berle e Means, levantaram esta temática na sua obra *The Modern Corporation and Private Property*, atentaram que na maioria das vezes, "a propriedade é tão amplamente dispersa que o controle operacional pode ser mantido apenas com uma participação minoritária”, seus fundamentos basearam na estrutura das empresas existentes naquela época,

[13] SMITH, Adam. Riqueza das Nações apud GONZALEZ, Roberto S. 2012. (Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788599519424/pageid/57Minha Biblioteca) - Faculdades Milton Campos. (acessado em 30/08/2022)

trazendo a discussão do conflito de interesses para os seus executivos e proprietários, tornando-se assim conhecida como Teoria da Agência[14].

Esta Teoria traz a baia a premissa de que as pessoas que estão dentro das corporações não necessariamente agem visando o melhor para os investidores e acionistas ou até para as próprias organizações. Ademais, por traz de grande parte das grandes empresas, existem herdeiros e que na maioria das vezes, não possuem interesse e aptidão para as funções gerenciais e para o desenvolvimento dos negócios. Este fato resultou na dissociação da propriedade, que era detida pelos fundadores da sociedade, com a gestão desta organização.

Com este afastamento dos fundadores, muitas vezes face a inaptidão dos herdeiros para o exercício da função de gestor, ocorreu uma busca junto ao mercado, de especialistas que pudessem dar continuidade aos seus negócios com apetite empresarial e talento, para prover os investidores e acionistas do retorno financeiro por eles almejado. Portanto, o surgimento do conflito de interesses foi decorrente do descolamento do controle da propriedade e da sua gestão nas empresas modernas:

> "*...A separação entre propriedade e controle produz uma condição em que os interesses do proprietário e do administrador final podem, e muitas vezes o fazem, divergir, e onde muitas das restrições que anteriormente operavam para limitar o uso do poder desaparecem...* (Berle e Means, 1932, p 6)"[15]

Foi assim demonstrado que poderia haver uma perda de controle em razão da dispersão da propriedade da empresa devido a pulverização da propriedade da empresa e a escassez de riqueza. Diante deste cenário, surgiu a possibilidade de haver um enriquecimento dos administradores para agir em nome próprio e não em nome ou de acordo com os proprietários ou acionistas. Este fato acarretou uma dissociação ou um divórcio da gestão da sociedade com a sua propriedade.

Dentro desta nova perspectiva, os acionistas se tornaram neste cenário outorgantes, ao passar a função de gestão para especialistas contratados, então denominados "outorgados", que passaram a dominar os negócios com maestria. Esta relação entre acionistas e outorgados foi denominada como "relação de agência".

No entanto, os outorgados, dentro deste novo contexto empresarial, também passaram a possuir interesses próprios e procuraram a todo custo maximizá-los, e por outro lado, os outorgantes passaram a priorizar decisões que maximizariam a sua riqueza, instaurando-se

[14] OKIMURA, Rodrigo Takashi. Estrutura de propriedade, Governança Corporativa, Valor e desempenho das empresas no Brasil. Universidade de São Paulo. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, 2003.
[15] Tradução livre de: "*The separation of ownership from control produces a condition where the interests of owner and of ultimate manager may, and often do, diverge, and where many of the checks which formerly operated to limit the use of power disappear."* (Berle e Means, 1932, p 6)"

então, entre outorgantes e outorgados, conflito de interesses opostos, configurando-se, o que é chamado até os dias de hoje como teoria de agência ou conflito de agência ou aqui também chamado de conflito de interesse.

Contudo, a formalização deste conflito de agência foi apresentada de forma mais abrangente nos axiomas de Klein (a existência do contrato completo) e Jensen-Mecking (a inexistência do agente perfeito), que definiram uma relação de agência como um contrato onde uma ou mais pessoas emprega(m) ("agente") e uma outra pessoa ("agente contratado") trabalha para realizar algum serviço em seu favor, envolvendo a delegação de função e autoridade para o exercício desta atividade, abrindo assim espaço para a existência de incongruências entre o comportamento principal desejado pelo proprietário e o efetivamente apresentado pelo agente contratado. O controle deste problema de agência passou a gerar custos para as empresas, e a solução apresentada seria a estruturação de contratos perfeitos entre o agente outorgante e o agente outorgado. No entanto, segundo Klein, estes contratos não existem, uma vez que não foi possível a partir da década de 80, abranger todas as ocorrências possíveis e previsíveis e as respostas às mudanças no ambiente de negócios, razão pela qual os conflitos de interesses estarão presentes sempre e em todos os níveis hierárquicos das empresas, além de estarem presentes também nas relações com as partes relacionadas (fornecedores, clientes, credores e empregados). Sendo assim necessário para a minimização destes conflitos, a separação ou segregação de funções nestas organizações.

Para Jensen-Mecking, foi demonstrada a ausência de alinhamento entre os interesses dos gestores e dos acionistas em decorrência dos interesses próprios deste gestor, que se sobrepõe aos interesses de terceiros, mesmo em razão das condições hierárquicas para a tomada de decisões. A própria condição do ser humano conduz o homem para atitudes voltadas muito mais para as suas próprias preferências, para seus próprios objetivos, do que para os objetivos ou interesses alheios.

Neste cenário surge a "governança corporativa" ou naquela época, "mecanismos de governança corporativa", como instrumentos capazes de diminuir os conflitos de interesses relacionados à gestão do capital e à descentralização dos controles; bem como na adoção de mecanismos que forçassem os administradores (não acionistas) a proteger os interesses dos acionistas.

Nos Estados Unidos da América ("EUA") entre agosto de 1914 e abril de 1917, as exportações cresceram fruto do acúmulo da maior parte do dinheiro vindo do comércio com os aliados. Assim, enquanto a guerra resultava em enormes prejuízos para os países da Europa, os EUA prosperavam, pois estavam em uma situação melhor para suprir as demandas por

armamentos e por alimentos. Neste mesmo período, as exportações do país cresceram duas vezes mais, acumulando a maior parte do dinheiro vindo do comércio com os aliados. Este crescimento aliado as novas oportunidades de negócios, tornaram os EUA a primeira potência mundial, onde os investidores na busca de ganhos rápidos, passaram a investir recursos em ações de empresas norte-americanas.

No entanto, esta prosperidade estava fragilizada em razão da desregulamentação do crédito e com indicativos de que a economia estava em declínio, somado ao aumento de investimentos sem a correspondência com o aumento de produção, ocasionando fictícia expansão de crédito, e por conseguinte, uma crise econômica conhecida como o *Crash* de 1929 ou Crise de 1929.

Esta Crise acabou com a supremacia dos EUA face aos países da Europa, que a esta altura vinham acumulando enormes prejuízos em razão da 1ª Guerra Mundial. Para combatê-la, o governo norte-americano implementou a política do "*New Deal*" (Novo Acordo), procurando reestabelecer toda a economia americana. Em 1933, o Congresso Norte Americano aprovou a Lei *Glass Steagall*[16] que se baseou em duas medidas fundamentais: a de estabelecer uma rígida regulação prudencial, que proibia a constituição dos bancos universais (que exercia atividades de investimentos e atividades comerciais); e a formação de uma rede de segurança, que assegurasse os depósitos efetuados nas instituições bancárias e que impedisse ameaças à estabilidade do sistema financeiro.

Na época, a atividade bancária era considerada imprópria, pois havia um envolvimento excessivo do banco comercial com o banco de investimentos no mercado de ações, tendo sido esta também uma das principais causas do *Crash* financeiro; pois acreditava-se que os bancos comerciais assumiam muito risco com o dinheiro dos depositantes.

A partir daí, novos conceitos, princípios, análise de processos e novas abordagens surgiram no âmbito das organizações, que contribuíram sobremaneira para a evolução não só do capitalismo, mas também para o desenvolvimento do mundo corporativo e dos mecanismos de governança corporativa na esfera das empresas e instituições.

Durante todo este processo, as forças de gestão se modificaram em razão de um mercado que se tornou cada vez mais exigente, os proprietários das empresas passaram a contar com executivos mais especializados para substituí-los, alterando assim a estrutura de poder nestas empresas. Em decorrência dessa substituição, o objetivo principal das empresas que era maximização do lucro, deu lugar a um novo propósito, ao de satisfazer os interesses próprios

[16] https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/glass-steagall-act/) Acessado em 04/08/2022

dos gestores destas organizações.

Diante desta nova realidade corporativa restaram evidenciadas as tendências e consequências da dispersão da propriedade e separação do controle da propriedade com a gestão, juntamente com a nova era industrial e tecnológica que já despontava.

Ressalte-se aqui que diferentemente dos EUA onde há uma massa de pulverização do capital nas empresas e instituições, na Europa o mesmo não acontece.

No entanto, no final da década de 70, temas como corrupção, liderança e responsabilidades corporativas passaram a ser largamente debatidos em todo mundo. A empresa considerada boa passou a ser não somente aquela que aufere lucros e rentabilidade para os investidores, mas também aquela em propicia um ambiente satisfatório sob o ponto de vista ético e moral propiciando o desenvolvimento e aprimoramento de conhecimentos dos colaboradores, boas oportunidades de carreiras e de negócios para também para os clientes, fornecedores, trazendo ainda receitas para os Estados.

Em 2006, Tirole afirmou que a questão principal que envolve o conflito de interesses é a responsabilidade institucional em termos de governança corporativa. Em sua obra *The Theory of Corporate Finance* sugeriu 02 (duas) medidas para eliminar o conflito de agência, que são: (i) os incentivos aos executivos e; (ii) o monitoramento.

Contudo, estes mecanismos de governança corporativa implementados com o passar dos anos, não se mostraram eficientes, principalmente quando se tratava de organizações em que papeis e funções se acumulavam em um único órgão da governança ou em uma única pessoa, e até mesmo em instituições que possuíam um conselho de administração.

Grande polêmica, por exemplo, ainda decorre com relação a cumulação de cargos do presidente do conselho de administração com o presidente executivo da organização. Pois esta cumulação de cargos fortalece o papel do presidente do conselho de administração, criando um controle decisório maior. As boas práticas de governança corporativa, no entanto, trataram de manifestar-se contrariamente a esta prática, uma vez que há um latente conflito de interesses na tomada de decisão, uma vez que o conselho de administração, embora seja um órgão eminentemente deliberativo, tem o papel de representar os interesses dos acionistas, que por sua vez, requerem a maximização de lucros. Ao passo que a diretoria executiva, representada por seu presidente, deverá executar as deliberações tomadas no âmbito do conselho de administração para cumprir o objeto social da empresa, observando-se as melhores práticas de governança corporativa ainda os anseios da sociedade.

A criação dos órgãos de administração na Lei das Sociedades por Ações com as competências expressamente definidas por lei, como o conselho de administração e a diretoria

dentre outros órgãos de governança, como conselho fiscal e a auditoria; tiveram o papel de buscar resolver alguns dos conflitos de interesses existentes no âmbito da governança corporativa.

3) CONSIDERAÇÕES SOBRE GOVERNANÇA CORPORATIVA

A governança corporativa é, portanto, "o sistema pelo qual cada Organização é dirigida e promove o relacionamento entre seus atores: sócios, conselho de administração, diretoria executiva, Órgãos de fiscalização e controle e demais Interessadas; e que tem como princípios ou pilares: (i) a Equidade trata do tratamento justo e igual de todos os sócios a todas as partes relacionadas, tomando-se por base seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas; (ii) a transparência é oferta das informações a todas as partes relacionadas, sobretudo aquelas que impactam os negócios e envolvem resultados, oportunidades e riscos; (iii) a prestação de contas responsável que diz respeito ao dever de todos os agentes da governança administradores, sócios, conselho fiscal, conselho de administração, auditoria, dentre outros de prestar as contas de modo claro, assertivo, inequívoco, observando-se as melhores práticas de contabilidade, assumindo todas as consequências seja por ação ou omissão, exercendo seus papeis com responsabilidade e diligência; e o (iv) *Compliance*.

Pode ser entendida também como um *"...*conjunto de valores, princípios, propósitos, papéis, regras e processos que rege o sistema de poder e os mecanismos de gestão das empresas, que abrange: os propósitos dos acionistas empreendedores; o sistema de relações entre os acionistas; o conselho; a direção e os demais públicos estratégicos; a maximização da riqueza dos acionistas; minimizando oportunismos conflitantes com esse fim; estrutura consultiva, deliberativa e de comando; processo de formulação e execução da estratégia; sistema de gestão, controle e de aferição de resultados; sistema de informações relevantes aos públicos estratégicos; os padrões de atendimento aos direitos dos públicos estratégicos; sistemas guardiões de ativos tangíveis e intangíveis."[17](Grifamos)

Em sentido amplo, "é o conjunto de práticas, princípios e ações capazes de favorecer um clima de transparência das atividades da organização, minimizando a assimetria de informações, contribuindo, deste modo, para a mitigação do conflito de agência"[18]. Sugere-se neste conceito que o modelo de governança corporativa adotado pelas empresas, dependa, na

[17] RIBEIRO, Henrique César Melo. Corporate Governance versus corporate governance: na internacional review: uma análise comparativa da produção acadêmica do tema governança corporativa. Revista Contemporânea de Contabilidade. Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.
[18] Mesmo autor da referência 17.

sua grande maioria do ambiente institucional no qual aquela organização está inserida.

Também de acordo com ISO 37.000:2021[19] que trata de Diretrizes e Orientações de governança nas organizações, definiu a governança corporativa nas empresas como "Sistema pelo qual uma organização é dirigida, supervisionada e responsabilizada para alcançar o seu objetivo definido. Em sua essência, isso inclui: a) definir e comprometer-se com o propósito organizacional e os valores organizacionais; c) direcionar e engajar a estratégia de geração de valor; d) zelar para que a organização funcione e se comporte de acordo com as expectativas estabelecidas pelo órgão de administração;..."

Estas diretrizes fixaram ainda que o corpo diretivo da empresa deverá ter a competência necessária para cumprir o seu papel sendo formado por pessoas que tenham: competência; diversidade e inclusão; independência de pensamento e ação; capacidade, probidade e compromisso. Devendo, contudo, atuar sempre coletivamente.

Portanto, é de responsabilidade da governança corporativa o estabelecimento das bases para o cumprimento do propósito da organização de forma ética e responsável, observando-se as expectativas das partes relacionadas, cujo resultado deverá desencadear no desempenho efetivo, na administração responsável e no comportamento ético.

A corporação deverá aplicar estes princípios de governança corporativa e implementar práticas e condutas éticas e íntegras, examinando-se sempre o propósito e valores organizacionais, o ambiente legal e regulatório, natural, econômico, as expectativas das partes interessadas, as características da organização (tipo organizacional, estrutura, tamanho, interdependências, complexidade e cultura) para se ter uma boa governança.

Há uma boa governança corporativa, ainda segundo a ISO 37.000:2021 quando a tomada de decisão no âmbito da empresa está pautada no *ethos*, na cultura, nas normas, práticas comportamentos estruturas e processos da organização, propiciando a perenidade da empresa e o atendimento às expectativas dos *Stakeholders*, dando, por conseguinte maior confiabilidade nas decisões da organização.

Registre-se, outrossim, que o conflito de interesses poderá incorrer também nas mais diversas situações no seio da empresa, como, por exemplo, no relacionamento entre os colaboradores e gestores, diretoria executiva e conselho de administração (se houver); a deliberação por um administrador de determinada matéria no exercício da sua atividade profissional que está relacionado a um membro de sua família, como a contratação, promoção, recebimento de aumentos, vantagens etc., dentre outras.

[19] FDIS 37.000:2021 (E). Governance of organizations, Guidance. Final Draft. 2021.

Outra questão emblemática, fora da Assembleia de Acionistas, Conselho de Administração e até da Diretoria, diz respeito ao conflito de interesses decorrente da contratação de um fornecedor, ou seja, no relacionamento com parte relacionada (membro da família, relacionamento afetivo, laços de amizade etc.), cujo critério da escolha, venha a recair sobre o agente da organização conflitado, ou a indicação para a contratação parta de ente do poder público ou de outra empresa que venha a ter algum relacionamento com esta sociedade.

É também possível ocorrer a materialização de conflito de interesses entre a organização e um de seus clientes, que de alguma forma, premia o agente daquela organização em razão de uma decisão que lhe seja favorável, como através da oferta ou pagamento de cursos, presentes, pagamento de despesas promocionais dentre outros.

Com relação ao voto proferido no âmbito da CVM, a adoção pura e simples da Teoria Materialista na tomada de decisão ainda que dentro da Assembleia de Acionistas visando os interesses sociais poderá ocultar e mascarar a tomada de decisão, face a ausência de um controle prévio. Em outros contextos da governança corporativa o mesmo poderá ocorrer com a justificativa do atingimento dos fins sociais, caminhando no sentido oposto não só quanto ao alargamento do conceito de conflito de interesses bem como ao próprio art. 115 da Lei das Sociedades por Ações já aqui comentado.

Com intuito de tentar resolver algumas destas questões não amparadas por lei no âmbito das sociedades brasileiras, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa ("IBGC") estabeleceu e consolidou diretrizes e recomendações de melhores práticas em governança corporativa para prevenir os conflitos de interesses, sugerindo, por exemplo, a contratação de conselheiros independentes para representar o acionista no conselho de administração da coligada ou controlada, evitando-se assim as situações que envolvam conflitos de interesses mencionadas acima. Bem como, a elaboração de um Regimento Interno, com a finalidade de dirimir e normatizar as responsabilidades, as atribuições e as regras claras para o bom funcionamento do conselho de administração, bem como o estabelecimento de comitês de assessoramento ao conselho de administração, dentre outras diretrizes. [20]

Vale sempre ressaltar que os interesses sociais da sociedade juntamente com a ética e a integridade deverão pautar todas as decisões tomadas no seio da organização, não só apenas pelos seus acionistas, bem como por todos os demais agentes da governança corporativa; observando-se os dispositivos legais e na sua ausência, as regras de boas práticas de governança corporativa e *Compliance*, através da adoção de mecanismos autorregulamentadores capazes

[20] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. São Paulo, Caderno, 5ª ed. 2018.

de garantir a ética e integridade na tomada de decisões, tais como a adoção de controles para a detecção, prevenção e remediação dos conflitos de interesses.

4) CONCLUSÃO

Conforme foi até aqui demonstrado, pode-se dizer que a origem e a evolução da governança corporativa coincidem com o nascimento do conflito de interesses. No entanto, com a própria evolução e desenvolvimento da governança corporativa e da regulamentação das formas de constituição dos mais diversos tipos de sociedade, especificamente, no ordenamento jurídico brasileiro; o conflito de interesses se mostrou também presente nas mais diversas relações, envolvendo outros agentes da governança corporativa, tais como: a diretoria executiva, partes interessadas, conselho de administração, colaboradores, dentre outros.

Neste sentido, o tema conflito de interesses encontra-se presente na administração das sociedades, não obstante as ferramentas existentes para mitigar as decisões tomadas em conflito de interesses, tanto na Lei das Sociedades por Ações quanto no Código Civil de 2002, que não foram suficientes para o seu combate.

A adoção da Teoria Formalista, não obstante as críticas proferidas no referido voto, vai de encontro com alargamento do conceito de conflito de interesses aqui externalizados no item A) e com a evolução das boas práticas de governança corporativa que indicam um caminho diverso do adotado na CVM na recente decisão comentada.

Acrescente-se também neste contexto que a adoção de boas práticas de governança corporativa aliadas ao *Compliance* apresentam ferramentas de controle que auxiliam na prevenção, detecção e remediação do conflito de interesses no âmbito da governança corporativa.

Na Espanha, a Lei n. 31/2014 de 03 de dezembro de 2014[21], que alterou a Lei das Sociedades de Capital teve como objetivo melhorar a governança corporativa das sociedades espanholas, dada a importância que a governança corporativa adquiriu nos últimos anos nas empresas e instituições privadas, transpondo a sua função original que era apenas para resolver os conflitos de agência. Dessa maneira, buscou-se resolver também conflitos de interesses no âmbito do conselho de administração, nas questões relacionadas à remuneração e na profissionalização de administradores e executivos; reforçando ainda mais a importância da governança corporativa como uma boa prática empresarial, como um elemento essencial para a geração de valor da empresa, melhoria da eficácia econômica da organização e o reforço da

[21] ESPANHA. Lei 31, de 03 de dezembro de 2014. Lei das Sociedades de Capital. (https://www.boe.es/eli/es/l/2014/12/03/31) acessado em 14/03/2022.

confiança dos investidores.

Noutro giro, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE") já em 1999 em um trabalho pioneiro desenvolvido um ano após a sua criação, condensou em um documento os Princípios da Governança Corporativa, tradução nossa de, "*Principles of Corporate Governança*", que foram revistos posteriormente remodelados e sintetizados em 2004, ressaltando a necessidade de se criar regras claras para a separação entre a propriedade e a gestão causadora do conflito de agência, de forma a reduzir os seus custos. Mais adiante, no triênio 2008-2010, foram novamente remodelados de forma a aperfeiçoar a estrutura jurídica e regulatória de cada país.

Conclui-se, por derradeiro, que normas e dispositivos nacionais e internacionais, adoção de boas práticas de governança corporativa e mecanismos de integridade, configuram-se ferramentas de caráter profilático, que não obstante ao ordenamento jurídico de cada país, possibilitam o estabelecimento de um controle a priori na tomada de decisão, evitando-se assim uma decisão conflitada. A adoção da Teoria Materialista nas relações entre os acionistas, pode indicar um retrocesso na prevenção, detecção e remediação do conflito de interesses no âmbito da governança corporativa.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa; FRAZÃO, Ana; MENEZES, Maurício Moreira; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sérgio. Lei das Sociedades Anônimas Comentada. 1a Edição. Editora Forense, 2021. (https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640683/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0]!/4/2/2%4051:2) Acessado em 26/08/2022

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: Parte Geral. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FDIS 37.000:2021 (E). Governance of organizations, Guidance. Final Draft. 2021.

GONZALEZ, Roberto S. Governança Corporativa. 1ª ed. Editora Trevisan, 2012. (Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788599519424/pageid/57Minha Biblioteca) - Faculdades Milton Campos. (acessado em 30/08/2022)

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Governança Corporativa. São Paulo, Caderno, 5ª ed., 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. São Paulo, Caderno, 5ª ed., 2018.

INSTITUTO ETHOS. *Compliance* e Esg - Diretrizes Essenciais. 2021. (https://www.ethos.org.br/) Acessado em 10/08/2022.

MALTA, Vitor Santiago. Dos deveres e responsabilidades dos administradores na sociedade anônima. Análise dos arts. 153 a 159 da Lei 6.404/1976. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2. n.6, 2016.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais. 2021. (https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais) acessado em 13/08/2022)

MOREIRA, Joaquim Manhães. Aspectos éticos e legais do conflito de interesses na empresa, 2006. (https://www.migalhas.com.br/depeso/23617/aspectos-eticos-e-legais-do-conflito-de-interesses-na-empresa) Acessado em 01/08/2022

MARCHI, Eduardo C. Silveira. Guia de Metodologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARGENDLER, Mariana. Análise econômica e jurídica da "Presunção de Boa-fé" no direito privado brasileiro. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 7. n 1, 2021.

OKIMURA, Rodrigo Takashi. Estrutura de propriedade, Governança Corporativa, Valor e desempenho das empresas no Brasil. Universidade de São Paulo. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, 2003.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de direito. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Henrique César Melo. Corporate Governance versus corporate governance: na internacional review: uma análise comparativa da produção acadêmica do tema governança corporativa. Revista Contemporânea de Contabilidade. UFSC, 2014.