

O UNIVERSO DO ESG E A ARBITRAGEM

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

Professor sênior de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Sócio do escritório Duclerc Verçosa Advogados Associados. Coordenador Geral do GIDE - Grupo Interdisciplinar de Direito Empresarial.

Introdução: O que é ESG e porque caracterizá-lo como um universo

Neste texto dou sequência a uma abordagem feita anteriormente, no tocante ao **ESG**, desta vez me voltando para a eventual possibilidade de que litígios que possam ser deflagrados nessa área venham a encontrar solução por meio da arbitragem¹.

Como sabem os não iniciantes, a sigla **ESG** corresponde em inglês à expressão “*enviroment, social and governance*”, ou em português, **ASG**, “*ambiente, social e governança*”, ou seja, um objeto do conhecimento forjado na forma de um prisma triangular e essa figura decorre de uma escolha valorativa, não sendo natural. Significa dizer que a reunião dos três aspectos acima citados se dá segundo uma visão nova da atividade humana, que passou a olhá-la como um conjunto, examinando quais são os efeitos que produz em relação ao meio ambiente, qual o custo social e a qual a necessidade da adoção de políticas de governança em todas as áreas para que passemos a viver em um ambiente de sustentabilidade, ou seja, em que não se esgotem as fontes de recursos (animais, vegetais e minerais) das quais a sociedade humana depende para sobreviver no longo prazo.

Nessa equação o **E** é o elemento mais importante, aglutinador do **S** e do **G**. Aquele é o fim, estes os meios.

¹ Cf. “*O ESG no direito, na economia e na arquitetura: os caminhos que se cruzam*”, de nossa autoria juntamente com Milton Barossi Filho e Renata Semin, in “*Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB*, nº 105, ano 27, set/204, Ed. Thomson Reuters, São Paulo, pp. 109 a 132.

No sentido acima uma das maneiras pelas quais podem ser aquilatados os efeitos da má atuação humana sobre o meio ambiente é a análise da *Curva de Kuznets Ambiental*, segundo a qual os países diferentes experimentariam estágios diversos de desenvolvimento, segundo as forças do mercado e as alterações na regulação normativa. Neste sentido tomou-se por empréstimo algumas linhas de um texto escrito juntamente com outros dois coautores sobre esse tema.

De acordo com a referida curva, os países experimentariam estágios diversos de desenvolvimento, segundo forças do mercado e alterações na regulação normativa. Afere-se a existência da primeira fase, na qual a economia é essencialmente agrária, com baixa intensidade da poluição. Na segunda fase dentro de uma economia industrializada, especialmente no tocante à uma indústria pesada, dá-se aumento dos níveis de poluição, significando dizer que o crescimento econômico causaria uma pressão cada vez maior sobre o meio ambiente². Esse seria o período do chamado “capitalismo selvagem”, expressão inicialmente utilizada por Karl Marx, em O Capital, evidentemente não com a concepção aqui utilizada, mas segundo uma visão assemelhada. O terceiro estágio que é o ápice da curva que tem o formato de um “U” invertido, o crescimento econômico deixaria de fazer pressão sobre o meio ambiente, por diversos motivos que não cabe aqui examinar, destacando-se o crescimento de exigências voltadas para a qualidade ambiental, fator que todos nós temos vivido na atualizada externa e internamente³.

Outra curva sobre a qual não me alongarei é denominada MAC, ou seja, a *Curva de Custo Marginal de Abatimento (MACC)* inerente às preocupações com a redução das emissões de carbono.

Outro critério importante é o relacionado ao esgotamento dos recursos do nosso planeta, designado como o “*Dia de Sobrecarga da Terra*”, anualmente identificado país

² Cf. “*Indicadores de Sustentabilidade e Riqueza: Uma Análise à Luz da Curva de Kuznetz*”, de Raissa Micaroni Marques, Monografia apresentada ao Centro de Ciências e Tecnologia para a Sustentabilidade, da Universidade Federal, para a obtenção do título de bacharel em Ciências Econômicas, sob orientação da Prof^a. Dra. Andrea Rodrigues Ferro, 2016, p. 21.

³ Cf. “O ESG no direito, na economia e na arquitetura: os caminhos que se cruzam, de nossa autoria juntamente com Milton Barossi Filho e Renata Semin, in “Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB, nº 105, ano 27, set/204, Ed. Thomson Reuters, São Paulo, pp. 109 a 132.

por país. Em 2022 esse dia havia sido identificado como 28 de julho, a partir do qual a humanidade teria passado a acarretar uma carga insustentável ao meio ambiente⁴.

Segundo a mesma matéria citada na última nota de rodapé, uma tabela mostra quantos planetas terra seriam necessários para que os países que dela constam se mantivessem em regime de economia sustentável:

Estados Unidos da América	- 5 planetas;
Rússia	- 3,2 planetas;
Alemanha	- 3 planetas;
Japão	- 2,8 planetas;
Espanha	- 2,5 planetas;
Brasil	- 1,7 planetas; e
Índia	- 0,7 planetas.

O grande gastador planetário são os Estados Unidos, como se percebe, cujo nível de consumo dos bens relacionados à sustentabilidade se revelaria inflexível sem uma redução brutal da atividade econômica, da qual resultaria o maior nível de desemprego que ali jamais ocorreu, nem sequer no crash de 1929. O mesmo podemos dizer dos demais países, observando que a China não consta daquela tabela e que a Índia (por enquanto) estava em último lugar⁵.

Certamente a ganância ilimitada está nas contas das nações capazes de explorarem a lua e marte dentro de um período de tempo razoável, de maneira a que dali sejam importados minérios comuns ou raros para que se permita a sobrevivência da indústria e, conseqüentemente do comércio global. Não se trata assim de um sonho de visionários que teriam mais o que fazer. Em pouco tempo imagina-se que a ficção científica tenha se tornado realidade e as nações vencedoras dessa corrida espacial dominarão a economia do mundo.

Pelo que até aqui foi dito verifica-se que a relação da arbitragem com o ESG – evidentemente no plano jurídico - tem a ver com os campos da atividade humana que

⁴ Veja-se a esse respeito “*Humanidade já gastou os recursos naturais do ano inteiro*”, por Anne-Sophie Brändin e Alistair Walsh, “*Natureza e Meio Ambiente Global*”, DW Global Media Forum, acesso em 16.05.2023.

⁵ Um fato curioso, próprio da sociedade americana é o seu extremamente vultoso *lixo doméstico*, isto é, uma grande variedade de produtos sem uso, os quais ocupam todo o recinto das garagens dos seus proprietários, cujos automóveis perderam o seu lugar para a rua. De vez em quando os donos colocam tudo para fora nos jardins das casas, fazendo *garage sales*. No total do país certamente seriam contadas milhares de toneladas desse *lixo*.

gerem efeitos obrigacionais no plano dos direitos patrimoniais disponíveis, conforme a lei brasileira.

1. A legislação ambiental

Começando pela Constituição Federal, observa-se que o seu texto engloba dispositivos respeitantes à proteção ambiental, conforme se pode verificar em seguida;

Art. 3º, II – garantia do desenvolvimento nacional, considerando-se o desenvolvimento sem sustentabilidade tem vida curta.

Art. 5º, XXIII – atendimento à função social como princípio sobre o qual opera a propriedade.

Art. 170, III – de novo se cuida da função social da propriedade, agora no tocante aos princípios gerais da atividade econômica, ou seja, tanto aplicáveis ao setor público na forma de empresas públicas e de sociedades de economia mista, como o privado.

Art. 225 – que trata diretamente do meio ambiente, conhecido como a *Constituição Ambiental Brasileira*, dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público, e à coletividade o dever de defendê-lo. Os seus diversos incisos expandem os princípios daquele dispositivo, dos quais não tratarei em profundidade.

No papel, digamos assim, trata-se de um dos melhores programas jurídicos de proteção ambiental, em conjunto com as leis infraconstitucionais pertinentes, mas cuja efetivação na realidade prática está muito aquém dos seus propósitos.

As leis ambientais mais importantes do direito brasileiro são abaixo relacionadas.

Lei de Fauna (Lei 5.197, de 03.01.1967)

Esta Lei proporcionou medidas de proteção à fauna. Ela classifica como crime o uso, perseguição, captura de animais silvestres, caça profissional, comércio de espécies da fauna silvestre e produtos originários de sua caça, além de proibir a importação de espécie exótica e a caça amadora sem autorização do IBAMA. Criminaliza também a exportação de peles e couros de anfíbios e répteis.

Área de Proteção Ambiental (Lei 6.902, de 27.04.1981)

Estabelece as diretrizes para a criação das Estações Ecológicas e as Áreas de Proteção Ambiental (APA's). As Estações Ecológicas são áreas representativas de diferentes ecossistemas do Brasil que precisam ter 90% do território inalteradas e apenas 10% podem sofrer alterações para fins acadêmicos. Já as APA's, compreendem propriedades privadas que podem ser regulamentadas pelo órgão público competente em relação às atividades econômicas para proteger o meio ambiente

Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31.08.1981)

Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus Fins e Mecanismos de Formulação e Aplicação, e dá outras providências. Tem como objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental benéfica à vida, pretendendo garantir boas condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da qualidade da vida humana. Proíbe a poluição e obriga ao licenciamento, além de regulamentar a utilização adequada dos recursos ambientais.

Lei da Política Agrícola (Lei 8.171, de 17.01.1991)

Essa lei objetiva a proteção do meio ambiente e estabelece a obrigação de recuperar os recursos naturais para as empresas que exploram economicamente águas represadas e para as concessionárias de energia elétrica. Define que o poder público deve disciplinar e fiscalizar o uso racional do solo, da água, da fauna e da flora; realizar zoneamentos agroecológicos para ordenar a ocupação de diversas atividades produtivas, desenvolver programas de educação ambiental, fomentar a produção de mudas de espécies nativas, entre outros.

Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433 08.01.1997)

Institui a política e o sistema nacional de recursos hídricos. Define a água como recurso natural limitado, provido de valor econômico, que pode ter diversos usos, como por exemplo o consumo humano, produção de energia, transporte, lançamento de esgotos e outros. Esta lei também prevê a criação do Sistema Nacional para a coleta, tratamento,

armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores que interferem em seu funcionamento.

Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 12.02.1998)

Trata das questões penais e administrativas no que diz respeito às ações nocivas ao meio ambiente, concedendo aos órgãos ambientais mecanismos para punição de infratores, como em caso de crimes ambientais praticados por organizações. A pessoa jurídica, autora ou coautora da infração, pode ser penalizada, chegando à liquidação da empresa, se ela tiver sido criada ou usada para facilitar ou ocultar um crime ambiental. A punição pode ser extinta caso se comprove a recuperação do dano.

Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei 9.985, de 18.07.2000)

Dentre seus objetivos, estão a conservação de variedades de espécies biológicas e dos recursos genéticos, a preservação e restauração da diversidade de ecossistemas naturais e a promoção do desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais.

Novo Código Florestal Brasileiro (Lei 12.651, de 25.05.2012)

Dispõe sobre a preservação nativa, tendo revogado o Código Florestal Brasileiro de 1965, introduzindo a responsabilidade do proprietário de ambientes protegidos entre a área de preservação permanente (APP) e a Reserva Legal (RL), em preservar e proteger todos os ecossistemas.

Essas são algumas das dezenas de normas jurídicas sobre o tema em apreço, que fazem parte do *Painel de Legislação do Ministério do Meio Ambiente* (que as relaciona desde 1955), integrantes de um campo extensamente vasto de matérias que pouquíssimos agentes seria capazes de dominar, mesmo pela especialização do seu conteúdo.

2. O lugar da arbitragem no tocante ao ESG

Na seara empresarial o CC/2002 disciplina a sociedade simples, a sociedade em nome coletivo, a sociedade limitada e a sociedade cooperativa como agentes econômicos, cujo tratamento pelos seus respectivos contratos sociais, nas suas relações com os sócios, e nos negócios por elas realizados com terceiros, poderiam eventualmente percorrer alguma matéria inerente ao **ESG**, eventualmente, em tese, dando azo à solução dos litígios ali originados entre as partes por meio da arbitragem.

Todas essas sociedades estão subordinadas especificamente ao atendimento de sua função social, na forma do art. 421 caput do CC/2002, uma vez que vêm ao mundo jurídico por meio de contrato. Essa vinculação se dá, portanto, no plano da sua vida interna (relações delas com os sócios) e externa (contratos celebrados com terceiros)

Tratando-se, por sua vez, das companhias, a mesma função social surge como sua obrigação, cuja observância fica a cargo do controlador (art. 116, parágrafo único) e dos administradores (art. 154, caput), a ser não necessariamente externada nos seus estatutos, dada a natureza de normas cogentes.

Por sua vez, a verificação da temática das normas correspondentes acima relacionadas ao **ESG**, a título de exemplo, indica que elas se encontram no campo do interesse público, claramente indisponível, tanto no plano **E**, como no **S**, este último ligado à função social exercida pelos agentes econômicos. Dessa forma, não haveria espaço para a arbitragem em tais áreas, exceto por algum *plus*, contratualmente determinado dentro de alguma margem aberta à autonomia privada. Por exemplo, em contrato de arrendamento de terras agrícolas, a imposição ao arrendatário de regras adicionais de proteção das reservas nativas. Mas alternativas dessa natureza talvez rareiem, tendo em conta o aumento dos custos de transação das duas partes: arrendador em fiscalizar e o arrendatário em cumprir.

Voltando-me para o **G**, de governança, no âmbito corporativo (**governança corporativa**), verificamos que consiste na adoção de processos administrativos, societários, financeiros e contábeis, entre outros, destinados a aumentar a eficiência da empresa, reduzindo os seus custos de transação. Ela é umbilicalmente ligada à **compliance**, entendida esta como conformidade, ou seja, o atendimento das normas legais do ordenamento jurídico (o que, evidentemente é obrigatório), como também as de

comportamento empresarial ético e transparente, tanto interno, como principalmente em relação ao ambiente interno da empresa. Portanto, não é uma ciência, é uma técnica. O tema necessita de um desdobramento um pouco mais amplo para que se possa avaliar se e como a arbitragem encontraria lugar nesse espaço, considerando que boa parte das áreas que dela podem ser objeto já se encontram sob a égide legal.

Em primeiro lugar, conforme se aludiu acima, a adoção de práticas de governança corporativa interessa ao empresário como forma do controle interno da sua empresa na busca do conhecimento de como operam os seus diversos departamentos e na busca do ponto ótimo de sinergia que possa ser alcançado. Nas empresas de grande porte um efeito importante tem se localizado na identificação de fraudes, que podem estar fora do radar do controlador, praticadas eventualmente por alguns administradores em conluio com departamentos que dela fazem parte e até mesmo de terceiro, a exemplo de auditorias independentes. A história empresarial recente mostra muitos exemplos infelizes desses comportamentos, que têm levado empresas a situações de insolvência, no médio e no longo prazos.

Do ponto de vista externo avulta a transparência como valor a ser destinado ao mercado, mostrando que a empresa age lealmente diante dos seus fornecedores, financiadores, e acionistas (especialmente quando tem ações negociadas em bolsas), operado em regime de concorrência leal. Nos dias atuais a preservação da imagem é fundamental porque a clientela reage quase em tempo real quando mensagens negativas chegam ao seu alcance e, como se sabe, o valor das chamadas *empresas verdes* é cada vez mais significativo para se manter na posição alcançada e para galgar degraus mais elevados, segundo a valorização progressiva de suas marcas, conhecida como *brand equity*, ou seja, o valor intangível agregado a uma marca.

Governança corporativa é, como se verifica, um processo em contínuo aperfeiçoamento, de vigilância permanente, observando-se o passado, atentando para o presente e divisando o futuro. E sob esse último aspecto torna-se cada vez mais relevante o lado jurídico voltado para os cuidados ao se celebrar as mais diversas operações de interesse da empresa, perscrutando o mercado a antecipando a possibilidade de contenciosos futuros com os efeitos negativos que possam trazer.

Ora, é nessa área que a empresa pode e deve preocupar-se com conflitos da mais variada espécie que possam nascer e, no tocante ao **G**, é possível estabelecer no uso de sua autonomia privada, em suas operações com terceiros – societárias e contratuais – obrigações que elevem o seu grau de governança corporativa. Um dos exemplos será o relativo às suas relações contratuais com fornecedores, às quais se agreguem valores atinentes ao **ESG**. E nesse ponto a criatividade não terá limites para o fim da defesa dos interesses da empresa, do mercado e da economia como um todo.

É aqui que se verifica um campo para a arbitragem, uma vez que os eventuais conflitos nascidos das obrigações livremente contratadas e que se refiram a direitos patrimoniais disponíveis possam ser dirimidos por esse instituto. O limite estará em tudo aquilo que se refira, evidentemente, a pontos inerentes ao interesse público, quanto a normas cogentes que não podem ser objeto de negociação entre eventuais interessados.

3. Os árbitros e a arbitragem em ESG

Diante de um campo tão vasto como é o relacionado a essa área, conforme foi possível vislumbrar a partir dos exemplos normativos acima, e tendo em conta que ela não corresponde a uma área específica da ciência jurídica, não percebo a possibilidade de alguém declarar-se nela um especialista. Dessa forma, ao surgir um conflito no plano do **S**, as partes deverão verificar em que área ou áreas do direito ele se encontra para identificar quem seriam as pessoas que, no caso concreto, poderiam atuar como árbitros.

E se pensarmos no **G**, o contrato celebrado no passado e que deu nascimento ao conflito, deveria ter sido elaborado por operadores do direito aptos a com eles trabalhar em atendimento a esse complexo de relações que formam o ESG. Todo cuidado prévio nunca é demais.

Outras ilustres cabeças do mundo jurídico-empresarial e arbitral serão certamente capazes de identificar as insuficiências deste texto e trazerem melhores considerações.

