

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

Pedro Guilhardi

Contratações ESG: violação e resolução contratual

Doutorado em Direito Comercial

São Paulo

2024

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

Pedro Guilhardi

Contratações ESG: violação e resolução contratual

Doutorado em Direito Comercial

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Livre Docente Ivo Waisberg

São Paulo

2024

Banca Examinadora

Ao meu amado pai.

AGRADECIMENTOS

Corro enormes riscos de deixar de citar pessoas, nominalmente, que fizeram parte integrante do meu Doutorado. É que muitas participaram desse processo, em frentes das mais variadas: a mais óbvia a acadêmica, mas também a da prática profissional, a dos esportes, a das amizades, a de hobbies e a familiar. Em diferentes graus muitos contribuíram para a consecução do meu doutoramento.

No âmbito acadêmico, para além de meus colegas doutorandos, com quem tive a felicidade de aprender e trocar experiências nesse período, meus sinceros agradecimentos ao Professor Livre-Docente, Doutor Ivo Waisberg, mais uma vez meu orientador, o que carrego com orgulho. Desde as oportunidades que me foram outorgadas durante meus estudos sob sua supervisão e que ampliaram a minha experiência na vida docente, até atingir sua sensibilidade ímpar para, desde o início da prospecção das ideias que formaram a presente Tese, antever problemas e garantir que fossem evitados desvios metodológicos no curso da elaboração do trabalho.

Também aos avaliadores presentes na minha banca de qualificação, Professores Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Barbosa Sacramone, cujos apontamentos foram de grande importância para aprimoramento do estudo.

Na esfera profissional, não posso deixar de mencionar os colegas que estiveram ao meu lado, possibilitando não só minha dedicação ao Doutorado, como também por promover aprendizado mútuo e contínuo, em especial, Amanda Bueno Dantas, Thales Gonçalves Pereira, Fernando Arabian de Petta e Luiza Falchi.

Também aos colegas com quem compartilho minha prática profissional, advogados, árbitros, entre diversos especialistas que, nos últimos anos, me reuni para obter aconselhamentos pessoais, profissionais e acadêmicos, o que me encorajou, no início de 2024, a progredir para carreira de atuação independente sem prejuízo de meus estudos.

Ao Giovanni Ettore Nanni, meu especial reconhecimento e carinho, por sua amizade e por seu suporte profissional, técnico e bibliográfico, inesgotáveis.

Fica também o registro do suporte das amizades nessa jornada. Entre outros, ao grupo do ciclismo, atividade que tanto arejou meus pensamentos, entregando-me energia para continuidade dos estudos, entre tantos outros benefícios. Tudo catalisado pela presença canina de Benê e Luna, que esbanjam amor incondicional.

Por fim, o agradecimento e a homenagem ao meu pai, cujo cuidado com o contínuo desenvolvimento pessoal dos seus filhos e filhas, netos e netas, não passa despercebido. Foi ele que me auxiliou, no âmbito de disciplina ministrada pelo Professor Fábio Ulhoa Coelho, em exercício de pensamento lateral criativo, na preparação de exposição sobre o behaviorismo radical Skinneriano, filosofia que fundamenta a prática profissional e acadêmica de meu pai como psicólogo.

RESUMO

O trabalho expõe a origem, desenvolvimento e atual percepção dos fatores ESG, refletidos nas contratações empresariais envolvendo os mais diversos setores do mercado, público e privado, por meio do que se convencionou designar contratações ESG, as quais, por sua vez, comportam diferentes espécies e devem preencher, sob o ponto de vista do presente estudo, requisitos determinados para que assim sejam concebidos. Aborda as funções contempladas por tais contratações e a qual interesse se reportam no âmbito da estrutura da obrigação, para avaliar a resolução contratual por inadimplemento absoluto de contratações ESG e visando a responder aos seguintes questionamentos: (i) O que são fatores ESG e o que são as contratações ESG? (ii) Em relação às contratações ESG, quais são as espécies existentes, as funções que exercem e a que interesses se reportam no âmbito da estrutura das obrigações? (iii) Qual a dogmática que autoriza – e se autoriza – a resolução contratual por violação de obrigações pactuadas por meio de contratações ESG?

Palavras-chave: ESG; resolução contratual; contratações ESG; contratos empresariais; inadimplemento.

ABSTRACT

The work discusses the origin, development, and current perception of ESG factors, reflected in business contracts involving the most diverse sectors of the market, public and private, through what has been called ESG clauses which, in turn, involve different types and that, from the point of view of this work, must meet specific requirements to be considered as such. It deals with the socio-economic functions performed by such clauses and what interests within the scope of the structure of the obligation they refer to, evaluating the contract termination due to the material breach of the ESG clauses, with the purpose of answering the following questions: (i) What are ESG factors and what are ESG clauses? (ii) In relation to ESG clauses, what are the existing types, the socio-economic functions they perform and what interests do they relate to within the scope of the structure of obligations? (iii) What is the doctrine that authorizes – and if it authorizes – contractual termination due to the substantial breach of obligations agreed through ESG clauses?

Key words: ESG; contract termination; ESG clauses; business contracts; breach of contract.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
PARTE A –ESG.....	20
CAPÍTULO I – FATORES ESG	21
I.1. Surgimento.....	25
I.1.1. Desenvolvimento sustentável	26
I.1.1.1. A função social da empresa	30
I.1.1.2. As instituições privadas e financeiras e a guinada ESG	35
I.2. Disrupção do ESG: <i>greenwashing</i> , <i>ESGwashing</i> , <i>whitewashing</i> , <i>socialwashing</i> , <i>tokenismo</i> , ativismo ESG e movimentos anti-ESG	45
I.3. Conteúdo ESG.....	53
I.3.1. Governança	54
I.3.1.1. Compreensão	56
I.3.1.2. A governança corporativa interna (típica) e externa (atípica) nas regulações: alguns exemplos	65
I.3.1.3. Alguns recortes históricos do cenário brasileiro de regulação da administração (governo) das companhias	70
I.3.1.3.1. Século XIX: o regime escravocrata presente nas estruturas mercantilistas	71
I.3.1.3.2. 1940: O regime de responsabilidade de administradores e a ampliação dos meios processuais de responsabilização.....	75
I.3.1.3.3. 1964-1990: a criação das sociedades anônimas de capital aberto à reorientação implementada pela Lei das S.A.	76

I.3.1.3.4. 1990-: autorregulamentação e surgimento dos segmentos especiais de listagem em bolsa de valores	81
I.3.1.3.4.1. Novo Mercado.....	84
I.3.1.3.4.2. Nível 2	85
I.3.1.3.4.3. Nível 1	86
I.3.1.4. Regulação da governança corporativa para reportes não financeiros no mercado de capitais e financeiro brasileiro.....	90
I.3.1.5. Governança corporativa e <i>compliance</i>	103
I.3.2. Ambiental.....	115
I.3.3. Social	122
I.3.3.1. Direitos Humanos.....	123
I.3.3.2. Diversidade e antidiscriminação.....	129
I.4. Conclusões parciais	136

CAPÍTULO II – FATORES ESG E O IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO DOS NEGÓCIOS 140

II.1. ESG, riscos e ativo empresarial	140
II.1.1 Papel do ESG na oposição entre o capitalismo de acionistas (contratualismo) e o atendimento ao interesse coletivo (institucionalismo) das companhias.....	140
II.1.1 ESG e o desempenho financeiro	143
II.2. ESG e novos ramos de exploração da atividade econômica	159
II.2.1. Agência de notação de risco em matéria ESG	160
II.2.2. Valores mobiliários para inclusão social, promoção ambiental e resguardo dos direitos humanos	164
II.2.3. Mercado de carbono.....	171
II.3. Conclusões parciais	179

PARTE B – CONTRATAÇÕES ESG E RESOLUÇÃO CONTRATUAL
..... **181**

CAPÍTULO III – CONTRATAÇÕES ESG **189**

III.1. Compreensão.....	195
III.1.1. Atendimento aos critérios <i>objetivo e subjetivo-funcional</i>	198
III.1.2. Espécies de contratações ESG conforme seu grau de proximidade com a prestação principal – <i>contratações ESG principais, conformativas e laterais</i>	201
III.1.2.1. Contratações ESG atinentes à prestação principal	202
III.1.2.1.1. <i>Contratações ESG principal</i>	202
III.1.2.1.2. <i>Contratações ESG qualitativas do objeto</i>	203
III.1.2.2. Contratações ESG parcial ou integralmente desatreladas da prestação principal	204
III.1.2.2.1. Contratações ESG conformativas do meio.....	205
III.1.2.2.2. Contratações ESG laterais.....	205
III.1.3. Distinções e intersecções: contratações ESG e cláusulas de declaração e garantias	210
III.1.4. Distinções e intersecções: contratações ESG e <i>moral clauses</i>	216
III.2. Funções das contratações ESG.....	226
III.2.1. Resguardo à boa reputação e à marca	227
III.2.2. Criação, manutenção ou aperfeiçoamento de ativo empresarial próprio .	230
III.2.3. A escolha da figura da contraparte contratual	232
III.3. Natureza da obrigação sob o ponto de vista de seu objeto e as contratações ESG	234
III.3.1. Obrigação de fazer	235
III.3.2. Obrigação de não fazer.....	239
III.3.3. Obrigação de dar	242

III.4. Conclusões parciais.....	245
---------------------------------	-----

CAPÍTULO IV – RESOLUÇÃO CONTRATUAL E CONTRATAÇÕES ESG..... 249

IV.1. A formulação da estrutura da obrigação e contratações ESG	253
IV.1.1. Deveres de prestação e as contratações ESG	258
IV.1.1.1. Dever principal ou primário e as contratações ESG.....	258
IV.1.1.2. Deveres secundários ou acidentais de prestação e as contratações ESG	261
IV.1.2. Deveres laterais e as contratações ESG.....	265
IV.1.2.1. Nomenclaturas e classificações.....	266
IV.1.2.2. Compreensão e características	268
IV.1.2.3. Deveres laterais e interações da boa-fé com as contratações ESG..	272
IV.1.2.4. Distinções com o dever de prestar.....	277
IV.1.2.5. As espécies de contratações ESG e os deveres laterais: o exato adimplemento.....	282
IV.1.3.1. Dever lateral de informação	284
IV.1.3.2. Dever lateral de proteção.....	291
IV.1.3.3. Dever lateral de cooperação e de lealdade em geral	293
IV.2. Inadimplemento em sentido amplo	297
IV.2.1. A mora em sentido amplo	298
IV.2.1.2. A mora do devedor de contratações ESG: compreensão e delineamento	300
IV.2.2. Inadimplemento absoluto de contratações ESG: compreensão e delineamento	304
IV.2.2.2. Adimplemento substancial e a gravidade da violação.....	313
IV.3. Violação positiva do crédito e contratações ESG	318

IV.3.1. Compreensão e delineamento	318
IV.3.2. A controvertida aceitação do instituto no Direito brasileiro	323
IV.3.3. A violação ensejadora da resolução fundada na violação positiva do crédito	326
IV.4. Fonte do exercício do direito resolutivo.....	337
IV.4.1. Direito resolutivo legal: a cláusula resolutiva tácita	337
IV.4.2. Direito resolutivo convencional: a cláusula resolutiva expressa.....	338
IV.5. Resolução objetiva e subjetivamente parcial	345
IV.6. Inadimplemento anteriormente à época para cumprimento	349
IV.7. Conclusões parciais.....	357
CONCLUSÃO	364
BIBLIOGRAFIA.....	369
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	399

INTRODUÇÃO

É indubitável que a sigla ESG, para designar, na língua inglesa, *enviromental, social e governance* (“ESG”), ou, nos países lusófonos, representada pelo acrônimo ASG, em referência a ambiental, social e governança (corporativa), ganhou, em particular na última década, posição central nos debates corporativos e sociais dos mais variados, tendo por força motriz o desenvolvimento sustentável e o papel de relevo, quase de um *SOS*, atribuído, nesse âmbito, às instituições privadas, notadamente financeiras e do mercado de capitais.

A governança corporativa representa, pelo menos sob a perspectiva do presente trabalho, a fonte de onde se espera que emerjam os fatores ESG, com percepção pelas diferentes esferas da sociedade. Revela-se ora como meio de realização das diretrizes sociais e ambientais, ora como conteúdo, ao estabelecer regras de governança voltadas às relações de controle e de administração de recursos alheios, entre a companhia, seus órgãos e acionistas, existentes e prospectivos.

Ao mesmo tempo e consoante será demonstrado, as contratações ESG revelam parcela perceptível da implementação dos fatores ESG, refletindo na prática contratual adotada por diversas sociedades empresárias e outras entidades privadas e públicas contratantes.

Tornando-se parte do conteúdo contratual, ainda que na periferia do principal interesse almejado pelas partes nas diferentes tipologias contratuais (o interesse de prestação, correspectivo do dever de prestação), as contratações ESG reverberam nos aspectos de cumprimento do avençado, pois criam direitos e obrigações de lado a lado, que passam a constituir feição de *exato* adimplemento.

Merece especial destaque no presente estudo a violação das contratações ESG nos contratos empresariais e sua interação com determinados aspectos do direito à resolução contratual conforme o Direito brasileiro. Não se tratará, evidentemente, de todos os temas atinentes ao direito resolutivo, assim como não serão abordados os efeitos da resolução contratual. O enfoque, nesse particular, é restrito à resolução contratual por inadimplemento absoluto, pelo que se impõe diferenciá-lo da mora, inadimplemento relativo.

O trabalho pretende responder, à luz dos fatores ESG, das contratações ESG, da estrutura da obrigação, com enfoque em determinados – mas não todos – institutos civis aplicáveis ao inadimplemento, relativo e absoluto, e à resolução do contrato, aos seguintes questionamentos centrais: (i) O que são fatores ESG e o que são as contratações ESG? (ii) Em relação às contratações ESG, quais são as espécies existentes e a que interesses se reportam no âmbito da estrutura das obrigações? (iii) Qual a dogmática que autoriza – e se autoriza – a resolução contratual por violação de obrigações pactuadas por meio de contratações ESG?

Para resposta às indagações, o trabalho é dividido em duas partes principais – “A” e “B” –, cada qual contando com dois capítulos cada, totalizando-se quatro capítulos.

A Parte “A” examinará os fatores e práticas ESG, sendo que o Capítulo I enfocará os fatores e práticas ESG colocando luz no surgimento do fenômeno e no objetivo para o qual foi originalmente concebido, estendendo-se à análise de seu conteúdo propriamente dito, isto é, de suas facetas ambiental, social e de governança corporativa.

Ainda em relação ao Capítulo I, enunciam-se algumas premissas de sua estruturação. Consoante se verá, o tema de ESG tem como seu núcleo inspirador o desenvolvimento sustentável, abarcando, pois, questões socioambientais, integrando-se à obtenção de resultados, objetivo típico das instituições empresariais privadas, notadamente aquelas atuantes no mercado de capitais e no financeiro.

Ao mesmo tempo, o papel das companhias, especialmente abertas, para implementação dos fatores ESG, tornou-se central, senão essencial, como igualmente é nuclear à implementação dos fatores ESG a sigla “G”, que alude à governança corporativa.

Nesse contexto, o Capítulo I acentua o papel quase onipresente da governança corporativa, considerada ferramenta de implementação dos fatores ESG, que se convencionou designar *governança corporativa atípica*. Assim, em sua vertente de ferramenta, ou de processo, a governança corporativa apresenta-se como uma das principais molas propulsoras da implementação de grande parte dos fatores ESG. Mas também revela conteúdo, tudo a ser examinado, quando refletir regras de governança,

aquelas que se inserem na esfera interna das companhias, em suas relações com acionistas em e suas relações de poder interno, ao que se denominou *governança corporativa típica*.

Assim, o fator “G” é absorvido por duas facetas distintas, mas cuja delimitação, todavia, nem sempre é clara, podendo contemplar diversos graus: ora pendem mais para a *governança corporativa atípica*, ora para a *governança corporativa típica*. Quer-se dizer com isso que, por meio da governança corporativa atípica, criam-se os meios para a implementação dos fatores “E”, “S”, e do próprio “G” (quando em sua vertente típica), embora, vale reiterar, se possa conceber diversos graus intermediários entre a predominância total da governança corporativa típica e atípica.

Tem-se, com tudo isso, verdadeira interdependência entre os conceitos representados pelos acrônimos, não só pelo significado e pelo desenvolvimento do sentido da expressão desenvolvimento sustentável, como também pelo papel quase onipresente da governança corporativa em todos os aspectos ESG.

Esclarecida tal dificuldade de bem separar tudo o quanto identifica como ESG, deve-se atentar para o fato de que o Capítulo I, embora contenha divisão entre governança corporativa (**I.3.1**), ambiental (**I.3.2**) e social (**I.3.3**), não pode ser lido sem a compreensão da correlação e interdependência entre a governança corporativa e os elementos da sustentabilidade, onde se incluem o social e o ambiental, sem desapego ao crescimento, à rentabilidade e à entrega de resultados.

Desse modo, tendo em conta o papel central da governança corporativa nos fatores ESG, estar-se-á se referindo, muitas vezes, no item destinado à governança corporativa e seus subitens, a valores e regras que abrigam não só a governança corporativa, mas aspectos ambientais e/ou sociais, pois é impossível isolar a governança corporativa, notadamente em sua faceta atípica, de processo ou ferramenta, dos aspectos social e ambiental, reflexos das demandas de desenvolvimento sustentável.

Por outro lado, os itens I.3.2 e I.3.3 que tratam dos aspectos social e ambiental, respectivamente, os inserem em regras e valores mais específicos de cada assunto, isto é, regulações mais puras em termos de conteúdo ambiental ou social, conforme o caso, eis que são interrelacionadas no âmbito da sigla ESG.

De qualquer modo, o estudo dos fatores ESG no trabalho não é exaustivo, por razões como a incipiência do tema sob a ótica jurídica, especialmente à luz do propósito de determinar seu reflexo no âmbito do direito das obrigações (incipiência essa que também se estende às contratações ESG) e, igualmente, porque, sob o ponto de vista metodológico, o trabalho se limita à compreender os fatores ESG em seus aspectos que, direta ou indiretamente, possam afetar as perguntas que o trabalho pretende responder.

Ainda na Parte “A”, mas em seu capítulo 2, destaca-se o papel exercido pelos fatores ESG no desenvolvimento econômico, pois traz consigo, em grande medida, algumas premissas que norteiam as diferentes funções que podem ser assumidas pelas contratações ESG.

Assim, os fatores ESG serão vistos à luz do papel que desempenham na precificação de ativos, na mensuração de riscos, na atração de investimentos e no desenvolvimento de novos negócios periféricos aos verdadeiros fatores ESG, como a criação de empreendimentos voltados à utilização de energia limpa ou à preservação do meio ambiente, o surgimento de atividades relacionadas à notação de risco em matérias ESG, mercado de carbono, entre outros.

A Parte “B” avança para as contratações ESG e a resolução contratual por violação de tais pactos. Inicia, no Capítulo III, com o estudo das contratações ESG propriamente ditas, delimitando-se sua compreensão, tratando de suas espécies – classificadas conforme seu grau de proximidade com a prestação principal – e assinalando a distinção e a sobreposição com outras figuras – como as declarações e garantias e as *moral clauses*.

A partir daí, no mesmo Capítulo, uma vez compreendidos os fatores ESG e sua expressão contratual, as contratações ESG, obtém-se os ingredientes necessários para se estabelecer as diferentes funções que podem ser exercidas pelas contratações ESG no âmbito dos negócios jurídicos empresariais, sempre em referência às diferentes espécies contratadas. De especial importância, pelo menos para fins do presente estudo, as contratações ESG devem preencher determinados requisitos – a que, discricionariamente, o trabalho se refere, como a necessidade de atendimento concomitante ao critério objetivo e ao critério subjetivo-funcional das contratações ESG –, sem o que as premissas e conclusões do presente trabalho não lhes são aplicáveis, no todo ou em parte.

Já no Capítulo IV, adentra-se a resolução contratual por violação às contratações ESG. Após breve exposição a respeito da concepção da obrigação como processo, em que entre os contraentes se estabelece um vínculo jurídico, busca-se correlacionar as diferentes espécies de contratações ESG tratadas no Capítulo III aos interesses e correspectivos deveres inseridos na estrutura da obrigação vista como processo. Assim, são avaliados os deveres que compõem a obrigação, como o principal, o secundário e os laterais de conduta, a partir das formulações apresentadas pela doutrina, integrando-os às funções exercidas pelas contratações ESG em suas diferentes espécies.

É patente que, em algumas hipóteses e a depender do escopo dado a tal espécie de pacto, o que se denomina contratações ESG pode integrar a própria prestação principal, ao passo que, em outras situações, talvez mais comuns, é possível conceber terem papel meramente ancilar, com relação apenas remota com a prestação principal – mas não por isso irrelevante –, hipótese em que a investigação dos fundamentos para a resolução contratual por violação às contratações ESG se mostra mais desafiadora. Nesse contexto, justifica-se a adoção à terminologia *contratações ESG* – e não cláusulas ESG, por exemplo –, pois mais ampla, abrangendo prestações principais, secundárias e deveres laterais.

Na sequência, no mesmo Capítulo, são avaliadas as modalidades de inadimplemento, isto é, o relativo e o absoluto, à luz das contratações ESG e das suas funções, com vistas a esclarecer em que circunstâncias há efetiva violação, dita definitiva, de contratações ESG, o que ensejaria, por ato do credor, a resolução contratual por inadimplemento, aproveitando-se a discussão da gravidade da violação e do esvaziamento do interesse útil do credor para tratar, entre outros, do inadimplemento anterior ao termo, do adimplemento substancial, da resolução convencional e legal.

Acolhe-se, como se verá, ao lado da mora e do inadimplemento absoluto como espécies do gênero inadimplemento, a violação positiva do crédito, visto que, no entendimento do autor, subsidiado por estudos de relevo, a mora (e por consequência o inadimplemento absoluto, que se opõe à mora), porquanto abrangendo tempo, lugar e forma, diz respeito à prestação principal, não lhe sendo possível alargar o conceito para acolher deveres laterais, notadamente aqueles que apenas muito remotamente se refiram à prestação principal.

Importante ressaltar que, em especial em seu Capítulo IV, o trabalho depende de diversos conceitos advindos, originariamente, do Direito Civil. Não significa que se pretenda, com o estudo, ampliar, revisitar ou remodelar institutos desse técnico ramo do Direito; daí porque a bibliografia e mesmo o desenvolvimento das noções são limitados às particularidades das contratações ESG e ao problema de pesquisa.

Outra nota é que se reputou adequado, a cada capítulo, estabelecerem-se conclusões parciais que sirvam de referência, mas também de premissa, às discussões vindouras, em especial a respeito das contratações ESG e da resolução contratual fundada no inadimplemento absoluto de tais pactos, guiando-se o leitor, portanto, ao caminho percorrido até a pretendida resposta às perguntas de pesquisa.

Feitas tais apresentações e ressalvas, em sua parte final serão apresentadas as conclusões do trabalho, compreendidas pelas respostas, objetivas e diretas, às perguntas de pesquisa descritas nesta introdução.

PARTE A –ESG

Conforme anotado na Introdução, o trabalho pretende, entre outros objetivos e a partir da exposição dos elementos em que se baseiam e que formam os fatores ESG, situar a especial aparição de contratações ESG frente à estrutura das obrigações, visando a descortinar qual a dogmática que autoriza – e se autoriza – a resolução contratual por inadimplemento absoluto de obrigações pactuadas por meio de contratações ESG.

E, para bem situá-las devem-se conhecer as principais características, como surgimento, implementação, conteúdo, entre outros, dos fatores e práticas ESG, notadamente a forma com que se integram à atividade empresarial, em especial das companhias abertas, atuantes no mercado de capital e financeiro (abrangendo toda forma de instituição, organização e, em alguns casos, pessoas naturais).

CAPÍTULO I – FATORES ESG

ESG é acrônimo para *enviromental, social e governance*; em português, ASG, para ambiental, social e governança.

As palavras que antecedem o famoso refrão “ESG” variam entre “critérios”, “fatores”, “*standards*”, “estratégias”, “riscos”, “atividade” ou “objetivos”. Ao mesmo tempo em que o uso da sigla varia, trilhões de dólares fluem para investimentos com timbre ESG, companhias implementam estratégias ESG e reguladores arquitetam políticas ESG¹.

Após o surgimento da sigla, em 2004, pode-se dizer que ESG foi concebido como a integração de fatores que devem nortear a decisão de investimento, já que são materiais, no sentido de relevantes, para o valor do investimento a longo prazo, ou ainda, que os fatores ESG são ferramenta para identificar oportunidades de investimento e para gerenciar riscos².

De igual modo, ESG é associado à responsabilidade social corporativa ou sustentabilidade, inclusive como se estes fossem termos sinônimos de ESG, ou que a reponsabilidade social corporativa seria a aderência da empresa aos valores éticos, ao passo que o ESG seria o conjunto de medidas aderentes aos valores da responsabilidade social corporativa³.

Em verdade, a responsabilidade social corporativa se revela em ações corporativas para além das exigências legais, mas que estão longe de passar integrar a maneira como as corporações conduzem seus negócios⁴. ESG é a evolução da

¹ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 3. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

² POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 22 e ss. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

³ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 25 e ss. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

⁴ WILLIAMS, Cynthia. Corporate social responsibility and corporate governance. In. GORDON, Jeffrey; RINGE, Wolf-Georg (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018, p. 634-678, 634.

responsabilidade social corporativa, aplicando-a no seio da condução dos negócios, sem mero voluntarismo, e como técnica de persecução dos lucros, mediante atendimento de prescrições legais ou por meio de ações que ultrapassem as obrigações normativas.

ESG abrange, nesse sentido, a função social exercida pela empresa, em sua vertente de atividade, inserindo-se dentro do cumprimento do dever legal, de matiz constitucional.

Por abranger exigências que ultrapassam o mero cumprimento de dever legal – embora possa absorver obrigações normativas – também não causa estranheza que o movimento ESG resulte, em parte, do fenômeno de globalização que acarretou a afirmação de uma perspectiva mais anglo-americana do Estado, isto é, mais liberal e menos intrusiva, com maior espaço vazio da lei a ser preenchido por *soft laws*⁵, *a priori*, como são os códigos de conduta, podendo se converter em obrigações contratuais, consoante a vontade dos contraentes.

O termo pode ser erroneamente percebido como preferência ideológica ou política, concepção que também impulsiona parte das críticas à prática ESG, visto que abririam espaço ao *greenwashing*, tratado mais adiante (I.2), apenas para adequação das empresas ao mercado de consumo, por exemplo, sem implementação de práticas verdadeiramente respaldadas pelo ESG, ao mesmo tempo em que ampliaria debate que deveria se dar na esfera política, mas que impõe dicotomia inconciliável. Resultou na criação de fundos anti-ESG, entre outras medidas de boicote⁶.

Torna-se necessário, para fins de distinção, fazer menção às *empresas com propósito*, que visam ao aumento das vendas com a identificação do consumidor com a pauta política apoiada, pró-democracia, pró-tolerância etc., representando, ao fim e ao cabo, mais um risco empresarial a ser assumido pelo empresário, nada que obstrua, no âmbito das regras de direito societário, a prática.

⁵ DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In. CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 53.

⁶ Ver: PEREIRA, Luciana Vianna. ESG e a parábola do joio e do trigo. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 121-131; POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper n° 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 25 e ss. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

De qualquer forma, isoladamente consideradas, empresas com propósito não se confundem com práticas ESG, embora seja viável conceber a existência de empresas com propósito que pratiquem ESG, bastando que, ao lado da pauta política socialmente adequada, exista um conjunto de medidas empresariais que integre o ESG à agenda de seus negócios, visando à maximização de resultados a longo prazo.

Em cenários de imprecisão quanto ao conceito, opera-se desvirtuamento da lógica que incentivou a criação do ESG, cuidadosamente refletida para que a implementação e os fatores ESG fizessem parte da estratégia de ganho de valor e de mercado das instituições privadas – não mais como um movimento isolado, deslocado da realidade social e corporativa, atrelada à ideia de custo, queda de resultados ou atividade filantrópica. Ao revés, dá-se que:

The motivations for companies to engage in environmental supply chain contracting are complex, but they are often consistent with the assumption that private sector actors have a strong profit motive, and many actions to reduce pollution absent government regulation do not require altruism. In fact, the shift from corporate social responsibility (CSR) to ESG initiatives in the last decade reflects the idea that pro-social corporate behavior often does not arise because of altruistic motivations⁷.

Em resumo, temos que, em meio a essa difusão de significados, veem-se críticas ao ESG sob o fundamento de que causam confusão, expectativas irreais, *greenwashing* —, enganando *stakeholders*, politizando a atividade empresarial, outorgando aos conselhos e executivos margem para perseguirem suas próprias agendas ou aumentando os custos de agência⁸.

⁷ Tradução livre: “As motivações para as empresas se envolverem na contratação da cadeia de abastecimento ambiental são complexas, mas são muitas vezes consistentes com o pressuposto de que os intervenientes do setor privado têm uma forte motivação para o lucro, e muitas ações para reduzir a poluição na ausência de regulamentação governamental não requerem altruísmo. Na verdade, a mudança da responsabilidade social corporativa (RSE) para iniciativas ESG na última década reflete a ideia de que o comportamento empresarial pró-social muitas vezes não surge devido a motivações altruístas.” (VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.).

⁸ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper n° 659/2022. ECGI Working Paper Series in Law. European Corporate Governance Institute, oct. 2022, p. 5. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

É preciso, pois, voltar ao propósito e ao contexto de surgimento do termo para melhor lhe apreender o significado.

Tal retrospecto permitirá absorver que ESG é a inclusão das questões ambientais, sociais e de governança nas decisões de investimentos, de financiamento, de consumo; concretizam a sustentabilidade, com materialização financeira por meio da realização e medição de ações concretas, com metas autoimpostas e com internalização das externalidades negativas⁹.

A partir desse contexto, notar-se-á que, partindo de mudança do próprio papel da Organização das Nações Unidas (“ONU”) no contexto da globalização, tem-se evolução e criação da combinação das letras E, S e G em acrônimo de conceituação flexível, que pode variar no decorrer do tempo, do local em que considerado, do setor da indústria etc., representando verdadeiro termo “guarda-chuva”¹⁰.

Mais importante foi a aderência dos *players* de mercado ao entendimento de que ESG deve representar muito mais do que a benevolência das grandes corporações, consubstanciando nova forma de investir, de gerar valor e retorno ao acionista a longo prazo, alinhando interesses de alguns *stakeholders* com os de alguns *shareholders*¹¹. Propiciou e propicia sua evolução contínua.

Apenas para firmar a compreensão, vale dizer que *stakeholders*, muitas vezes referido ao longo do trabalho, é termo para designar indivíduos e órgãos que contribuem de forma indireta para a criação da riqueza e da operação da empresa, referindo-se a pessoas que podem ser beneficiadas ou afetadas negativamente pela empresa, isto é, que tem seu *stake* em jogo¹². Opõem-se aos *shareholders*, investidores e detentores dos

⁹ PEREIRA, Luciana Vianna. ESG e a parábola do joio e do trigo. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 121-131, 122-123.

¹⁰ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 29. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹¹ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 30. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹² Assim utilizado em: STEFANELO, Fernanda; SANT’ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97, 91, nota 1.

valores mobiliários representativos de sua participação acionária ou que, analogamente, detém condição creditícia frente ao ente que recebe os recursos investidos, assumindo diretamente os riscos do sucesso da operação.

Os *stakeholders* dividem-se em agentes internos e externos à corporação. Quanto aos primeiros, citem-se os diretores, administradores e empregados, ao passo que os agentes externos compreendem, entre outros, consumidores, competidores, agentes estatais e outros grupos de interesse, como a comunidade na qual a empresa se encontra, credores, fornecedores etc.¹³.

Passa-se a discutir o contexto de surgimento da sigla, bem assim sua absorção pelos diferentes setores e instituições, públicas, privadas, entre outras.

I.1. Surgimento

Como assinalado anteriormente, o surgimento da sigla ESG é importante diretriz para determinar o seu real significado. Sua gênese e, portanto, a sua natureza originária estão atrelados à avaliação financeira da atividade econômica¹⁴.

Impulsionado pelas demandas históricas de desenvolvimento sustentável, chegou-se à utilização do termo, pela primeira vez, em 2004, no âmbito dos compromissos assumidos pelas instituições financeiras para se lidar com problemas ambientais e sociais agravados pelo cenário de extrema globalização.

A partir de então, tal como ocorreu com o debate do *compliance*, que cresceu substancialmente nas últimas décadas, a tentativa de acompanhar a miríade de fenômenos, publicações, eventos, regulações que é, normalmente, associada ao termo ESG, depara-se com desafios de toda ordem¹⁵, o que, naturalmente, impõe limitações ao trabalho de pesquisa.

¹³ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 680/682.

¹⁴ PEREIRA, Luciana Vianna. ESG e a parábola do joio e do trigo. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 121-131, 123.

¹⁵ Conforme se afirmou, relativamente ao *compliance*, em: SAAVEDRA, Giovanni. *Compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 23.

Passa-se, portanto, aos elementos centrais que devem, em todo o contexto, ser compreendidos, para o melhor entendimento do fenômeno, especialmente em consideração aos objetivos do presente trabalho.

I.1.1. Desenvolvimento sustentável

Dentro dos limites da pesquisa do presente trabalho e com vinculação específica ao histórico ESG, constatou-se que os primeiros passos para o que se compreende dos fatores ESG ocorreram no que veio a se denominar Clube de Roma. Aurelio Peccei, empresário italiano, então *Head of Science* para a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), reuniu-se com cientistas, empresários, economistas, políticos e outros profissionais que buscavam compreender e repensar o futuro da humanidade no longo prazo, com pauta em problemas ambientais, econômicos e sociais da época. O primeiro relatório elaborado pela iniciativa, denominado “Os limites do crescimento”, foi publicado no ano de 1972¹⁶.

No mesmo ano, ocorreu em Estocolmo a conferência da ONU denominada “Human Environment”, resultando na Declaração de Estocolmo¹⁷, onde constam os princípios internacionais de meio ambiente e políticas ambientais, estabelecidos como resultado do encontro¹⁸.

¹⁶ CAMPOS, Vinicius Medina; BERTACCHINI, Yago Alves; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Empresas ESG. uma nova perspectiva para enfrentar os desafios do capitalismo além da renda mínima. Londrina: *Scientia Iuris*, v. 26, n. 1, mar. 2022, p. 89-104, 97.

¹⁷Para histórico a respeito da Declaração de Estocolmo, consultar: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_ph_e.pdf?_gl=1*mnatso*_ga*MTIyNjk5MDM5OC4xNjk1MjE0NTQy*_ga_TK9BQL5X7Z*MTY5NTIxNDU0MS4xLjAuMTY5NTIxNDY1NS4wLjAuMA. Acesso em: 20 set. 2023. Ver, igualmente: HANDL, Günther. Declaration of the United Nations Conference on the human environment (Stockolm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on the Environment and Development, 1992. *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2012. Disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf?_gl=1*19tluc3*_ga*MTIyNjk5MDM5OC4xNjk1MjE0NTQy*_ga_TK9BQL5X7Z*MTY5NTIxOTU3Mi4yLjEuMTY5NTIxOTYyMy4wLjAuMA. Acesso em: 20 set. 2023.

¹⁸ Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/300/05/PDF/NL730005.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 set. 2023. Consultar a respeito: <https://www.un.org/en/conferences/environment/stockholm1972>. Acesso em: 20 set. 2023.

A Declaração de Estocolmo, por sua vez, ensejou a criação, em 1983, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU (“CMAD”)¹⁹.

A alcunha do desenvolvimento sustentável surgiu em 1987, quando da publicação, pela ONU, do intitulado *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*²⁰ (“Relatório NFC”), ao que se seguiu, igualmente, a criação do termo *Tripple Bottom Line*, proposta por John Elkington²¹.

O Relatório NFC, referido muitas vezes simplesmente como Nosso Futuro Comum, ou Relatório Brundtland, é resultado da demanda pelo estabelecimento de agenda global para mudança, pela Assembléia Geral da ONU, para a qual foi convocada, em dezembro do ano de 1983, a mestre em saúde pública e ex-Primeira-Ministra da Noruega à época, Gro Harlem Brundtland, na qualidade de presidente da CMAD²².

Em chamado urgente, a CMAD concluiu que ações políticas voltadas à sustentabilidade seriam essenciais para a sobrevivência humana, mas também visionava o desenvolvimento econômico, o que é bem refletido pelo seguinte excerto do Relatório NFC:

3. This Commission believes that people can build a future that is more prosperous, more just, and more secure. Our report, Our Common Future, is not a prediction of ever increasing environmental decay, poverty, and hardship in an ever more polluted world among ever decreasing resources. We see instead the possibility for a new era of economic growth, one that must be based on policies that sustain and expand the environmental resource base. And we believe such growth to be absolutely essential to relieve the great poverty that is deepening in much of the developing world

4. But the Commission's hope for the future is conditional on decisive political action now to begin managing environmental resources to ensure both sustainable human progress and human survival. We are not forecasting a future; we are serving a notice - an urgent notice based on the latest and best scientific evidence - that the time has come to take the decisions needed to

¹⁹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 445.

²⁰ Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2022.

²¹ O conceito se pautava pela existência de 3 importantes “Ps”, a saber, pessoas, planeta e lucro, em tradução livre. (OIOLI, Erik. KATO, Mayara Kayuri Cabral. ESG. *Social bonds* como potencial mecanismo de alavancagem. In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo Monteiro de; CAMPINHO, Sérgio (Org.). *Direito empresarial e suas interfaces*. homenagem a Fábio Ulhoa Coelho. v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 217-239, 219).

²² Como consta em: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>. Acesso em: 9 nov. 2022.

*secure the resources to sustain this and coming generations. We do not offer a detailed blueprint for action, but instead a pathway by which the peoples of the world may enlarge their spheres of cooperation*²³.

Reconhecendo que o desenvolvimento econômico carrega consigo riscos ao meio-ambiente, o desenvolvimento sustentável pretende harmonizar os processos de desenvolvimento com a implementação das alterações, inclusive institucionais, necessárias para resguardar as necessidades planetárias das futuras gerações²⁴. Explica o Relatório NFC:

*15. In essence, sustainable development is a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development; and institutional change are all in harmony and enhance both current and future potential to meet human needs and aspiration*²⁵.

²³ Tradução Livre: “3. Esta Comissão acredita que as pessoas podem construir um futuro mais próspero, mais justo e mais seguro. O nosso relatório, O Nosso Futuro Comum, não é uma previsão de degradação ambiental, pobreza e dificuldades cada vez maiores num mundo cada vez mais poluído e com recursos cada vez mais decrescentes. Vemos, em vez disso, a possibilidade de uma nova era de crescimento econômico, que deve basear-se em políticas que sustentem e expandam a base de recursos ambientais. E acreditamos que esse crescimento é absolutamente essencial para aliviar a grande pobreza que está a agravar-se em grande parte do mundo em desenvolvimento.

4. Mas a esperança da Comissão para o futuro está condicionada a uma ação política decisiva imediata para começar a gerir os recursos ambientais para garantir tanto o progresso humano sustentável como a sobrevivência humana. Não estamos prevendo um futuro; estamos a enviar um aviso – um aviso urgente baseado nas melhores e mais recentes provas científicas – de que chegou o momento de tomar as decisões necessárias para garantir os recursos necessários para sustentar esta e as próximas gerações. Não oferecemos um plano de ação detalhado, mas sim um caminho pelo qual os povos do mundo podem alargar as suas esferas de cooperação”. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2022.

²⁴ Para estudo sobre a forma com que a jurisprudência concretiza a dicotomia existente entre desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente, ver: DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. A concretização do conceito de desenvolvimento sustentável (uma análise jurisprudencial do conflito entre desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente). Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2010.

²⁵ Tradução livre: “15. Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança em que a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão todas em harmonia e aumentam o potencial atual e futuro para atender às necessidades e aspirações humanas”. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2022.

Apesar do pragmatismo do Relatório NFC, pode-se dizer que seus objetivos não foram plenamente atingidos, já que os problemas aos quais se referiu o documento não apenas não foram atacados de maneira adequada, como foram agravados²⁶.

Esperava-se a prática denominada *beyond green* – em português: “além do verde” –, isto é, que as mudanças fossem implementadas para além dos esforços anteriores focados especificamente na prevenção da poluição e na vida útil dos produtos. O além do verde consideraria o potencial para novo setor da indústria privada que criasse negócios rentáveis, ao mesmo tempo em que aumentaria a qualidade de vida à luz da pobreza mundial, do respeito à diversidade cultural, da inspiração dos funcionários, da construção de comunidades e da conservação da integridade ambiental do planeta para as futuras gerações²⁷.

Ainda assim, o conceito de desenvolvimento sustentável do Relatório NFC serviu para alavancar, em 1992, os debates da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro e conhecida como Rio-92²⁸, bem assim para subsidiar outras conferências ocorridas na década de 1990, organizadas pela OCDE, pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional (“FMI”), todas visando à redução da pobreza sob o prisma do desenvolvimento sustentável²⁹.

Nesse contexto e na esteira do Relatório NFC, Kofi A. Annan, à época Secretário-Geral da ONU, convocou sessão especial da Assembleia Geral das Nações Unidas, denominada *Millenium Summit of the United Nations*, para discussão do papel da ONU no novo século, sendo que a resultante e denominada Declaração do Milênio, após

²⁶ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 446.

²⁷ GODELINK, Raz. *Rethinking corporate sustainability in the era of climate crisis. a strategic design approach*. Suíça: Palgrave Macmillan, 2021, p. 21.

²⁸Ver a respeito: HANDL, Günther. Declaration of the United Nations Conference on the human environment (Stockolm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on the Environment and Development, 1992. *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2012. Disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf?_gl=1*19tluc3*_ga*MTIyNjk5MDM5OC4xNjk1MjE0NTQy*_ga_TK9BQL5X7Z*MTY5NTIxOTU3Mi4yLjEuMTY5NTIxOTYyMy4wLjAuMA. Acesso em: 20 set. 2023.

²⁹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 447.

debates e encontro entre líderes mundiais, foi assinada por 189 Estados-Membros, em 8 de setembro de 2000, fixando-se série de metas que deveriam ser alcançadas até o ano de 2015, as denominadas Metas do Milênio³⁰.

Em sua carta introdutória ao documento, Kofi A. Annan expõe:

Os líderes definiram alvos concretos, como reduzir para metade a percentagem de pessoas que vivem na pobreza extrema, fornecer água potável e educação a todos, inverter a tendência de propagação do HIV/AIDS e alcançar outros objetivos no domínio do desenvolvimento. Pediram o reforço das operações de paz das Nações Unidas, para que as comunidades vulneráveis possam contar conosco nas horas difíceis. E pediram-nos também que combatêssemos a injustiça e a desigualdade, o terror e o crime, e que protegêssemos o nosso património comum, a Terra, em benefício das gerações futuras³¹.

Novamente, mais do que por dificuldades científicas, o atingimento das metas mostrou-se de difícil implementação política, sendo que alguns dos objetivos almejados, em verdade, regrediram. Apesar disso, restou legado importante: a de que, em um mundo multilateral, as demandas da sustentabilidade não seriam governadas apenas por Estados-Nações, mas por outros agentes, como as grandes companhias e organizações não governamentais³².

I.1.1.1. A função social da empresa

Parece prudente não discorrer sobre o princípio da função social da empresa em toda a sua extensão ³³, tampouco exaustivamente, o que ensejaria trabalho

³⁰ Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2000%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20do%20Milenio.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2023.

³¹ Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2000%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20do%20Milenio.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2023.

³² GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 450. Ver também: CAMPOS, Vinicius Medina; BERTACCHINI, Yago Alves; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Empresas ESG. uma nova perspectiva para enfrentar os desafios do capitalismo além da renda mínima. *Scientia Iuris*: Londrina, v. 26, n. 1, mar. 2022, p. 89-104, 99 e ss.

³³ Ver, entre outros: REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125; AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. A função social da empresa: uma análise à luz do princípio de sua conservação. In: PERES, Tatiana Bonatti (Org.). *Temas relevantes de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 81-120; LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São

monográfico próprio e exaustivo, mas apenas a respeito de seus aspectos norteadores e que contribuíram para o atual cenário ESG que, aplicando dinâmica própria, se vale da governança corporativa para realizar, sem se desvincular dos resultados econômicos, a dita função social.

ESG abrange a função social da empresa, princípio que impõe dever legal limitando o exercício da atividade privada que não atenda aos ditames de interesse público mínimos estabelecidos pela Constituição Federal. Exatamente por ampliar o aspecto meramente privatista da empresa, atingindo aspectos sociais, integra, por identidade de conteúdo, ESG.

A empresa, portanto, não é concebida em sua visão meramente privatista, embora ainda tenha como objetivo precípua a realização de resultados, entrega de valor aos acionistas e à sociedade, pois um contribui com o outro. Como explica Renato Ventura Ribeiro³⁴, se, anteriormente, nas suas relações meramente privadas e internas com acionistas, já eram identificados problemas, a tendência é o agravamento das tensões com os novos deveres perante terceiros.

A base constitucional e força-motriz da função social da empresa parte da noção da função social da propriedade, prevista no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal³⁵.

O termo “função social” foi adotado pela primeira vez na Constituição Federal de 1967, na Emenda de 1969, embora o princípio estivesse inserto na parte relativa à ordem econômica e não entre as garantias fundamentais do cidadão. Nos

Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 325 e ss.; AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. *A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro*. São Paulo: SRS, 2008.

³⁴ RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores das sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 176.

³⁵ “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.”.

predecessores textos constitucionais de 1934 e 1946, o exercício da propriedade era condicionado ao interesse social³⁶.

Houve mitigação ao direito visto como absoluto – o da propriedade –, passando-se a observar também a sua destinação social, como pressuposto e pré-requisito de uso conforme a finalidade social³⁷.

Visto sob outra faceta, há nova configuração pelo modo como o sujeito irá se apropriar do objeto e transformá-lo, sendo o desenvolvimento da relação entre sujeito e objeto apropriado o que faz a propriedade existir em conformidade com o Direito, não cabendo o emprego, pelo sujeito, de meios de apropriação que possam vir a prejudicar a sociedade, nem a realização de atividades contrárias aos valores sociais³⁸.

E a empresa, concebida como complexo de relações jurídicas econômicas, configura-se como propriedade dinâmica, invariavelmente se subordinando aos princípios da função social da propriedade, entre os quais os constantes do artigo 170 da Constituição Federal, orientando e direcionando o exercício da livre iniciativa empresarial, como a proteção dos empregados, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades e o tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, garantindo-se, dessarte, que o fim da empresa é o de proporcionar benefícios não apenas para os seus acionistas, mas também à coletividade³⁹.

³⁶ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S.As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 100-101.

³⁷ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 76. Ver, também, a respeito da função social da propriedade constitucionalmente estabelecida e sua relação com a atividade empresarial: AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. A função social da empresa: uma análise à luz do princípio de sua conservação. In: PERES, Tatiana Bonatti (Org.). *Temas relevantes de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 81-120, 99 e ss. E, ainda, trabalho monográfico do mesmo autor: AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. *A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro*. São Paulo: SRS, 2008.

³⁸ DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. *Revista de Direito Ambiental*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 7, n. 27, jul./set. 2002, p. 58-69. 60.

³⁹ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 77.

A Constituição Federal também outorga ao Estado a regulação e fiscalização da atividade econômica, em seu artigo 173, em especial seus parágrafos 4º e 5º e artigo 174, configurando-se, nesse todo, premissas constitucionais que deslocam as raízes da governança corporativa para o campo constitucional e sustentam a premissa do ESG⁴⁰.

No entanto, mesmo antes do texto constitucional, a Lei das S.A. já contemplava a ideia de função social da empresa, sendo relevante parâmetro de gestão dos negócios empresariais⁴¹. São dispositivos direcionados ao acionista controlador, o constante no parágrafo único do seu art. 116, e ao administrador, o estipulado no artigo 154 do mesmo Diploma. Veja-se, respectivamente:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

(...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Destaca-se, novamente sem pretensão de esgotar o tema, que a função social voltada ao papel do acionista controlador e administrador serve apenas como fonte balizadora e linha limítrofe das atuações econômicas, que devem ser praticadas em consonância com o interesse da comunidade como um todo, a saber, meio ambiente, consumidores, trabalhadores⁴², porém jamais desligando-a do mercado, como se entidade filantrópica fosse.

⁴⁰ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 78-79.

⁴¹ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S.As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 3.

⁴² REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 78-79.

A regra também impõe que os administradores não devam atuar no interesse de quem os elegeu ao cargo, pois não os representa. Devem buscar o interesse social e a lucratividade da companhia, com o menor custo possível à comunidade, daí a menção às exigências do “bem público” e da “função social da empresa”⁴³.

Apesar disso, sabe-se que a ausência de eficaz atribuição de legitimidade aos titulares desses interesses para sua defesa e de deveres e responsabilidades aos condutores da atividade empresarial transforma a norma do artigo 116 da Lei das S.A. em outras de mesma orientação em pouco mais do que exercício de retórica⁴⁴.

De qualquer forma, não se confunde a atuação da empresa em observância à função social da propriedade com o que se denomina empreendedorismo social ou a atuação do terceiro setor⁴⁵.

Já se mencionou que a função social da empresa é dever legal, com fundamento constitucional, ao passo que a atuação do terceiro setor, bem assim o empreendedorismo social e a responsabilidade social corporativa têm vertente tradicionalmente voluntarista, explicada, em parte, porque se exteriorizam por atuações que ultrapassam o mero dever legal, e também porque não visam a incorporá-las no seio das suas atividades empresariais, uma vez que poderiam representar ônus às companhias.

Para Fábio Ulhoa Coelho, cumpre sua função social a empresa que gera empregos, tributos, riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural na comunidade em que atua e adota práticas empresariais sustentáveis em relação ao meio ambiente⁴⁶.

⁴³ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. 3. ed. v. III. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 139.

⁴⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário*. poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 41.

⁴⁵ Para tanto, veja de que se tratam o empreendedorismo empresarial e o funcionamento do terceiro setor, em: FILHO, Willis Santiago Guerra. TURQUETI, Daniele de Mattos Carreira. LIMA, Marcus Vinicius Rodrigues. A responsabilidade pelo enfrentamento de demandas sociais. a assimilação empresarial do conceito e a nova onda ESG. Curitiba: *Revista Jurídica Unicuritiba*. jan.-mar. 2021, v. 2, n. 63, p. 663-683, 669 e ss.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*. Saraiva, 2012, p. 37.

O Código Civil, por sua vez, silencia a respeito da função social da empresa de maneira específica, apenas cuidando, no artigo 421, da função social dos contratos⁴⁷, omissão que motivou sugestão para que fosse acrescido texto ao referido diploma no sentido de que “o exercício da atividade empresarial, para ser legítimo, deve cumprir, necessariamente, a sua função social”⁴⁸. De qualquer forma, ainda que por negócio jurídico plurilateral, as sociedades detêm natureza jurídica eminentemente contratual, pelo que plenamente possível transplantar a função social dos contratos às sociedades empresárias.

É que a empresa mantém uma relação de interdependência com a sociedade, motivo pelo qual seus propósitos não estão necessariamente em oposição aos interesses coletivos⁴⁹. Tampouco devem estar.

I.1.1.2. As instituições privadas e financeiras e a guinada ESG

Possivelmente antevendo as dificuldades de alocar aos Estados as tarefas pretendidas pelas Metas do Milênio, mesmo antes da sua formalização, em encontro do Fórum Econômico Mundial em 1º de fevereiro de 1999, Kofi A. Annan convidou companhias a firmarem parcerias com a ONU, resultando a formalização de pacto global de valores e princípios voltados ao desenvolvimento sustentável, o Pacto Global das Nações Unidas.

Em verdade, esse movimento de aproximação das corporações privadas é impulsionado pela própria mudança de visão com que a ONU percebia o mundo

⁴⁷ Também regra de transição do Código Civil trata da função social da propriedade e dos contratos, ao estabelecer:

“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁴⁸ LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 326.

⁴⁹ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 674.

corporativo, para alguns preconceituosa em relação aos negócios, pois, segundo narrado, se via como a campeã da justiça social, em que o sistema econômico mundial se mostrava mais empecilho do que solução para implementação das políticas almeçadas pelo órgão⁵⁰. De fato, o projeto de transformação social requer não só o engajamento de instituições públicas, mas das instituições privadas, visto que os direitos fundamentais devem ser aplicados sob sua vertente horizontal, vinculando atores do setor privado⁵¹.

Deve-se ter em conta que, para além do engajamento do setor privado servir como um modelo a ser seguido também nos demais ramos sociais, a questão financeira se mostra impeditiva aos Estados para que implementem, com os recursos necessários, boas práticas de sustentabilidade. Estudo envolvendo a atuação das instituições financeiras em dois dos países com uma das maiores emissão de gases de efeito estufa no mundo, a saber, Indonésia, 14º maior emissor em números absolutos, e Austrália, 1º lugar *per capita*, expõe a limitação orçamentária dos governos para lidar com o problema de aquecimento global⁵².

Nesse contexto, acresça-se a ideia exposta por José Renato Nalini⁵³ ao estabelecer que, por haver sobrevivido às intempéries, a instituição que pode ser considerada vencedora no século XXI é a empresa, ao passo que o Estado se encontra com sua soberania cada vez mais relativizada, ao mesmo tempo em que a empresa integra um sistema competente, primando pela eficiência. De qualquer forma, não há que se ignorar o papel do Estado, por meio de sua administração direta e indireta, de criar

⁵⁰ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper n° 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 7. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023. Pode se tomar como exemplo dessa oposição ao setor privado o lançamento da *New International Economic Order* (NIEO), esforço da ONU envolvendo países desenvolvidos conhecidos como G-77, visando a uma reforma estrutural e redistribuição global para auxílio ao hemisfério sul, envolvendo controvérsia sobre eventual tentativa de regulação das corporações transnacionais, o que de fato se tentou implementar por vários anos, pela *Comission on Transational Corporations*, criada após o NIEO, por meio de um Código de Conduta para companhias transnacionais, visto como anti-negócios.

⁵¹ TOBING, Hanna Yolanda. *Corporate sustainability and responsibility of private finance institutions in the transition to a low carbon economy. case studies in Australia and Indonesia*. Tese (Doutorado em filosofia) – Faculty of Built Enviroment in University of New South Wales. Sidney, 2014, p. 294. Disponível em: <https://unsworks.unsw.edu.au/entities/publication/37c162aa-95a5-4c1c-b0be-d35bfef4aea1>. Acesso em: 6 dez. 2023.

⁵² MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 667.

⁵³ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

ambiente constitucional, legal e regulamentar, propício à implementação e dissipação dos fatores ESG nas diferentes agendas⁵⁴.

O Pacto Global das Nações Unidas estabeleceu, inicialmente, nove princípios, ao que se acresceu décimo princípio a respeito de corrupção no ano de 2004, para sustentabilidade no âmbito corporativo, com a formulação daquilo que seria o modelo de condução de negócios das companhias, para que se atingisse, pelos seus aderentes, no âmbito de suas operações e processos decisórios, responsabilidades nas áreas de direitos

⁵⁴ A respeito do tema, ver: BENETON, Marco Antonio Hatem. A aplicação do sistema ESG ao processo de formação das leis: adaptação do processo legislativo ao mundo contemporâneo par ao enfrentamento de novos desafios no setor público. *Revista Jurídica Profissiona*l. v. 1, n. 1, 2002, p. 4-18.

humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção⁵⁵. São, ao todo, quase 20.000 aderentes ao Pacto Global das Nações Unidas⁵⁶.

⁵⁵ Os princípios são os seguintes:

“Human Rights

Principle 1: *Businesses should support and respect the protection of internationally proclaimed human rights; and*

Principle 2: *make sure that they are not complicit in human rights abuses.*

Labour

Principle 3: *Businesses should uphold the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;*

Principle 4: *the elimination of all forms of forced and compulsory labour;*

Principle 5: *the effective abolition of child labour; and*

Principle 6: *the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.*

Environment

Principle 7: *Businesses should support a precautionary approach to environmental challenges;*

Principle 8: *undertake initiatives to promote greater environmental responsibility; and*

Principle 9: *encourage the development and diffusion of environmentally friendly technologies.*

Anti-Corruption

Principle 10: *Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery.”.*

Tradução livre: “Direitos humanos

Princípio 1: As empresas devem apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos proclamados internacionalmente; e

Princípio 2: certificar-se de que não são cúmplices de violações dos direitos humanos.

Trabalho

Princípio 3: As empresas devem defender a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva;

Princípio 4: eliminação de todas as formas de trabalho forçado e obrigatório;

Princípio 5: a abolição efetiva do trabalho infantil; e

Princípio 6: a eliminação da discriminação em matéria de emprego e profissão.

Ambiente

Princípio 7: As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais;

Princípio 8: empreender iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; e

Princípio 9: incentivar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias amigas do ambiente.

Na esteira do Pacto Global das Nações Unidas, em 2003, braço do Banco Mundial, *International Finance Corporation* (“IFC”), concebido para desenvolvimento do setor privado dos países-membros, uniu-se às instituições financeiras internacionais para estabelecer “critérios mínimos ambientais e de responsabilidade social, para serem atendidos nas concessões de crédito”⁵⁷, resultando na aprovação, em Washington, de conjunto de regras denominado Princípios do Equador.

O *clímax*, no que se refere ao surgimento do ESG, veio em 2004, quando vinte e três⁵⁸ das principais instituições financeiras mundiais (apenas uma delas brasileira, o Banco do Brasil) foram convidadas a preparar relatório com diretrizes de atuação nos setores ambientais, sociais e de governança em suas atividades, iniciativa que gerou o relatório *Who Cares Wins: Connecting Financial Markets to a Changing World*⁵⁹ (“Relatório WCW”).

Anticorrupção.

Princípio 10: As empresas devem trabalhar contra a corrupção em todas as suas formas, incluindo extorsão e suborno. (Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/participation/join/commitment>. Acesso em: 26 jan. 2023).

⁵⁶ Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/participation/join/commitment>. Acesso em: 26 jan. 2023.

⁵⁷ WAISBERG, Ivo; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto. Sustentabilidade e responsabilidade social nas instituições financeiras: Princípios do Equador. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, a. 11, n. 41, p. 177-196, jul./set. 2008, p. 180.

⁵⁸ São elas: “ABN Amro; Aviva; AXA Group; Banco do Brasil; Bank Sarasin; BNP Paribas; Calvert Group; CNP Assurances; Credit Suisse Group; Deutsche Bank; Goldman Sachs; Henderson Global Investors; HSBC; IFC; Innovest; ISIS Asset Management; KLP Insurance; Mitsui Sumitomo Insurance; Morgan Stanley; RCM (a member of Allianz Dresdner Asset Management); UBS Westpac; World Bank Group” The Global Compact. Who cares wins. connecting financial markets to a changing world. New York, United Nations, 2004, p. 3. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2023.

⁵⁹ The Global Compact. Who cares wins. connecting financial markets to a changing world. *New York, United Nations*, 2004. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022. Trata-se de primeiro relatório preparado pela iniciativa *Who Cares Wins*, do qual seguiu-se *Investing for Long-Term Value*, em 2005, *Communicating ESG Value Drivers at the Company-Investor interface*, em 2006, *New Frontiers in Emerging Markets Investment*, em 2007. Ver a respeito: KNOEPFEL, Ivo; HAGART, Gordon. *Future proof?: embedding environmental, social, and governance issues in investment markets – outcomes of the Who Cares Wins Initiative 2004-2008*. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/681662>. Acesso em 28 jan. 2023. Consultar também: GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 455 e ss. ASSUNÇÃO, Thiago. ESG and net zero emissions targets: accelerating climate action through private sector voluntary commitments in Brazil. *Revista Mosaicos Estudos em Governança, Sustentabilidade e Inovação*. Curitiba, v. 3, n. 1, 2021, p. 17-34, p. 18 e ss.; POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper n° 659/2022. *ECGI Working*

Trata-se de relevante fonte, produzida também sob o mandato do então Secretário-Geral da ONU, Kofi A. Annan. O documento acolhe, pela primeira vez⁶⁰, a perspectiva ESG, trazendo importantes diretrizes para entendimento do instituto.

Em primeiro lugar, sobre a terminologia adotada, esclarece o relatório que:

Throughout this report we have refrained from using terms such as sustainability, corporate citizenship, etc., in order to avoid misunderstandings deriving from different interpretations of these terms. We have preferred to spell out the environmental, social and governance issues which are the topic of this report⁶¹.

De se notar que ESG compõe ambiental, social e governança corporativa, isto é, ESG é entendido por aquilo que o compõe, objetivamente, mas sem descuidar da projeção dinâmica e histórica de sua composição – tudo a evitar que interpretações distorcidas possam ser implementadas.

O relatório defende maior inclusão do ambiental, do social e da governança corporativa, aspectos ESG, nas decisões de investimento que visem a atingir objetivos como: (i) fortalecimento e maior resiliência do mercado⁶²; (ii) maior confiabilidade nas instituições financeiras; (iii) conscientização do papel dos *stakeholders*⁶³.

Paper Series in Law. European Corporate Governance Institute, 2022. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

⁶⁰ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 456.

⁶¹ The Global Compact. Who cares wins. connecting financial markets to a changing world. New York, United Nations, 2004, p. 1-2. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022.

⁶² Em estudo envolvendo 61 empresas não financeira listadas na B3 no período de 2011 a 2020, identificou-se que “o desempenho ESG diminui a volatilidade financeira das empresas e que o *disclosure* das práticas ESG possuem influência significativa no crescimento a longo prazo e na diminuição da volatilidade financeira nos períodos em que as empresas estão expostas a choque exógenos da organização”, pelo que “o desempenho e o *disclosure* das práticas ESG apresentam influência na construção da capacidade de resiliência organizacional nas empresas analisadas no estudo” (DALCERO, Kátia; HOFFMANN, Valmir Emil. Influência do desempenho e do *disclosure* das práticas ambiental, social and governance (ESG) na resiliência organizacional. *XLVI Encontro da ANPAD: EnANPAD*, 2022. Disponível em: <https://anpad.com.br/uploads/articles/120/approved/92ae5cfef57d9ef9a523753e45fc9b0b.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2024).

⁶³ UNITED NATIONS. The Global Compact. *Who cares wins*. connecting financial markets to a changing world. New York, United Nations, 2004, p. 3. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022.

Ao mesmo tempo, assevera que o mercado de investimentos tem interesse próprio em contribuir para melhor gerenciamento dos aspectos sociais e ambientais de uma forma que promova o desenvolvimento sustentável da sociedade global, no que se refere a estudos evidenciando que o bom gerenciamento dos fatores ESG contribui para o acréscimo de valor ao acionista, seja porque reduz riscos relacionados aos aspectos sociais, ambientais e de governança, seja porque promove o acesso a novos mercados, ou ainda porque, se antecipando às tendências dos consumidores, fortalece suas marcas e reputação.

Releva, ainda, que as companhias não devem focar em fatores isolados do ESG, mas no todo pertinente ao seu ramo de negócios⁶⁴.

O relatório final da iniciativa⁶⁵, de 2009 e, portanto, posterior à eclosão da crise financeira do ano de 2008, trouxe recomendações mais específicas, sempre voltadas à integração dos fatores ESG em investimentos, com melhoria da transparência e da sua mensuração, o que permitiria, aos investidores, avaliar métricas para tomada de decisões.

Entre outras conclusões, o relatório final apontou que o progresso não foi uniforme, mas que o entendimento e integração de questões financeiras e ambientais avançaram, ao passo que questões sociais e envolvendo os *stakeholders*, como relação com empregados, capital humano e considerações éticas, não evoluíram em ritmo adequado⁶⁶.

Fato é que os esforços empreendidos, aliados ao cenário de interesses que convergiam, de alguma forma, aos diferentes setores sociais impactados, positivamente, por cada uma das letras que compõem o ESG⁶⁷, popularizam a sigla, expondo-a aos

⁶⁴ UNITED NATIONS. The Global Compact. *Who cares wins*. connecting financial markets to a changing world. New York, United Nations, 2004, p. 7/9. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022.

⁶⁵ KNOEPFEL, Ivo; HAGART, Gordon. *Future proof?: embedding environmental, social, and governance issues in investment markets – outcomes of the Who Cares Wins Initiative 2004-2008*. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/681662>. Acesso em 28 jan. 2023.

⁶⁶ KNOEPFEL, Ivo; HAGART, Gordon. *Future proof?: embedding environmental, social, and governance issues in investment markets – outcomes of the Who Cares Wins Initiative 2004-2008*. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/681662>. Acesso em 28 jan. 2023.

⁶⁷ Como explicado em: POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 17. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023: “Notably, to arrive at

holofotes como novo conceito de investimento, com potencial de sucesso maior do que se apresentado pelas alcunhas anteriores, como “investimento ético” ou “responsabilidade social empresarial”, entre outros, relacionando-os a empresas com desempenhos financeiros aquém do desejado ou ideológicas em sua essência ou, ainda, como entidades filantrópicas. Cita-se, inclusive, que a ordem das letras “E”, “S” e “G” foram cuidadosamente escolhidas⁶⁸. Verdadeiro trabalho de *branding*.

De se acrescentar que o discurso, também em sua essência, foi alterado. Pretendeu-se desvincular ESG de valores éticos pessoais em direção à materialidade que pudesse atrair em suas práticas gestores e *players* do mercado de capital em geral. Navegou por interesses variados, alinhando-os ao acréscimo de valor do investimento a longo prazo, de acordo com o risco assumido⁶⁹, valorizando esforços que se mostraram recompensados.

this point, a fragile alliance had to come together under a big tent to create and focus attention on the new term of ESG. Although not explicitly spelled out in reports, the history reflects a wide array of interests being negotiated through this time, starting with the vision of some true believers in environmental and social progress who catalyzed the international investment community and financial industry to become a driving force for uptake. The E in ESG held out promise for making progress on environmental issues for financial institutions and institutional investors, particularly in Europe, that had been working on climate initiatives and engagement on ‘sustainability’ dating back to the 1980s and the UN-commissioned Brundtland Report. Incorporating S into ESG was particularly important for labor-affiliated pension funds, and reflected various principles that the UN had championed through its work on the Global Compact and earlier efforts focused on developing economies. The G was already widely embraced by mainstream players and conventional notions of law and finance, and thereby provided legitimacy or cover for attempts at making progress on environmental and social issues”.
 Tradução livre: “Notavelmente, para chegar a este ponto, uma aliança frágil teve de se unir sob uma grande tenda para criar e concentrar a atenção ao novo termo de ESG. Embora não seja explicitamente indicada nos relatórios, a história reflete vasta gama de interesses negociados ao longo deste período, começando com a visão de alguns verdadeiros crentes no progresso ambiental e social que catalisaram a comunidade de investimento internacional e a indústria financeira para se tornarem uma força motriz para absorção. O E em ESG prometeu fazer progressos em questões ambientais para instituições financeiras e investidores institucionais, particularmente na Europa, que têm trabalhado em iniciativas climáticas e envolvimento na ‘sustentabilidade’ desde a década de 1980 e no Relatório Brundtland encomendado pela ONU. A incorporação de S no ESG foi particularmente importante para os fundos de pensões associados ao trabalho e refletiu vários princípios que a ONU defendeu por meio do seu trabalho no Pacto Global e de esforços anteriores centrados nas economias em desenvolvimento. O G já foi amplamente adotado pelos principais intervenientes e pelas noções convencionais de direito e finanças, proporcionando assim legitimidade ou cobertura para tentativas de progresso em questões ambientais e sociais”.

⁶⁸ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 17-18. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

⁶⁹ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 18. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

Subsequentemente, tem-se por relevante a Conferência para o Desenvolvimento Sustentável ocorrida no Rio de Janeiro, em 2012, por iniciativa da ONU, sendo precedente importante para a construção dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, materializados na Declaração do Milênio.

Seguiu-se a Agenda para o Desenvolvimento Sustentável da ONU 2030 (“Agenda 2030”), formulada com a participação dos governos e a colaboração da sociedade civil e outros *stakeholders*. Pretende trilhar caminho para o desenvolvimento sustentável e inclusivo para todos. Composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (“ODS”), aprovados por unanimidade pelos 193 Estados-membros da ONU, na Assembleia Geral ocorrida 25 de setembro de 2015. A par disso, estimulam desafios para erradicação da pobreza e para a promoção da prosperidade e do bem-estar da humanidade, nas três dimensões do desenvolvimento, quais sejam, a ambiental, a social e a econômica⁷⁰.

Os ODS trazem quadro de sustentabilidade em nível global, ao passo que os critérios ESG contribuem para quadro mais específico, ao avaliar o grau de sustentabilidade das empresas, mas que podem, de igual forma, ter impacto mundial, diante do tamanho da instituição envolvida e de sua presença ao redor do globo. Assim, adotando-se abordagem holística, tem-se a integração dos ODS aos critérios ESG, apresentando-se oportunidade para impulsionar a sustentabilidade, a inclusão e a diversidade⁷¹.

Diante de cenário e contexto apresentados, pode-se dizer que os verdadeiros fatores ou aspectos ESG estão ligados, em seu processo histórico de desenvolvimento e reconhecimento, às dinâmicas próprias do Direito Societário e do mercado de capitais no âmbito internacional, visando a proteger os interesses de reputação e marca por sociedades empresárias⁷².

⁷⁰ COSTA, Lígia Maura. ESG. caminho sustentável e inclusivo das empresas no mundo dos negócios jurídicos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 113-119, 115.

⁷¹ COSTA, Lígia Maura. ESG. caminho sustentável e inclusivo das empresas no mundo dos negócios jurídicos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 113-119, 115.

⁷² MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 316.

A iniciativa implementa-se mediante a adoção de políticas que, se, de um lado e isoladamente consideradas, ultrapassam o interesse próprio das companhias – pois as ações circundantes do ESG, no mais das vezes, não crescem diretamente aos seus respectivos patrimônios –, de outra face, alavancam seu valor por via indireta, ao trazer-lhes credibilidade e lhes propiciar vultosos investimentos que, sem a adoção de tais políticas, não ocorreriam. Discute-se, inclusive, até que ponto a adoção de políticas externas aos interesses diretos da sociedade se revelam, de fato, como externas ou se seriam de interesse próprio⁷³.

Basta notar que os denominados *Big Three* da gestão de ativos, a saber, Vanguard, State Street e BlackRock, começaram a falar a língua do ESG⁷⁴, sendo que o *CEO* da BlackRock Larry Fink, sempre mencionado por sua carta anual aos *CEO*'s, com destaque para as do ano de 2017⁷⁵ e de 2021⁷⁶, põe relevo à boa *performance* das empresas adeptas ao ESG.

Também merece destaque, nesse contexto que, em agosto de 2019, 181 *CEOs* membros do denominado *Business Roundtable* assinaram compromisso que atenua o *shareholder primacy*, ao estabelecer pilares de atuação dos signatários do documento, intitulado *Statement on the Purpose of a Corporation*. Tem por premissas a entrega de valor aos consumidores, com consecução ou superação de suas expectativas; investimento em funcionários, com treinamento, justa remuneração, e suporte para que desenvolvam habilidades para um mundo em mudança, com busca de diversidade, inclusão, dignidade e respeito; tratamento justo e ético com fornecedores; assistência às comunidades em que inseridas as companhias, mediante respeito às pessoas e proteção do ambiente por meio de políticas sustentáveis; geração de valor a longo prazo para os

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnaldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 316.

⁷⁴ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper n° 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 18. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

⁷⁵ BLACKROCK. *Larry Fink's 2017 Letter to CEOs*. Disponível em: <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/2017-larry-fink-ceo-letter>. Acesso em: 4 mar. 2023.

⁷⁶ BLACKROCK. *Larry Fink's 2021 Letter to CEOs*. Disponível em: <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/2021-larry-fink-ceo-letter>. Acesso em: 4 mar. 2023.

acionistas que disponibilizam o capital que permite à companhia investir, crescer e inovar, com transparência⁷⁷.

Entende-se que o *Business Roundtable* rompeu com sua longa tradição de advogar a prevalência dos interesses exclusivos do acionista, e o faz para levar a sério o *stakeholderism*, o que não é de se surpreender, já que as companhias pretendem ser atrativas para os trilhões de dólares que estão alocados em *portfolios* ESG⁷⁸.

I.2. Disrupção do ESG: *greenwashing*, *ESGwashing*, *whitewashing*, *socialwashing*, *tokenismo*, **ativismo ESG e **movimentos anti-ESG****

ESG não é imune a desvirtuamentos.

Assim como ocorre em qualquer instituto jurídico – no que se estende, igualmente às disciplinas relacionadas à inovação, à tecnologia, à ciência, à física –, inexistente imunidade à desvirtuação da finalidade pretendida por sua utilização abusiva, de má-fé.

Maculam o instituto e, caso não adequadamente reguladas, podem colocar em xeque sua adequada implementação. São graves, assim, por um duplo aspecto: ao ludibriar a sociedade e ao colocar em risco mecanismos que a beneficiem. Vejamos a forma com que a disrupção do ESG pode se manifestar.

⁷⁷BUSINESS ROUNDTABLE. *Statement on the Purpose of a Corporation*. ago. 2019. Disponível em: https://system.businessroundtable.org/app/uploads/sites/5/2023/02/WSJ_BRT_POC_Ad.pdf. Acesso em: 28 jan. 2023. Ver, igualmente, a respeito: SAAD, Aisha; STRAUSS, Diane. The new “reasonable investor” and changing frontiers of materiality. increasing investor reliance on ESG disclosures and implications for securities litigation. *Berkeley Business Law Journal*. v. 17(2), 2020, p. 397-439, 398; GODELINK, Raz. *Rethinking corporate sustainability in the era of climate crisis*. a strategic design approach. Suíça: Palgrave Macmillan, 2021, p. 28-30; AFSHARIPOUR, Afra. ESG and board-shareholder engagement in M&A, 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4301453. Acesso em: 14 jun. 2024.

⁷⁸AFSHARIPOUR, Afra. ESG and board-shareholder engagement in M&A, 2022, p. 3. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4301453. Acesso em: 14 jun. 2024.

Greenwashing (maquiagem verde⁷⁹), também denominado *ESGwashing*, em matéria ESG, normalmente se refere a práticas voltadas a criar percepções errôneas em investidores ou a lhes dar a falsa impressão de que determinado investimento se encontra muito bem alinhado com os objetivos relacionados ao desenvolvimento sustentável⁸⁰.

Também pode ter intuito de ludibriar consumidores, em verdadeira sobreposição da forma sobre a essência, pois são práticas que aparentemente estão alinhadas aos fatores de sustentabilidade, mas que efetivamente não se verificam⁸¹.

Por isso, há quem repute se tratar de tática de *marketing*⁸². Em verdade, costuma-se mencionar o *greenwashing* para abranger não só práticas ambientais de fachada, como também aquelas envolvendo a sigla “S” e “G”⁸³, com referências, igualmente, a *whitewashing*⁸⁴.

Mas o termo *greenwashing* tornou-se popular nos Estados Unidos da América na década de 1990, originalmente ligado ao contexto de consumidores buscando produtos ambientalmente corretos, ou verdes. O *greenwashing* foi disciplinado pela denominada

⁷⁹ MARCHILLI, Rafael Nardi. O greenwashing nos informes ESG como ilícito. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 161-172, 162.

⁸⁰ INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSION. *Sustainable Finance and the Role of Securities Regulators and IOSCO*. Final report. Madrid: 2020, p. 3, nota de rodapé 10. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD652.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

⁸¹ 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*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./2021, v. 93, p. 91-111, s.p.

⁸² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. ESG (enviromental, social and corporate governance. A publicidade enganosa e a publicidade abusiva em face do direito empresarial ambiental brasileiro. *Revista Direito Culturais*. Santo Ângelo: jan.-abr./2022, v. 17, p. 207-223, 210.

⁸³ Como se extrai da definição de *greenwaching* por: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. ESG (enviromental, social and corporate governance. A publicidade enganosa e a publicidade abusiva em face do direito empresarial ambiental brasileiro. *Revista Direito Culturais*. Santo Ângelo: jan.-abr./2022, v. 17, p. 207-223, 210.

⁸⁴ COSTA, Lúgia Maura. ESG. caminho sustentável e inclusivo das empresas no mundo dos negócios jurídicos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 113-119, 116.

Green Guides, de 1992, da *Federal Trade Commission*, órgão regulador americano, tendo sido revisado nos anos de 1996, 1998 e 2012⁸⁵.

O *Green Guides* contém exemplos ilustrativos da prática de *greenwashing*, como a falta de clareza na exposição de benefícios de produtos, exagero na descrição de seus atributos ambientais, manipulação comparativa de informação, uso de certificações e selos de aprovação de terceiro sem a necessária clareza etc.⁸⁶.

Embora inicialmente ligada a produtos, a prática de *greenwashing* é desafio a ser enfrentado no âmbito ESG, criando-se ceticismo que pode sair caro para a agenda de curto, médio e longo prazo imposta, por exemplo, pela mudança climática⁸⁷.

Em tais termos, o *greenwashing* afeta o mercado (*greenwashing* nas empresas), os produtos ou serviços (*greenwashing* nos produtos)⁸⁸, e até mesmo os demais integrantes da sociedade que, de uma forma ou de outra se relacionam com a empresa, os *stakeholders*. Investidores, consumidores e os demais participante da comunidade impactada pela atividade empresarial, que imaginavam manter vínculos com *green firms*, aquelas que desempenham adequadamente fatores de desenvolvimento sustentável, estão, em realidade, aproximando-se de uma *brown firm*, que não opera fatores ESG⁸⁹.

Por se tratar de vício que pode atingir negativamente diferentes esferas sociais, a grande litigiosidade ao redor do mundo em razão da prática de *greenwashing*

⁸⁵ Para mais informações: <https://www.ftc.gov/news-events/topics/truth-advertising/green-guides>. Acesso em 8 dez. 2023.

⁸⁶ MARCHILLI, Rafael Nardi. O *greenwashing* nos informes ESG como ilícito. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 161-172, 162.

⁸⁷ MARCHILLI, Rafael Nardi. O *greenwashing* nos informes ESG como ilícito. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 161-172, 164.

⁸⁸ GOMIERO, Paulo Henrique. Os fatores ASG e a prática do *greenwashing*. *Boletim Revista dos Tribunais Online*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2021, v. 21 s.p.

⁸⁹ 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*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./2021, v. 93, p. 91-111, s.p.

envolve o direito consumerista ⁹⁰, o direito regulatório do mercado de capitais, o direito bancário, o securitário etc⁹¹.

Como exemplo, vale citar companhias que enfatizam em suas comunicações ao mercado preocupações e alinhamentos às práticas ESG, mas, em realidade, os fatores ESG têm pouco impacto nos investimentos realizados ou na estratégia de negócios implementada.

Cita-se, exemplificativamente, a potencial prática no caso Braskem em Maceió. Consoante se afirmou, a companhia “divulga a adoção de carbono neutro, o comprometimento na redução de gases tóxicos, a utilização de energia renovável, o descarte adequado de resíduos (...), mas “o aspecto relacional da empresa com o seu entorno social e ambiental parece afastado da consolidação das metas ESG anunciadas”⁹².

Não é só a informação inverídica que configura a prática, a qual pode se dar por meio de divulgação de informações de modo mitigado ou neutro, sob um aspecto mais positivo, escondendo dados negativos ou, ainda, pela divulgação de grande quantidade de dados com objetivo de confundir⁹³.

Ainda, caracteriza-se *greenwashing* a existência de programas de *compliance* fictos, que não incluem mecanismos internos efetivos para monitoramento de sua adoção; ou envolvendo programas de ações com prazos muito elevados para implementação, sem a realização de qualquer investimento subjacente, servindo apenas como mecanismo de publicidade e sem qualquer efeito prático.

Entende-se que a eficácia do *compliance* reside na adequada identificação dos riscos da empresa, o que permitirá a criação de medidas adequadas aos riscos previamente

⁹⁰ Ver a respeito: CRESCI, Paula Chacur de; SERAPIÃO, Renata. ESG e *greenwashing*. tendências regulatórias na proteção ao consumidor. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 142-149.

⁹¹ PEREIRA, Luciana Vianna. ESG e a parábola do joio e do trigo. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 121-131, 124.

⁹² OLIVEIRA, Cristina Rego de. “Justaponto as lentes?” ESG e práticas restaurativas no caso Braskem/Maceió. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 173-186, 179.

⁹³ MARCHILLI, Rafael Nardi. O greenwashing nos informes ESG como ilícito. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 161-172, 163.

identificados. De suma importância é a qualidade da implementação, a qual se relaciona com diferentes aspectos, como a constante verificação de uma cultura de integridade, modelos provenientes do alto escalão da empresa, conhecidos pela expressão *tone at the top*, o exercício de revisão e de atualização periódica, existência de monitoramento interno independente e utilização de métricas adequadas⁹⁴.

⁹⁴ VALLE, Martim Della; PRATA, Daniela Arantes. Métricas e indicadores de compliance e eficácia. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance. visão prática*. São Paulo: CCBC, 2022, p. 178-189, 180-181. A Lei Anticorrupção é atualmente regulamentada pelo Decreto nº 11.129/2022, revogado o Decreto nº 8.420/2015, sendo que, além de definir o que seria um programa de integridade, estabelece diretrizes para o que considera sua implementação eficiente:

“CAPÍTULO V

DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:

- I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e
- II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

- I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados;
- II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida;
- III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade;
- V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos;
- VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;
- VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que

Assim, por exemplo, seria métrica inadequada que, na visão do autor, é capaz de gerar apenas a aparência de um programa efetivo de *compliance*, a utilização da taxa de finalização de cursos e treinamentos de funcionários para aferir a efetividade do treinamento respectivo, pois a alta adesão não significa, necessariamente, que o treinamento ou curso se deu de maneira eficiente, tampouco se relaciona com a sua qualidade. Exemplo de métrica adequada, por outro lado, seria a medição do conhecimento dos funcionários a respeito dos códigos de condutas e políticas da empresa por meio de questionários e entrevistas⁹⁵.

Basta notar que a fabricante Tesla foi incluída em várias listagens de fundos com rótulo ESG, mas alguns observadores reportam graves problemas no seu sistema “S”, variando entre ações judiciais por conta de práticas de discriminação racial e sexual, além de preocupações atreladas à produção de cobalto, que poderia envolver trabalho infantil. Também se relata que, com a invasão da Ucrânia pela Rússia, a imprensa norte-

intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciantes de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para:

a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;

b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e

c) realização e supervisão de patrocínios e doações;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.”

⁹⁵ VALLE, Martim Della; PRATA, Daniela Arantes. Métricas e indicadores de compliance e eficácia. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 178-189, 183-184.

americana trouxe à tona que alguns fundos ESG investiam em ativos russos, desde ações de empresas de energia controladas pelo governo, até títulos do próprio governo⁹⁶.

Especificamente quanto à presença minoritária das mulheres nos espaços de poder, refere-se à ideia de *tokenismo*, a partir da analogia à crítica de Marthin Luther King ao certificar que ocorreram, nos Estados Unidos da América, situações simbólicas de integração racial que, sem representar mudanças estruturais, preservavam o processo discriminatório e a estigmatização da mulher, freando sua capacidade de crescimento⁹⁷.

Também se mostra disruptivo o denominado ativismo ESG, consubstanciado na divulgação empresarial de sustentabilidade ou informações disponíveis em bancos de dados públicos ou privados sobre a sustentabilidade empresarial para propor ações, exercer direitos de voto, impedir ou restringir investimentos em determinadas indústrias consideradas poluentes ou não sustentáveis, como as de mineração, óleo e gás e, em alguma medida, a pecuária. Para a configuração, o ativismo ESG deve extrapolar a própria definição e finalidade ESG, dissociando-se no necessário equilíbrio entre sustentabilidade e lucratividade empresarial⁹⁸.

Por fim, cita-se como disruptivo o movimento anti-ESG, que ganhou força no início de 2023, especialmente nos Estados Unidos da América, pretendendo confrontar – por vezes, cegamente – qualquer medida empresarial, proposta de lei, norma ou regulamento que impusesse ou vinculasse investimentos a algum tema que importasse proteção ambiental, climática, social⁹⁹.

Surgiram fundos anti-ESG, opondo-se a decisões de investimentos de seus recursos baseadas em critérios de mudança climática, diversidade, direitos humanos, por entenderem que tais balizas se alinhariam a ideologias políticas e impactariam

⁹⁶ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper n° 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 32-33. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

⁹⁷ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 471-503.

⁹⁸ PEREIRA, Luciana Vianna. ESG e a parábola do joio e do trigo. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 121-131, 124.

⁹⁹ PEREIRA, Luciana Vianna. ESG e a parábola do joio e do trigo. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 121-131, 124.

negativamente o resultado financeiro dos fundos. Ampliar-se-iam, nesse contexto, os denominados fundos de vício, que investem justamente em indústrias poluentes ou ligadas a vícios, como jogo e tabaco, armamento, aportando recursos em indústrias carbono-intensivas, como mineração e óleo e gás, ao mesmo tempo em que movimentos legislativos estaduais americanos visam a proibir o uso de critérios ESG para decisões de investimento em determinados tipos de fundos, como os soberanos e gestores de recursos de aposentadoria¹⁰⁰.

Contra o emprego de *greenwashing*, Estados, autoridades governamentais, organismos de supervisão do mercado financeiro e organizações multilaterais vêm editando regras e estratégias para combatê-la, em nome da transparência, clareza e honestidade nos negócios. Assim o faz, por exemplo, a norma da União Europeia para combate ao *greenwashing*, denominada *Green Claims Directive*¹⁰¹.

Merece destaque a necessidade de abordagem padronizada para os informes pelas empresas de suas práticas ESG. A ausência de tal regulação, ao mesmo tempo em que a demanda ESG cresce, possibilita a disponibilização de informações falsas ou enganosas sobre seus produtos ou suas operações¹⁰².

A CVM, no Brasil, vem tentando adotar programa efetivo de combate às práticas, mas parece não ter implementado as recomendações da *International Organization of Securities Commission* (“IOSCO”), mencionada mais adiante (**I.3.1.4**)¹⁰³. A inexistência, ademais, de mecanismos mais eficientes de responsabilização de

¹⁰⁰ PEREIRA, Luciana Vianna. ESG e a parábola do joio e do trigo. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 121-131, 124-125.

¹⁰¹ União Europeia. *Directive of the European Parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims* (Green Claims Directive), 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A0166%3AFIN>. Acesso em: 28 nov. 2023.

¹⁰² COSTA, Lígia Maura. ESG. caminho sustentável e inclusivo das empresas no mundo dos negócios jurídicos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 113-119, 116.

¹⁰³ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 471-472.

administradores e controladores, no Brasil, evidencia regime jurídico particularmente sujeito à prática de *greenwashing* ou *socialwashing*¹⁰⁴.

I.3. Conteúdo ESG

A compreensão do termo ESG parte do seu conteúdo, daquilo que o compõe, mas que não pode ser aferido de maneira estática nem descontextualizada. Significa dizer que ESG é preceito que varia conforme o tempo, a região e o setor específico de atuação da companhia que acolhe as diretrizes ambientais, sociais e de governança. É impactado, por conseguinte, pelas demandas específicas do contexto em que atua determinada companhia.

Consoante consta do Relatório WCW, a seleção de temas ESG impactando a companhia e o valor do investimento diverge conforme se trate de localidades e setores distintos¹⁰⁵.

De qualquer modo, o mesmo Relatório WCW menciona os seguintes exemplos de temas ESG, cuja inobservância e/ou falta de gerenciamento implica risco reputacional à companhia envolvida:

(i) *ambientais* “A” – mudança climática e riscos atrelados; necessidade de redução de poluentes e resíduos; nova regulação expandindo os limites da responsabilidade ambiental relacionadas a produtos e serviços; aumento da pressão da sociedade civil para melhoria de desempenho, transparência e responsabilidade ambientais; mercados emergentes para serviços ambientais; e produtos *enviromental-friendly*;

(i) *Sociais* “S” – segurança e saúde de trabalho; relação com a comunidade; direitos humanos no âmbito da companhia e de seus

¹⁰⁴ GOUVÊA, Carlos Portugal. Contencioso de ESG. a nova fronteira do controle difuso. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 47-56, 54.

¹⁰⁵ The Global Compact. Who cares wins. connecting financial markets to a changing world. New York, United Nations, 2004, p. 22. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022. Ver também: BRAMMER, Stephen; PAVELIN, Stephen. Corporate governance and corporate social responsibility. In: WRIGHT, Mike; SIEGEL, Donald; KEASEY, Kevin; FILATOTCHEV, Igor (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 719-743, 721.

fornecedores; relação governamental e com a comunidade adequadas, incluindo-se no contexto de operações em países em desenvolvimento, pressão social pela sociedade civil para melhoria de índices sociais;

(ii) governança “G” – estrutura diretiva e responsabilidade; contabilidade e práticas de divulgação de informações; estrutura de comitês de auditoria e independência dos auditores; remuneração de executivos; controle de práticas de corrupção e de recebimento de propina¹⁰⁶.

De modo mais detalhado, passa-se à avaliação de outros aspectos que compõem ESG, com a ressalva, constante da Introdução: A verdadeira interdependência entre os conceitos representados pelos acrônimos, explicitadas anteriormente a partir do Relatório WCW (I.1.1.2), como também pelo papel quase onipresente da governança corporativa em todos os aspectos ESG – como se verá, a governança, em um sentido atípico, é ferramenta de implementação dos fatores “S” e “E” –, impossibilitam verdadeira separação entre os temas.

Não causa estranheza, assim, que, tratando-se de elementos da governança corporativa, aspectos ambientais e/ou sociais venham também a relacionar-se, ao passo que, no que toca aos aspectos social e ambiental, pretendeu-se focar em regras e valores mais específicos de cada assunto, isto é, com conteúdo mais puramente ambiental ou social, apesar da, vale a repetição, dificuldade de isolar cada objeto.

I.3.1. Governança

Por se tratar do coração que oxigena a implementação dos fatores sociais e ambientais no âmbito das companhias, convém bordar, de início, a governança corporativa, que representa não só conteúdo da sigla ESG, como também o meio pelo qual aspectos sociais e ambientais são implementados pelas companhias – aquelas verdadeiramente aderentes ao tema.

¹⁰⁶ UNITED NATIONS. The Global Compact. Who cares wins. connecting financial markets to a changing world. New York, United Nations, 2004, p. 22. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022.

Não é discussão inédita a relação existente entre os mecanismos de governança corporativa e a guinada da implementação da responsabilidade social corporativa, que comungam interesses e convergem para atingimento das demandas sociais e ambientais relacionadas aos negócios¹⁰⁷.

Entretanto, para possibilitar melhor compreensão de como se desenvolveu tal sinergia, faz-se necessário, em primeiro lugar, ter o entendimento do que é governança corporativa. A sua combinação às siglas “S” e “E”, realçou— sem surpresas, pois o significado dos institutos, como é o próprio caso ESG, se amolda à história, ao contexto — ou, pelo menos, escancarou algo antes mais latente.

A governança passa a absorver dois elementos distintos, mas concomitantes: é compreendida como meio, processo ou ferramenta, ao que se denominou *governança corporativa externa ou atípica*, e conteúdo (de governança corporativa), ao que se denominou *governança corporativa interna ou típica*.

A partir de alguns recortes históricos, demonstrar-se-á que, em diferentes momentos do passado brasileiro, a governança mostrou-se presente, ainda que apenas em sua primeira faceta, qual seja, a de conteúdo; pouco se discutia a possibilidade de a governança abranger também mecanismo de implementação de certos objetivos, à primeira vista incompatíveis com o interesse exclusivo da companhia, importando, por assim dizer, gastos e ônus desnecessários, levando em conta a teoria da maximização do lucro aos *shareholders*: assim a companhia cumpria, adequadamente o seu objetivo.

Nos recortes escolhidos, praticamente inexistiu qualquer regulação sobre o tema: em verdade, em vários cenários existiam, mas constituíram a antítese das práticas hoje reputadas minimamente essenciais escancarando o histórico escravocrata brasileiro. Ainda hoje danos irreversíveis e irreparáveis são suportados e graves resquícios do passado ainda se mostram presentes na sociedade.

Em parte, o papel mais amplo então atribuído ao sentido de governança decorre das regulações ESG e da governança corporativa no mercado de capitais e

¹⁰⁷ Sobre o tema, ver: BRAMMER, Stephen; PAVELIN, Stephen. Corporate governance and corporate social responsibility. In: WRIGHT, Mike; SIEGEL, Donald; KEASEY, Kevin; FILATOTCHEV, Igor (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 719-743.

financeiro, pelo que serão descritos alguns desses elementos nesse particular âmbito, especialmente no que concerne à disponibilização de informações não financeiras pelas companhias e instituições do mercado financeiro.

Apesar disso, é evidente que o papel dado à forma e à conceituação com que ESG foi apresentada ao mercado, por meio do Relatório WCW, foi o elemento decisivo à ampliação do sentido da governança; é o que funda (ou deveria fundar), em realidade, as diferentes regulações existentes.

Finalizando o estudo da governança corporativa, abordaremos o papel do *compliance*, em suas diferentes frentes e como um braço de extrema relevância da boa prática de governança corporativa.

I.3.1.1. Compreensão

O termo¹⁰⁸ governança corporativa, melhor¹⁰⁹ tradução para o que, em língua inglesa, se denominou *corporate governance*, tem origem recente, a partir da década de 1970, ganhando força global a partir de 2008, tendo sido apontada tanto como a causa como a solução para a crise financeira que então se iniciava¹¹⁰.

O marco oficial da história recente remonta a 1992, com o Relatório Cadbury, de autoria de comissão liderada por Adrian Cadbury, no contexto de investigação do sistema de governança de empresas inglesas, elaborado a pedido dos principais atores do mercado de capitais londrino, a saber, a *London Stock Exchange*, o *Financial Reporting*

¹⁰⁸ Diz-se o termo, pois governança corporativa tem estrutura histórica, surgindo como resposta ao aparecimento das organizações, do mercado de capitais e dos diversos traumas sofridos pelo mercado de capitais ao longo de sua existência. Tais aspectos propulsionaram o desenvolvimento de diferentes teorias da pessoa jurídica e do direito societário que visavam, de alguma maneira, a regular o controle das organizações. Ver, para tanto: GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022; ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2019.

¹⁰⁹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 48. No mesmo sentido, embora reconheça não ser tratar da melhor tradução: LAUTENSCHLEGER, Nilson. *Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro*. ensaio de uma reflexão crítica e comparada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27 e ss. Em sentido contrário, optando por “governo das empresas”, ver WALD, Arnoldo. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, p 53-78, jan./mar. 2002, s.p; ainda, com opção por “governança das sociedades comerciais”, ver: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

¹¹⁰ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 25.

Council, Institutional Shareholders Comitee, como reação a escândalos ocorridos à época, envolvendo Polly Beck, BCCI e Maxwell. O Relatório Cadbury foi revisado e complementado em 1995, por meio do *Greenbury Report*, e em 1997, pelo *Hampel Report*, resultando no conhecido Código Combinado, de 1998¹¹¹.

A mola propulsora do desenvolvimento da governança corporativa reside no processo de agigantamento das corporações, que passou a concentrar maior parte da riqueza da propriedade individual para a propriedade das pessoas jurídicas, empresas normalmente financiadas pelo público investidor, exigindo-se a separação entre propriedade e gestão ou entre propriedade e controle¹¹².

No Brasil, a utilização da expressão ganhou força a partir do ano 2010, em razão dos escândalos de corrupção eclodidos àquela altura¹¹³.

A governança corporativa tem caráter multidisciplinar sob a ótica do Direito, envolvendo direito penal, civil, trabalhista, constitucional, tributário etc., embora o seu principal foco no presente trabalho seja o do direito societário, no sentido de estabelecer novos ditames nas relações e regulações de poder das sociedades empresárias, bem assim entre as sociedades empresárias e sua relação externa, com os diferentes *stakeholders*.

O modelo contemporâneo de governança corporativa inspirou-se na analogia entre o funcionamento dos *trusts*, tipo de propriedade específico do direito anglo-saxão, e o funcionamento da companhia, chegando-se à comparação analógica do *trustee* – que

¹¹¹ LAUTENSCHLEGER, Nilson. *Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro*. ensaio de uma reflexão crítica e comparada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35-36.

¹¹² SAAVEDRA, Giovanni. *Compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 49. Ver também: ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2019.

¹¹³ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 50.

é o agente fiduciário – com gestores de companhia, isto é, com o seu conselho de administração e com as suas diretorias¹¹⁴⁻¹¹⁵.

Desenvolveu-se, igualmente, a partir do estudo do mandato, no âmbito da centralidade, ou não, dos custos de agência, cujo nome deriva da analogia entre a relação formada pelos contratos de agência, tradução de *agency agreements*, que, talvez, melhor se equivalha no direito brasileiro com a figura do mandato¹¹⁶. O custo de agência insere-se naqueles incorridos pelos detentores de capital, bem como por todos os *stakeholders*, e traduz-se em fiscalizar a atividade desenvolvida pela gestão, tendo como causa subjacente a gestão, pelo administrador, dos interesses ou bens alheios, e os titulares destes, os detentores do capital da entidade em causa, sendo certo que ao gestor incumbe exercer as suas funções no interesse dos detentores do capital¹¹⁷, ideia hoje mitigada pelo cenário de desenvolvimento sustentável a que as instituições privadas foram chamadas a promover.

A disciplina também se viu impactada pelo direito tributário. As companhias, não mais atreladas a um Estado Nacional, têm caráter móvel e flexível, podendo transferir-se, jurídica e estruturalmente, para outros países com facilidade, acarretando o fenômeno de inversão tributária. Trata-se de mudança de controle da companhia para um país no qual possa negociar com o governo regimes tributários mais favoráveis, individualmente, como sói ocorrer na Irlanda e Países Baixos¹¹⁸. Referidos países,

¹¹⁴ Para melhor compreensão do papel das crises financeiras e institucionais para o surgimento e evolução da governança corporativa, ver: CHEFFINS, Brian. The history of corporate governance. Executive Remuneration. In: WRIGHT, Mike; SIEGEL, Donald; KEASEY, Kevin; FILATOTCHEV, Igor (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 46-64.

¹¹⁵ Sobre a figura do *trust* à luz do Direito brasileiro, ver: MARTINS-COSTA, Judith. O *trust* e o Direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2017, v. 17, p. 165-209. Ver também: OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*, Herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 279 e ss.

¹¹⁶ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 70-71.

¹¹⁷ MATIAS, Tiago dos Santos. Notas sobre a remuneração dos administradores, governo societário e empresas de investimento. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 309-330, 316. Ver também:

¹¹⁸ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 70-71.

portanto, adaptam suas legislações, acolhendo o maior número de modelos societários, inclusive com a adoção leis estrangeiras, para atendimento das companhias interessadas em se deslocar para os respectivos territórios¹¹⁹.

A governança ganha relevo relacional ao se imprimir corporativamente a partir de exigências morais e éticas que resultam na denominada responsabilidade social corporativa¹²⁰. Reconhece-se que as grandes companhias possuem enorme influência sobre a sociedade contemporânea, tendo capacidade de contribuir socialmente de maneira mais intensa do que atualmente o fazem, sendo que tal contribuição deve ir para além do puro e simples pagamento de impostos. Também há a compreensão de que as más práticas corporativas são capazes de produzir danos desproporcionais aos indivíduos, às comunidades e ao meio ambiente em razão de uso de tecnologias ainda não estáveis¹²¹.

Há na denominada responsabilidade social corporativa, de um lado, o reconhecimento do poder das grandes companhias; de outro lado, o estado atual de atuação das mesmas companhias, com enorme potencial de ação para além de sua atividade econômica e do retorno a qualquer custo a seus acionistas. Acresça-se o risco de que determinadas operações expõe o coletivo não só a riscos locais, como também globais, capazes de afetar séria e negativamente a todos.

Entra em cena, nesse âmbito e novamente, a definição e concretização do interesse social, existindo tensão entre as concepções institucionalistas e contratualistas. É latente a contradição existente entre determinativos dispositivos regulando os deveres fiduciários dos administradores e controladores, aliados à função social da empresa, em sua faceta institucionalista, e a possibilidade, em caminho oposto, à crescente eficácia dada a acordos de acionistas como verdadeira nova instância parassocietária de poder,

¹¹⁹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 70-72.

¹²⁰ MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 113. Ver também, sobre a responsabilidade social corporativa: COSTA, Ligia Maura. Responsabilidade social corporativa e compliance no setor da saúde. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 154-167.

¹²¹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 390.

como na hipótese de admitir a vinculação do voto do Conselho de Administração ao estipulado em acordo de acionistas, caracterizando um contratualismo exacerbado¹²².

Para melhor explicar o cenário dicotômico, e com fundamento na experiência norte-americana, pode-se dizer que no período anterior à década de 70 prevalecia a figura do *insider board*, como consultor do CEO – muitas vezes o próprio fundador da companhia. Nesse modelo, conquanto o conselho, àquela altura, detivesse profundo conhecimento interno do funcionamento organizacional da companhia e de seus desafios mercadológicos – eis que compostos por pessoas envolvidas no seu dia a dia, como advogados externos, bancos de investimento etc., faltava-lhes, todavia, independência, assim como não detinham poderes nem incentivos para assegurar que a gestão da companhia se daria em benefício dos acionistas – e não dos seus diretores executivos, propriamente ditos. Evolui para contemplar regras que trazem e pretendem garantir maior independência ao conselho de administração, a quem incumbe ditar os rumos e diretrizes da companhia, chegando-se, em algumas hipóteses, a exigir que parcela do conselho de administração fosse formada por representantes de *stakeholders*¹²³.

Tem-se como importante marco a iniciativa de investidores norte-americanos, sob a liderança de um de seus representantes, Robert Monks, que, em 1989, tomou providências para superar abusos que vinham sendo cometidos por administradores no que se refere aos direitos dos detentores de propriedades, pugnando por maior transparência e buscando apoio de órgãos reguladores para correção dos desvios¹²⁴.

Outro marco é o Relatório Cadbury, já citado, preparado por comitê da Bolsa de Londres em 1992, no contexto de medidas que poderiam ser adotadas à luz de determinadas fraudes envolvendo companhias abertas inglesas. Eis o que consta do Relatório Cadbury, item 2.5:

Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled. Boards of directors are responsible for the governance of their companies. The shareholders' role in governance is to appoint the directors

¹²² PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 556.

¹²³ A respeito do assunto, ver: SHILL, Gregory H. STRAND, Mattheiw L Diversity, ESG and latent board power. *Delaware Journal of Corpora Law*, v. 46, 2022, p. 255-323.

¹²⁴ NEVES, Edmo Colnaghi. *Fundamentos da governança corporativa*. riscos, direito e compliance. Curitiba: InterSaberes, 2021, p. 25.

*and the auditors and to satisfy themselves that an appropriate governance structure is in place. The responsibilities of the board include setting the company's strategic aims, providing the leadership to put them into effect, supervising the management of the business and reporting to shareholders on their stewardship. The board's actions are subject to laws, regulations and the shareholders in general meeting*¹²⁵.

Também relevante foi a publicação da Lei Sarbanes-Oxley, conhecida como Sox, nos Estados Unidos da América, no ano de 2002, em face de escândalos envolvendo grandes companhias, como a Enron e a Arthur Andersen, sua firma de auditoria contábil, com manipulação de resultados que não refletiam a realidade financeira da companhia¹²⁶⁻¹²⁷.

Em consequência, a Sox instituiu regras rígidas de contabilidade e governança corporativa, ampliando a responsabilidade de diretores, medida que se estendeu a todas as companhias americanas ou estrangeiras com ações registradas na *Securities and Exchange Commission*¹²⁸.

Em documento datado de setembro de 2015, denominado Princípio de Governança Corporativa da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, destinado aos Ministros de Finanças e Dirigentes dos Bancos Centrais do G20, ficou estabelecido que:

Corporate governance involves a set of relationships between a company's management, board, shareholders and stakeholders. Corporate governance also provides the structure and systems through which the company is directed

¹²⁵Tradução livre: “governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas são dirigidas e controladas. Os conselhos de administração são responsáveis pela governança de suas empresas. O papel dos acionistas na governação consiste em nomear os administradores e os auditores e certificar-se de que existe uma estrutura de governação adequada. As responsabilidades do conselho incluem definir os objetivos estratégicos da empresa, fornecer a liderança para os colocar em prática, supervisionar a gestão do negócio e reportar aos acionistas sobre a sua administração. As ações do conselho estão sujeitas às leis, regulamentos e aos acionistas em assembleia geral”. Relatório Cadbury. Disponível em: [https://www.frc.org.uk/getattachment/9c19ea6f-bcc7-434c-b481-f2e29c1c271a/The-Financial-Aspects-of-Corporate-Governance-\(the-Cadbury-Code\).pdf](https://www.frc.org.uk/getattachment/9c19ea6f-bcc7-434c-b481-f2e29c1c271a/The-Financial-Aspects-of-Corporate-Governance-(the-Cadbury-Code).pdf). Acesso em: 24 jan. 2023.

¹²⁶ Ver a respeito: SCANDELARI, Gustavo Britta. *Compliance e prevenção corporativa de ilícitos. inovações e aprimoramentos para programas de integridade*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 45 e ss.; ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 106 e ss.

¹²⁷ Ver, para tanto: ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 61 e ss.

¹²⁸ NEVES, Edmo Colnaghi. *Fundamentos da governança corporativa. riscos, direito e compliance*. Curitiba: InterSaberes, 2021, p. 29.

*and its objectives are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined*¹²⁹.

Em acréscimo e sob perspectiva mais contemporânea – pós-crise de 2008 –, a Comissão Europeia apresentou relatório com a finalidade de estruturar uma governança corporativa aplicável à União Europeia, tendo o relatório definido governança corporativa como “*the system by which companies are directed and controlled and as a set of relationships between a company’s management, its board, its shareholders and its other stakeholders*”¹³⁰.

As noções, portanto, de controle e administração mantêm-se presentes, acrescendo-se o conjunto de relação da companhia com sua administração, acionistas e partes interessadas, ao passo que no Relatório Cadbury tem o acionista papel limitado, pois, como lá indicado, “*the shareholders’ role in governance is to appoint the directors and the auditors and to satisfy themselves that an appropriate governance structure is in place*”¹³¹.

Em 2002, Arnoldo Wald definiu governança corporativa como a institucionalização da empresa, mediante a regulamentação de sua estrutura administrativa, com o fito de melhorar a captação de recursos financeiros, a agregação de valor ao negócio e a otimização gerencial¹³².

¹²⁹Tradução livre: “A governança corporativa envolve um conjunto de relacionamentos entre a administração, o conselho, os acionistas e as partes interessadas de uma empresa. A governança corporativa também fornece a estrutura e os sistemas através dos quais a empresa é dirigida e seus objetivos são definidos, e os meios para atingir esses objetivos e monitorar o desempenho são determinados”. OCDE. *G20/OECD Principles of Corporate Governance*. Paris, 2015, p. 6 Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/ed750b30-en.pdf?expires=1698171798&id=id&accname=guest&checksum=73D504860AAE726B29D723921B5D250E>. Acesso em: 24 jan. 2023.

¹³⁰ COMISSÃO EUROPEIA. *Green Paper. The EU corporate governance framework*, p. 2. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3eed7997-d40b-4984-8080-31d7c4e91fb2/language-en>. Acesso em: 24 jan. 2023.

¹³¹ Tradução livre: “o papel dos acionistas na governança é nomear os diretores e os auditores e certificar-se de que existe uma estrutura de governança adequada”. Relatório Cadbury, item 2.5. Disponível em: [https://www.frc.org.uk/getattachment/9c19ea6f-bcc7-434c-b481-f2e29c1c271a/The-Financial-Aspects-of-Corporate-Governance-\(the-Cadbury-Code\).pdf](https://www.frc.org.uk/getattachment/9c19ea6f-bcc7-434c-b481-f2e29c1c271a/The-Financial-Aspects-of-Corporate-Governance-(the-Cadbury-Code).pdf). Acesso em: 24 jan. 2023.

¹³² WALD, Arnoldo. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, p 53-78, jan./mar. 2002, s.p.

A verdade é que, a partir da crise de 2008, houve grande guinada, relocando o conceito realista da governança corporativa, cujo embrião é a referência ao exercício do controle e do papel central dado ao conselho de administração¹³³, para seu conceito relacional. Desviou-se do foco exclusivo de retorno aos acionistas para abranger terceiros interessados, de maneira mais inclusiva – daí o termo relacional, por considerar a relação entre os *stakeholders* com o próprio objeto da governança corporativa¹³⁴. As companhias mitigam sua função de retorno de valor aos acionistas¹³⁵.

O aspecto relacional é capturado pela definição, em 2015, dada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (“IBGC”), ao explicitar que governança corporativa é a maneira pela qual as empresas podem ser “dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre os sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”, sendo pautada pelos princípios da transparência, da equidade da prestação de contas (*accountability*) e da responsabilidade corporativa¹³⁶.

¹³³ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 92-93. Em parte, a concepção é extraída da definição constante do Relatório Cadbury, preparado por comitê da Bolsa de Londres em 1992, no contexto de medidas que poderiam ser adotadas à luz de determinadas fraudes envolvendo companhias abertas inglesas. Veja-se o que consta do Relatório Cadbury, item 2.5: “*Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled. Boards of directors are responsible for the governance of their companies. The shareholders’ role in governance is to appoint the directors and the auditors and to satisfy themselves that an appropriate governance structure is in place. The responsibilities of the board include setting the company’s strategic aims, providing the leadership to put them into effect, supervising the management of the business and reporting to shareholders on their stewardship. The board’s actions are subject to laws, regulations and the shareholders in general meeting*”. Tradução livre: “A governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas são dirigidas e controladas. Os conselhos de administração são responsáveis pela governança de suas empresas. O papel dos acionistas na governação consiste em nomear os administradores e os auditores e certificar-se de que existe uma estrutura de governação adequada. As responsabilidades do conselho incluem definir os objetivos estratégicos da empresa, fornecer a liderança para colocá-los em prática, supervisionar a gestão do negócio e reportar aos acionistas sobre a sua administração. As ações do conselho estão sujeitas às leis, regulamentos e aos acionistas em assembleia geral”. (Disponível em: [https://www.frc.org.uk/getattachment/9c19ea6f-bcc7-434c-b481-f2e29c1c271a/The-Financial-Aspects-of-Corporate-Governance-\(the-Cadbury-Code\).pdf](https://www.frc.org.uk/getattachment/9c19ea6f-bcc7-434c-b481-f2e29c1c271a/The-Financial-Aspects-of-Corporate-Governance-(the-Cadbury-Code).pdf). Acesso em: 24 jan. 2023).

¹³⁴ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 90.

¹³⁵ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 74 e ss.

¹³⁶ Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa#:~:text=Governan%C3%A7a%20corporativa%20%C3%A9%20o%20sistema,controle%20e%20demais%20partes%20interessadas>. Acesso em: 21 nov. 2022. Ver com mais detalhes sobre cada um dos princípios norteadores em REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros.

Assim, tem-se, com o auxílio e acréscimos à definição proposta por Carlos Portugal Gouvêa¹³⁷, que a governança corporativa é a análise e regulação do exercício do poder de controle de pessoas jurídicas ou estruturas jurídicas equiparadas, em que o patrimônio de terceiro é administrado com propósito definido. É a função típica da governança corporativa, voltada às relações internas de poder e aquela que se estabelece entre o detentor do capital e aquele que gere esses mesmos recursos de terceiros.

Mas pode ter por objeto a análise e regulação da relação empreendida junto a terceiros, aqui entendidos seus funcionários, fornecedores, consumidores, entidades governamentais, meio social, meio ambiente etc., enfim, seus *stakeholders*, em sua mais ampla acepção, sendo normalmente estruturada por combinação de leis, regulamentos e *soft laws*, incluindo recomendações e códigos de governança corporativa¹³⁸. É a função atípica, voltada às relações externas da corporação.

A busca pela sustentabilidade exige ações diferentes, isto é, os negócios, tal como usualmente empreendidos, devem ser realizados de maneira distinta, como se explica:

At its essence, the pursuit of sustainability in business so far has been about doing business differently: adopting a triple bottom line and considering the interest of multiple stakeholders instead of focusing only on profits and shareholder interests; giving priority to long-term rather than short-term considerations; and conducting business responsibly instead of doing whatever it takes to make money. The focus of these efforts has been very clear: moving away from business-as-usual thinking to a new mindset that offers a different vision for doing business¹³⁹.

Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 90 e ss.

¹³⁷ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 103.

¹³⁸ A respeito da estruturação da governança corporativa, veja o que estabelece a Comissão Europeia: “*The corporate governance framework for listed companies in the European Union is a combination of legislation and ‘soft law’, including recommendations and corporate governance codes.*” Tradução livre: “O quadro de governança corporativa para empresas cotadas na União Europeia é uma combinação de legislação e *soft laws*, incluindo recomendações e códigos de governança corporativa.” (*Green Paper. The EU corporate governance framework*, p. 2. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3eed7997-d40b-4984-8080-31d7c4e91fb2/language-en>. Acesso em: 24 jan. 2023).

¹³⁹ Tradução livre: “Na sua essência, a procura da sustentabilidade nos negócios até agora tem consistido em fazer negócios de forma diferente: adotar um resultado triplo e considerar o interesse de múltiplas partes interessadas, em vez de se concentrar apenas nos lucros e nos interesses dos acionistas; dar prioridade a considerações de longo prazo em vez de considerações de curto prazo; e conduzir os

Para tanto, exige-se que os administradores exerçam suas funções nos limites legais e em observância aos respectivos estatutos, pautando sua conduta pelos melhores interesses da companhia, dos acionistas e da atividade empresarial, conduzindo os negócios com ética e transparência, sendo o principal órgão de governança da companhia o conselho de administração, que deve zelar pelo fiel cumprimento das leis e das boas práticas¹⁴⁰.

Os procedimentos de governança, ainda que não reúnam elementos tradicionais que estruturam os sistemas jurídicos, vestem-se com os trajes típicos do direito positivo, com “codificação” das melhores práticas, criação de “tribunais” por organizações comerciais, bolsas de valores criam “regulamentações”, paralelamente à crescente criminalização de atividades de corrupção, lavagem de dinheiro e em matéria de meio-ambiente¹⁴¹.

I.3.1.2. A governança corporativa interna (típica) e externa (atípica) nas regulações: alguns exemplos

A governança corporativa engloba, entre outros, regras relativas:

- (i) à condução de negócios de maneira ética;
- (ii) à criação de estruturas efetivas de governança;
- (iii) ao cumprimento de leis e regulamentos anticorrupção ou fraudes de qualquer natureza, implementando medidas de prevenção

negócios de forma responsável, em vez de fazer o que for necessário para ganhar dinheiro. O foco destes esforços tem sido muito claro: afastar-se do pensamento *business-as-usual* para uma nova mentalidade que ofereça uma visão diferente para se fazer negócios (GODELINK, Raz. *Rethinking corporate sustainability in the era of climate crisis*. a strategic design approach. Suíça: Palgrave Macmillan, 2021, p. 3).

¹⁴⁰ MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos*: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 113.

¹⁴¹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 68.

e combate à lavagem de dinheiro e ao combate do terrorismo ou financiamento de organização ou prática criminosa;

(iv) ao fornecimento aos investidores e reguladores de informações oportunas, completas e suficientes¹⁴²;

(v) à estrutura diretiva e responsabilidade;

(vi) à estrutura de comitês de auditoria e independência dos auditores;

(vii) à remuneração das executivas¹⁴³.

A relação da governança corporativa com os aspectos ESG pode ser explicada conforme a governança corporativa se volte às relações de poder da estrutura organizacional, notadamente à forma como o patrimônio do terceiro é administrado, em sua função típica e interna, ou conforme se refiram a ambiente externo da companhia, voltadas à implementação dos fatores sociais e ambientais, em que a governança corporativa exerce função imprópria e externa.

Embora não se tenham valido de nomenclatura típica ou atípica, estudos anteriores, sob diferentes perspectivas, já apresentaram sistematização da governança corporativa em seus aspectos internos e externos¹⁴⁴.

Conforme já se anotou¹⁴⁵, as práticas de governança se apresentam não apenas como um sistema que envolve os relacionamentos entre os acionistas, conselho, diretoria

¹⁴² Exemplos extraídos, com poucas adaptações, de: WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 702.

¹⁴³ UNITED NATIONS. The Global Compact. Who cares wins. connecting financial markets to a changing world. New York, United Nations, 2004, p. 22. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022.

¹⁴⁴ LAUTENSCHLEGER, Nilson. *Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro*. ensaio de uma reflexão crítica e comparada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43.

¹⁴⁵ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 89.

e auditoria das empresas – governança corporativa em seus aspectos internos –, mas também como uma ferramenta capaz de garantir que os resultados empresariais não estejam apenas comprometidos com o presente, de forma a serem atingidos sem o comprometimento de resultados futuros de longo prazo – governança corporativa em seus aspectos externos.

Em seus aspectos internos e de função típica, admite-se que a governança corporativa possa se revelar ora predominantemente ferramenta, ora predominantemente conteúdo. Quer-se com isso afirmar a possibilidade de existirem situações intermediárias, que ora pendem para um ou outro aspecto da governança.

Ao dispor de regras de estruturação ou de processo como meio para implementação de conteúdo de governança corporativa nas relações internas de poder, funciona como ferramenta; aquilo que a ferramenta pretende implementar é conteúdo.

Passa-se a testar o conceito a partir do exame de algumas situações.

Regras voltadas a regular a remuneração dos administradores das companhias: a obrigatoriedade de sua divulgação, por exemplo, é ferramenta, ao passo que fixação de eventual teto à remuneração de diretores é regra de conteúdo. No mesmo sentido, a obrigatoriedade de divulgação da estrutura e composição do conselho de administração é ferramenta, ao passo que a regra que institui cotas para presença de mulheres no conselho de administração é conteúdo.

A Resolução CVM 168/2002, por exemplo, alterou o Anexo K da Resolução CVM nº 80/2002, prevendo em seus artigos 5º e 6º, entre outras disciplinas, critérios para aferição da independência dos administradores, e observância ao mínimo de 20% de membros independentes em seus conselhos de administração nas companhias abertas (i) registradas na categoria A, (ii) que possuam valores mobiliários admitidos à negociação em mercado de bolsa por entidade administradora de mercado organizado, e que (iii) detenham ações ou certificados de depósito de ações em circulação. Tem-se, aqui, exemplo de função típica e de conteúdo, exercida pela governança corporativa.

Ainda, a necessidade de conhecimento, pelo investidor, dos investimentos realizados ou dos riscos a que se expõe resulta da governança corporativa como conteúdo. É o caso, por exemplo, da norma do art. 109, inc. II da Lei das S.A., ao estabelecer que

nem o estatuto social nem a assembleia geral poderão privar o acionista dos direitos de “fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais”.

Regra de governança que funcionará como *ferramenta* para implementação do conteúdo da norma estipulada no artigo 109, inciso III, antes citada, é, entre outras, a prevista no artigo 133 da Lei das S.A., impondo à administração o dever de publicar os documentos lá indicados, entre os quais relatório da administração, demonstrações financeiras, pareceres dos auditores independentes e do Conselho Fiscal.

Já no seio das relações que ultrapassam a análise da relação de controle e do propósito da administração do patrimônio de terceiro, isto é, em seus aspectos externos às relações de poder e à forma como o patrimônio de terceiro é administrado, a governança corporativa mostra-se mais ferramenta do que conteúdo. É a relação que a companhia terá junto aos demais agentes de mercado, sociedade em seu entorno, empregados (que, embora internos à corporação, expressam valores e regras da governança corporativa imprópria – daí porque se divide a responsabilidade social corporativa em externa e interna¹⁴⁶, esta para abranger os empregados, fornecedores, clientes, consumidores etc. Os *stakeholders*.

No contexto do WCW explicou-se que “*G was not an anachronistic appendage or dissimilar concept, but rather a vital and connected set of issues and means of execution for relevant E and S issues*”¹⁴⁷.

Assim, por exemplo, a exigência de que os terceiros colaboradores se valham de meio de transportes limpos para suas entregas perpassa a governança corporativa apenas na medida em que foi a ferramenta utilizada para a implementação de tal política ambiental pela companhia, relativa à redução de emissão de CO₂. A regra fixada por meio de políticas de governança corporativa, contudo, é ESG, especificamente ambiental.

¹⁴⁶ LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. *Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro*. ensaio de uma reflexão crítica e comparada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84-85.

¹⁴⁷ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 13. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023. Tradução livre: “G não era um apêndice anacrônico ou um conceito diferente, mas sim um conjunto vital e conectado de questões e meios de execução para questões E e S relevantes”.

O Relatório WCW relata a interação da governança corporativa com os aspectos ESG:

Sound corporate governance and risk management systems are crucial prerequisites to successfully implementing policies and measures to address environmental and social challenges. This is why we have chosen to use the term “environmental, social and governance issues” throughout this report, as a way of highlighting the fact that these three areas are closely interlinked¹⁴⁸.

A Resolução do Banco Central do Brasil (“BC”) nº 4.327/2014 é expressa ao atribuir à estrutura de governança das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central papel de ferramenta para instituição da Política de Responsabilidade Socioambiental (“PRSA”). Veja-se o que dispõe o artigo 3º:

Art. 3º As instituições mencionadas no art. 1º devem manter estrutura de governança compatível com o seu porte, a natureza do seu negócio, a complexidade de serviços e produtos oferecidos, bem como com as atividades, processos e sistemas adotados, para assegurar o cumprimento das diretrizes e dos objetivos da PRSA.

§ 1º A estrutura de governança mencionada no caput deve prover condições para o exercício das seguintes atividades:

- I - implementar as ações no âmbito da PRSA;
- II - monitorar o cumprimento das ações estabelecidas na PRSA;
- III - avaliar a efetividade das ações implementadas;
- IV - verificar a adequação do gerenciamento do risco socioambiental estabelecido na PRSA; e
- V - identificar eventuais deficiências na implementação das ações.

Tem-se, assim, que a governança corporativa pode se voltar às regras internas da relação de poder e à forma com que o patrimônio de terceiro é gerido, exercendo função *típica*, sendo que tais regulações podem ser ferramenta ou conteúdo; mas também se presta à implementação de fatores externos às relações de poder e à forma como o patrimônio de terceiro é administrado, em função atípica da governança corporativa,

¹⁴⁸ UNITED NATIONS. The Global Compact. Who cares wins. connecting financial markets to a changing world. New York, United Nations, 2004, p. 2. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022. Tradução livre: “Sistemas sólidos de governança corporativa e de gestão de riscos são pré-requisitos cruciais para a implementação bem-sucedida de políticas e medidas para enfrentar os desafios ambientais e sociais. É por isso que optamos por utilizar o termo ‘questões ambientais, sociais e de governança’ ao longo deste relatório, como forma de realçar o fato de essas três áreas estarem intimamente interligadas.”

hipótese em que se apresenta como ferramenta para implementação dos aspectos sociais e ambientais.

I.3.1.3. Alguns recortes históricos do cenário brasileiro de regulação da administração (governo) das companhias

Deflui do exposto sobre a governança corporativa, tratar-se de fenômeno atual, consistindo em modelo de administração (de governo) das instituições modernas, atentas às diretrizes éticas, morais e relacionais dos seus respectivos ramos de atuação, sem descuidar dos deveres também derivados da ética e de moral, como a transparência, nas relações internas de poder.

Sob tal perspectiva, seria inútil a tentativa de reconstrução histórica brasileira de governança corporativa para abranger período anterior ao fim do século XX, sem contar que são escassos os estudos da reconstrução da evolução do direito societário brasileiro¹⁴⁹ e, conseqüentemente, das regras de governança corporativa.

De qualquer maneira é possível e útil a tentativa de pinçar alguns eventos de maior relevo, no passado, com destaque para regras societárias que são reflexo do momento histórico-cultural brasileiro. É possível constatar que se limitavam, em grande medida, à tentativa de regular aspectos típicos e internos das companhias, atingindo as relações intrassocietárias.

Desvirtuavam-se, como se verá, da governança corporativa, pois, em primeiro lugar, não atingiam aspectos relacionais; são regras exclusivas de regulação interna do modo pelo qual o patrimônio alheio era gerido; em segundo lugar, não atendiam, na maior parte dos casos, a preceitos éticos, morais, de resguardo de direitos de acionistas minoritários, de publicidade etc., que se incorporassem à feição atual de governança corporativa.

Foram selecionados quatro momentos e contextos distintos para explicitar, em cada período, algumas das regras vigentes.

¹⁴⁹ PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 552.

I.3.1.3.1. Século XIX: o regime escravocrata presente nas estruturas mercantilistas

Inicia-se a presente parte do trabalho, a título exemplificativo, com excertos da Carta Régia de 16 de janeiro de 1817, que aprova Estatutos da Companhia de Mineração do Cuyabá:

III. O mesmo Governador e Capitão General será Presidente da Mesa da Direcção e do Conselho da Companhia; e somente por aprovação sua e com sua assistencia, ou de pessoa por elle delegada, poderá reunir-se o Conselho, quando forem dignas de attenção as razões allegadas pela Mesa da Direcção para esta convocação.

IV. O Conselho da Companhia será formado de doze dos seus accionistas que merecerem ao Governador e Capitão General um maior conceito; preferindo entre estes os que tiverem maior numero de acções e se acharem presentes no Cuyabá. A Mesa da Direcção será composta de quatro Directores, escolhidos entre os mais habéis dos do Conselho, servindo os Directores por tempo de tres annos, si não houver inconveniente qualificado e reconhecido em Conselho; e no fim do triennio poderão ser reconduzidos os Directores, ou poderão ser nomeados outros, como parecer ao Conselho da Companhia, que para esse fim se convocará.

(...)

XII. Todos os que tiverem ao menos quatro acções nesta Companhia, gozarão, emquanto ella durar, do privilegio de homenagens nas suas proprias casas, nos casos em que ellas se costumam conceder; e os Directores gozarão, além disto, da isenção de qualquer serviço militar, não sendo Official de soldo, e não serão violentados a servir officio algum de Justiça ou Fazenda, nem a ser depositarios ou tutores de orphãos, emquanto forem Directores.

(...)

XVI. Cada uma acção desta Companhia será de 100\$000 em moeda, que se deverão entregar no acto da subscrição, e de dous escravos vestidos e preparados de ferramentas por uma vez, e que serão entregues à Companhia no momento em que principiar a mineração, e logo que se concluir o encanamento das aguas, ou outra qualquer operação preliminar de que ella depender, e para que é applicado o dinheiro recebido. E se por algum motivo o accionista deixar de entrar com os escravos que é obrigado, quando forem requeridos, não terá parte no lucro da mineração, nem jus algum para reclamar a entrada que fez para o fundo de despezas; será permittido porém à Mesa da Direcção o conceder um prazo, que não exceda de seis mezes improrogaveis, aos accionistas de mais de duas acções, para apresenarem todos os escravos que são obrigados, supprindo no emtanto a falta destes com escravos alugados á sua custa: com a clausula de que, findo o prazo concedido sem fazer a entrega dos escravos que devem ficar pertencendo á Companhia, só terá direito ao pagamento dos jornaes, cedendo em proveito da Companhia o mais lucro que houver, e ficando expulso da Companhia.

Alguns destaques a partir dos artigos transcritos a denotar o caráter escravocrata e mercantilista da estrutura de governança existente¹⁵⁰:

- (i) cada ação deveria ser integralizada mediante a entrega de dinheiro em espécie, para além de dois escravos devidamente trajados para trabalho na operação minerária;
- (ii) o conselho de administração deveria ser composto pelos 12 acionistas merecedores de maior respeito do Governador e Capitão-Geral, que seria o Presidente da Mesa da Direção e do Conselho;
- (iii) acionistas com pelo menos 4 ações contariam com homenagens em suas próprias residências e, aos diretores, além de tais homenagens, a garantia de que não seriam submetidos a ofício algum de Justiça ou Fazenda e de que, tampouco, seriam depositários ou tutores de órfãos, enquanto atuassem na qualidade de diretores.

Sob outra perspectiva, e como assevera Mariana Pargendler¹⁵¹, enquanto na França o *Code de commerce* de 1807 ambicionava, na esteira do *Code Napoléon*, estabelecer as conquistas da Revolução Francesa, abolindo os privilégios de classe, no Brasil ainda precisávamos regular o instituto da escravidão, por meio do Código Comercial, o que foi classificado à época, como um mero mal-entendido, a despeito de ser real. O Código Comercial de 1850 estabelecia em seu artigo 273:

Art. 273 - Podem dar-se em penhor bens móveis, mercadorias e quaisquer outros efeitos, títulos da Dívida Pública, ações de companhias ou empresas e em geral quaisquer papéis de crédito negociáveis em comércio.

Não podem, porém, dar-se em penhor comercial escravos, nem semoventes.

¹⁵⁰ PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 550.

¹⁵¹ PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 551.

Justamente no ano de 1850, quando também foi promulgada a Lei Eusébio de Queiroz, proibitiva do tráfico de escravos, tendo sido o Código Comercial promulgado no esteio da lei abolitiva¹⁵².

Mesmo assim, impôs-se, expressamente, afastar a possibilidade de se oferecer, em caráter de garantia especial das obrigações sob a modalidade de direito real de garantia, escravos de propriedade do garantidor, admitindo-se, no mais, diversidade de bens e papéis negociáveis no comércio. A história não é assim tão longínqua.

O “espírito democrático” se transportava ao que se denominou¹⁵³ “democracia acionária”, que deve ser lida como pseudodemocracia.

Prova disso constituíram as frequentes restrições aos votos de pequenos acionistas, no que se caracterizava como prelúdio da prática que dominou no século posterior, o XX, de emissão de ações preferenciais sem direito a voto. Se, de um lado, mais de 83% das companhias constituídas entre 1850 e 1882 estipulavam um teto ao número de votos por acionista, cerca de 85% de tais sociedades igualmente negavam o direito a voto de quem não tivesse número mínimo de ações¹⁵⁴.

O governo, além disso, coibia a democratização acionária ao exigir elevado valor mínimo para as ações, porque “as ações de muito pequeno valor oferecem o grave inconveniente de atrair e absorver as pequenas economias das classes mais necessitadas e de avezá-las também ao jogo, a que dá lugar a compra e venda desses títulos”, o que não se resolveu, ademais, com a promulgação da nova lei das companhias, Lei nº 3.150/1882, que intencionava libertar as sociedades anônimas da tutela do governo, mas cuja flexibilização foi incompleta, mantendo-se, por exemplo, associações religiosas e montes de piedade entre outros, sob rédea curta¹⁵⁵.

¹⁵² PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 551.

¹⁵³ PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 551-552.

¹⁵⁴ PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 551.

¹⁵⁵ PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 551. De fato, assim

De qualquer modo, houve proliferação de companhias, estabelecendo a dita Lei cláusula geral de responsabilidade civil dos administradores – atuantes como mandatários¹⁵⁶ e proibidos de agir em conflito de interesses¹⁵⁷ –, tanto perante a sociedade, como diante de terceiros, com fundamento na culpa, adotando-se, consoante o modelo francês¹⁵⁸, a ação social *ut singuli*, que poderia ser ajuizada conjuntamente por dois ou mais acionistas, nos termos do seu artigo 11^o¹⁵⁹.

previa a Lei nº 3.150/1882: “Art. 1º As companhias ou sociedades anonymas, quer o seu objecto seja commercial quer civil, se podem estabelecer sem autorização do Governo.

Tanto umas como outras sociedades são reguladas por esta lei.

§ 1º Não se podem constituir Bancos de circulação sem prévia autorização legislativa. § 2º Continuam a depender de autorização do Governo para que se possam organizar:

- 1º As associações e corporações religiosas;
- 2º Os monte-pios, os montes de socorro ou de piedade, as caixas economicas e as sociedades de seguros mutuos;
- 3º As sociedades anonymas, que tiverem por objecto o commercio ou fornecimento de generos ou substancias alimentares. Continuam tambem a depender de autorização do Governo, para funcionarem no Imperio, as sociedades anonymas estrangeiras.”.

¹⁵⁶ Lei n 3.150/1882: “Art. 9º As sociedades ou companhias anonymas serão administradas por mandatarios temporarios, revogaveis, reelegiveis, socios ou não socios, estipendiados ou gratuitos, não podendo cada mandato exceder o prazo de seis annos.”.

¹⁵⁷ Lei n 3.150/1882: “Art. 12. O administrador, que tiver interesse opposto ao da companhia, em qualquer operação social, não poderá tomar parte na deliberação a respeito, e será obrigado a fazer o necessario aviso aos outros administradores, devendo disso lavrar-se declaração na acta das sessões.”.

¹⁵⁸ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S.As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 58.

¹⁵⁹ Lei n 3.150/1882: “ Art. 11. Os administradores são responsaveis:

- a) A' sociedade pela negligencia, culpa ou dóló com que se houverem no desempenho do mandato;
- b) A' sociedade e aos terceiros prejudicados pelo excesso do mandato;
- c) A' sociedade e aos terceiros prejudicados solidariamente, pelas infracções da presente lei e dos estatutos.

Paragrapho unico. O accionista tem sempre salva a acção competente para haver dos administradores as perdas e damnos resultantes da violação desta lei e dos estatutos.

A dita acção poderá ser intentada conjunctamente por dous ou mais accionistas.”.

I.3.1.3.2. 1940: O regime de responsabilidade de administradores e a ampliação dos meios processuais de responsabilização

Passando a outro recorte histórico, vigia em 1940 o Decreto-Lei nº 2.627 regulando apenas o sistema de intermediação, mas sem mecanismos de proteção ao acionariado nascente, o que somente veio a ocorrer, mais de 30 anos depois, com a promulgação da Lei das S.A., o que demonstra as dificuldades encontradas, mesmo pelo regime autoritário instituído pelos governos militares, de rompimento com os regimes antes vigentes, como também de resistir a grupos de pressão¹⁶⁰.

A influência do institucionalismo, por outro lado, se refletiu no artigo 117, parágrafo 7º, do Decreto-Lei 2.672/1940, ao estabelecer que “os diretores deverão empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa como do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus negócios”, apesar de prevalecente o entendimento de que o padrão de diligência seria obrigação de meio – e não de resultado –, com previsão, ainda, de que os administradores seriam responsáveis pelos prejuízos causados dentro de suas atribuições, com culpa ou dolo e com violação da lei e dos estatutos, consoante o artigo 121, parágrafo 1º, incisos I e II de dito Decreto¹⁶¹.

Previu-se, ainda, em seu artigo 122, a responsabilidade solidária dos diretores em caso de omissão e a responsabilidade subsidiária por não informação à assembleia do descumprimento de obrigações por parte de seus predecessores, disponibilizando 3 meios processuais de responsabilização civil: (i) pela sociedade, para reparação de prejuízos causados ao seu patrimônio social; (ii) por qualquer acionista, caso a sociedade não propusesse a ação em seis meses a contar da primeira assembleia ordinária, quando os resultados favoráveis reverter-se-iam em favor da companhia e; (iii) pelo acionista, por

¹⁶⁰ YASBEK, Otavio. *Apresentação*. uma introdução, 40 anos depois. In: TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

¹⁶¹ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S.As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 165.

prejuízo direto a ele causado, em cuja hipótese os resultados favoráveis seriam a ele próprio revertidos.

I.3.1.3.3. 1964-1990: a criação das sociedades anônimas de capital aberto à reorientação implementada pela Lei das S.A.

Cerca de 20 anos depois, portanto, passando-se ao próximo recorte temporal, Castello Branco publicou seu “Programa de Ação Econômica do Governo para 1964-1966”, consignando a necessidade de regular e estimular o desenvolvimento do mercado de capitais¹⁶². Promulgaram-se em 1964 a Lei nº 4.595, criadora do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, bem assim a Lei de Reforma Bancária, que institucionalizou, pela primeira vez, sistema de controle sobre os mercados financeiro e de capitais¹⁶³.

Como explica Otavio Yazbek, o país passava por uma migração do modelo *bank-oriented* para um modelo *market-oriented*, pois o crédito bancário puro e simples, caracterizado por altos custos e por prazos relativamente reduzidos, não parecia suficiente para suportar o processo de financiamento da economia, a permitir investimentos de mais longo prazo¹⁶⁴.

Havia necessidade de migração para novo modelo, eis que o regime anterior foi marcado por distorções decorrentes do processo inflacionário, pelo que a tarefa envolvia não apenas o desenvolvimento de um mercado de capitais capaz de substituir o crédito bancário e governamental como fonte de financiamento ao empresário, mas também sanar deficiências do mercado, produzidas pela inflação¹⁶⁵.

¹⁶² TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113.

¹⁶³ TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118

¹⁶⁴ YASBEK, Otavio. Apresentação. uma introdução, 40 anos depois. In: TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

¹⁶⁵ TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117.

Nesse contexto é que foi promulgada a Lei nº 4.728/65, conhecida como modernizadora do mercado de capitais, nascida de anteprojeto de autoria de José Luiz Bulhões Pedreira. Profissionalizou e verdadeiramente privatizou as agências de intermediação, criando-se figuras como os bancos de investimentos.

A referida lei também estabeleceu regramentos, por meio de seu art. 21¹⁶⁶, de emissão de novas ações, incluindo-se regras de registro perante o Banco Central, sem o que a emissão de títulos ou valores mobiliários não poderia ser lançada, oferecida nem negociada, e de divulgação, calcadas na lei norte-americana, entre as quais destaca-se a situação econômica e financeira do emitente, os acionistas que controlam a maioria do capital votante e sobre a administração da sociedade.

O artigo 21 foi posteriormente regulamentado pelo Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 88/1968, exigindo-se que fossem prestadas diversas informações ao mercado. O anexo a tal Resolução, item VI, previa que as sociedades deveriam submeter demonstrativos de balanço dos três anos anteriores, informações sobre a operação, ações de propriedade da diretoria, estrutura financeira, exigindo-se, ainda,

¹⁶⁶ “Art. 21. Nenhuma emissão de títulos ou valores mobiliários poderá ser lançada, oferecida publicamente, ou ter iniciada a sua distribuição no mercado, sem estar registrada no Banco Central.

§ 1º Caberá ao Conselho Monetário Nacional estabelecer normas gerais relativas às informações que deverão ser prestadas no pedido de registro previsto neste artigo em matéria de:

- a) pessoa jurídica, emitente ou coobrigada, sua situação econômica e financeira, administração e acionistas que controlam a maioria de seu capital votante;
- b) características e condições dos títulos ou valores mobiliários a serem distribuídos;
- c) pessoas que participarão da distribuição.

§ 2º O pedido de registro será acompanhado dos prospectos e quaisquer outros documentos a serem publicados, ou distribuídos, para oferta, anúncio ou promoção de lançamento da emissão.

§ 3º O Banco Central poderá suspender ou proibir a distribuição de títulos ou valores:

- a) cuja oferta, lançamento, promoção ou anúncio esteja sendo feito em condições diversas das constantes do registro da emissão, ou com a divulgação de informações falsas ou manifestamente tendenciosas ou imprecisas;
- b) cuja emissão tenha sido julgada ilegal ou fraudulenta, ainda que em data posterior ao respectivo registro.

(...)”

que os formulários fossem submetidos por meio de instituição financeira ou de auditor independente registrado.

Apesar do avanço em termos de transparência, certo é que a Resolução não exigiu projeções de rentabilidade futura ou qualquer exposição sobre a rentabilidade do projeto a ser financiado pelos recursos a serem auferidos de uma emissão. Além disso, embora os dados devessem ser disponibilizados ao Banco Central, onde poderiam ser acessados pelo público investidor, não se exigia do emitente que as informações fossem prestadas diretamente ao mercado, o que se diferenciava, nesse sentido, da regulação existente àquela época nos Estados Unidos da América pela *Securities Exchange Commission*¹⁶⁷.

De igual modo, inexistiam mecanismos de proteção eficazes para os direitos dos acionistas minoritários, entre os quais, cita-se, o pagamento obrigatório de dividendos e inexistência de mecanismos de *enforcement* das normas vigentes. Como exemplo, esclareça-se que, embora a norma vigente exigisse que os diretores divulgassem, imediatamente, todas as decisões importantes capazes de afetar o preço dos títulos, essa regra não exercia nenhuma influência sobre o comportamento dos executivos¹⁶⁸.

Em paralelo à criação da sociedade anônima de capital aberto, primeira vez apresentada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 4.506/1964 – estabelecidas sua definição e características em 1966, por meio da Resolução nº 16 do BC –, o Governo Castello Branco apresentou incentivos para promover a venda de ações ao público, visando a “democratizar o capital”.

Merece citação, entre outros, o Fundo de Democratização de Empresas, FUNDECE, instituído pelo Decreto nº 54.105/1964 – embora mal sucedido –, a isenção do imposto sobre lucros distribuídos às sociedades anônimas classificadas como de capital aberto, nos termos do art. 39 da Lei nº 4.506/1964¹⁶⁹, bem assim a introdução de

¹⁶⁷ TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175-176.

¹⁶⁸ TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179.

¹⁶⁹ “Art. 39. O imposto de que trata o artigo anterior não será exigido das sociedades anônimas de capital aberto, assim consideradas as que tenham ações efetivamente cotadas nas Bolsas de Valores e cujo capital com direito a voto pertença na porcentagem mínima de 30% (trinta por cento) a mais de 200

incentivos fiscais pelo Decreto-Lei nº 157/1967, que sofreu ajustes e reformulações ao longo dos anos subsequentes, mas que permitia aos contribuintes alocar parte dos impostos devidos em certificado de compra de ações, a serem recebidos por instituição financeira que, por sua vez, deveria alocar os recursos na compra de ações ou debêntures conversíveis, por meio de fundos de investimentos especiais, denominados “Fundos 157”¹⁷⁰.

Apesar dos incentivos, a Resolução nº 16 do BC estava pouco preocupada com impactos a acionistas outros, que não os detentores da maioria do capital social na administração da empresa, controle exercido pelos grupos até então dominantes. Para os autores da dita norma, “democratização do capital significava apenas a colocação de uma certa porcentagem de ações nas mãos do público e a manutenção da liquidez destas ações”¹⁷¹.

Sobreveio a Resolução nº 106, de 1968, do BC, concebida sob o Governo Costa e Silva, reposicionando algumas ideias conceituais das sociedades anônimas de capital aberto introduzidas pela Lei nº 4.506/1964, eliminando a negociabilidade como critério de democratização, que seria aferida pela venda de ações com direito a voto ao público. Reintroduziu a regra de que as sociedades anônimas de capital aberto eram obrigadas a expandir o número de acionistas e sua participação no capital social, devendo ter, pelo menos, 20% de suas ações ordinárias distribuídas entre o público, garantindo incentivos fiscais para o aumento paulatino de ações ordinárias em mão do público, anualmente, até que atingissem 49%¹⁷².

Na sequência, iniciaram-se os debates para a inauguração da Lei das S.A., de 1976. Certo é que, apesar das críticas, por exemplo, da Ordem dos Advogados do Brasil

(duzentos) acionistas que não possuam cada um mais de 3% (três por cento) do capital da sociedade e sejam pessoas físicas ou fundos mútuos de participação e capitalização”.

¹⁷⁰ Sobre o tema, ver: TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130 e ss., 149 e ss.

¹⁷¹ TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

¹⁷² TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140-141.

a certas disposições constantes do projeto, por suas inspirações estadunidenses e, portanto, estranhas à tradição romanista do direito societário no Brasil, o ambiente institucional trazido pela Lei nº 6.404/1976 (“LSA”), disciplinadora da sociedade por ações, e pela Lei nº 6.385/76, que, alterando disposições da Lei nº 4.728/65, criou e regulamentou as atividades da Comissão de Valores Imobiliários – CVM (“CVM”), inaugurou nova era nesse campo do Direito. Viabilizou ao mercado de capitais a capitalização das empresas nacionais, inspirada em elevados padrões regulatórios internacionais vigentes à época¹⁷³, como os modelos europeus, procurando lidar, igualmente, com a experiência norte-americana¹⁷⁴.

Atualizou-se o regime até então vigente. Conceitos que vigiam desde os tempos imperiais, e que eram vistos como impeditivos do desenvolvimento do sistema empresarial, foram rompidos¹⁷⁵. Foi procedida uma *verdadeira reorientação*, embora, ainda hoje, alguns dos pontos que se pretendeu endereçar não tenham atingido os resultados esperados, notadamente os mecanismos de *enforcement* privado.

De qualquer modo, instituiu maior equilíbrio entre os direitos e deveres do acionista controlador e dos administradores, ensejando sua responsabilidade, não só por violação das leis, mas por atos de abuso de direito, citando-se, entre outros, direitos que visavam a resguardar acionistas minoritários e preferencialistas, o dividendo obrigatório,

¹⁷³ MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 90. Para panorama geral da formação do mercado de capitais brasileiro até sua evolução aos dias mais atuais, ver: FILHO, Ary Oswaldo Mattos. Perplexidades do mercado de valores mobiliários. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 189-204. Ver também: YASBEK, Otavio. *Apresentação. uma introdução, 40 anos depois*. In: TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. 1965-1970. 2.ed.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44 e ss.

¹⁷⁴ YASBEK, Otavio. *Apresentação. uma introdução, 40 anos depois*. In: TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. 1965-1970. 2.ed.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

¹⁷⁵ YASBEK, Otavio. *Apresentação. uma introdução, 40 anos depois*. In: TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. 1965-1970. 2.ed.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

o direito de recesso, o de participação no conselho de administração da sociedade e o de *tag along*¹⁷⁶.

Note-se que um dos obstáculos legais para o desenvolvimento do mercado de capitais, como evidenciado por ocasião das discussões para promulgação da Lei nº 4.728/65, era a falta de proteção dos direitos dos acionistas minoritários, cuja implementação reduziria os controles familiares¹⁷⁷.

Apesar disso, o movimento por boas práticas de governança somente consolidou-se de maneira efetiva no Brasil a partir das privatizações ocorridas na década de 1990, muito por conta da abertura comercial e estabilização monetária, que ampliaram o poder dos conselhos, com a presença de forte mercado de investidores institucionais¹⁷⁸.

I.3.1.3.4. 1990-: autorregulamentação e surgimento dos segmentos especiais de listagem em bolsa de valores

Conquanto a criação dos segmentos especiais de listagem em bolsa de valores não se restrinja ao cenário brasileiro, será dado enfoque às iniciativas levadas a cabo pela atual B3 S.A. – Brasil, Bolsa e Balcão (“B3”).

Brevemente contextualizando, a criação de segmentos especiais de listagem em bolsa de valores no Brasil ocorreu em contexto de discussões sobre a importância da governança corporativa e ante a crescente internacionalização de práticas de governança,

¹⁷⁶ MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos*: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 89-90. Ver também: REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 71 e ss.

¹⁷⁷ TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135-136.

¹⁷⁸ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 71.

orientadas por estudos acadêmicos e por demandas de investidores institucionais, paralelo a um cenário de baixa proteção de acionistas minoritários no Brasil¹⁷⁹.

Os segmentos foram criados em 2000, no âmbito da governança e da autorregulação instituída pelo parágrafo 4º, do artigo 21 da Lei das S.A.¹⁸⁰, estabelecendo diferentes níveis de boa prática de mercados das companhias que adiram voluntariamente aos respectivos regulamentos, em que se comprometem a obrigações maiores do que as previstas na lei societária quanto à transparência e boas práticas de governança corporativa¹⁸¹.

Constatou-se, com isso, o advento de segmentos especiais de governança corporativa – Níveis 1 e 2 e Novo Mercado para companhias listadas no âmbito da atual B3.

Tem-se, pois, regime paralelo, subsistindo ao regime existente, visando à proteção do investidor, ao mesmo tempo em que se evita resistência política pelos incumbidos de alterar a legislação, fenômeno designado como *regulatory dualism*¹⁸².

¹⁷⁹ FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 458.

¹⁸⁰ “Art. 21. A Comissão de Valores Mobiliários manterá, além do registro de que trata o Art. 19:

(...)

§ 4º Cada Bolsa de Valores ou entidade de mercado de balcão organizado poderá estabelecer requisitos próprios para que os valores sejam admitidos à negociação no seu recinto ou sistema, mediante prévia aprovação da Comissão de Valores Mobiliários”. Ver, ainda: FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 457.

¹⁸¹ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 105.

¹⁸² PARGENDLER, Mariana. Controlling shareholders in the twenty-first century. complicating corporate governance beyond agency costs. Working Paper nº 483/2019. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, dez. 2019. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=3474555. Acesso em: 4 mar. 2023.

Dessa forma, as regras constantes dos regulamentos dos emissores da B3 aplicam-se indistintamente a qualquer emissor listado. No entanto, é possível a todos os emissores aderirem a regras diferenciadas previstas em outros regulamentos da B3¹⁸³.

Eram três as principais questões que os segmentos especiais se propuseram a alcançar, o que se entendeu como dificultador do mercado de capitais brasileiro¹⁸⁴:

(i) a predominância das ações preferenciais no mercado brasileiro, já que, até 2001, a Lei das S.A. permitia que cada companhia emitisse até 2/3 de seu capital social na forma de ações preferenciais – possibilitando que 17% do capital social da companhia exercessem o seu controle¹⁸⁵;

(ii) inexistiam regras de proteção aos acionistas minoritários em processos de fechamento de capital, possibilitando que ofertas públicas de aquisição de ações para fechamento de capital fossem realizadas sem observância do valor econômico das companhias;

(iii) inexistiam, até o ano de 1997, com a entrada em vigor da Lei nº 9.457/97, direitos de *tag along* em caso de alienação de controle, uma vez excluída a necessidade de realização de oferta pública de aquisição de ações em razão de alienação de controle¹⁸⁶.

Ressaltam, claramente, problemas centrados na relação interna da companhia, abrangendo, portanto, a governança corporativa típica. Passa-se a avaliar, brevemente, algumas das regras aplicáveis a cada espécie de segmento, à luz das principais

¹⁸³ FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 458.

¹⁸⁴ FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 467.

¹⁸⁵ Em 2001, por meio da Lei 10.303/2001, a Lei das S.A. foi modificada para prever limite de 50% do total das ações emitidas, consoante parágrafo 2º, artigo 15, da Lei das S.A.

¹⁸⁶ Atualmente, o direito de *tag along* é regulado pelo artigo 137 da Lei das S.A. com redação dada pela Lei nº 10.303/2001.

preocupações que a criação do segmento especial da B3 pretendeu abordar àquela altura, com enfoque no aprimoramento e resguardo dos direitos dos acionistas minoritários.

I.3.1.3.4.1. Novo Mercado

No que toca ao primeiro problema citado, a saber, a predominância de ações preferenciais, o Novo Mercado, em sua primeira versão do regulamento, proibiu a emissão de ações preferenciais para companhias listadas no segmento, o que, ao lado da obrigação de manter percentual mínimo de ações em circulação, contribuiu para a dispersão da distribuição de capital das companhias listadas no Novo Mercado¹⁸⁷.

A regra extingue a existência de duas classes de ações (*dual-class shares*), garantindo votação proporcional – uma forma de proteção ao investidor –, tendo, as companhias que migraram ao Novo Mercado, convertido suas ações preferencias sem direito a voto em ações ordinárias com direito a voto.

Apesar disso, estruturas de duas classes de ações ainda permanecem a regra no Brasil¹⁸⁸.

Diante da preocupação de fechamento de capital sem observância do valor econômico da companhia, em prejuízo dos acionistas minoritários, o regulamento do Novo Mercado previu a obtenção de laudo de avaliação da companhia elaborado por empresa especializada e independente do acionista controlador, em lista tríplice apresentada pelo conselho de administração, com definição feita pelos acionistas minoritários em assembleia geral¹⁸⁹.

¹⁸⁷ FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 458.

¹⁸⁸ PARGENDLER, Mariana. Controlling shareholders in the twenty-first century. complicating corporate governance beyond agency costs. Working Paper nº 483/2019. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, dez. 2019. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=3474555. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹⁸⁹ Ver: FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 467 e ss.

Por fim, previu-se a necessidade de realização de oferta pública de aquisição de ações após a alienação do controle da companhia, garantindo direitos igualitários entre acionistas minoritários e acionistas controladores alienantes¹⁹⁰.

Em termos processuais e de resolução de disputas, o aprimoramento se deu com a exigência, pelo regulamento do Novo Mercado, de submissão de disputas societárias a juízo arbitral para decidir sobre toda e qualquer controvérsia entre companhia, administradores, acionistas, membros do Conselho Fiscal e Bolsa.

I.3.1.3.4.2. Nível 2

No âmbito do Nível 2 de Governança Corporativa, inicialmente – e até a implementação das regras vigentes a partir de 2017, mais adiante mencionadas – tinha-se espelho do regulamento do Novo Mercado, exceção feita à estrutura de capital, mantidas entre ações preferenciais e ordinárias.

As companhias Nível 2 se comprometiam, além do cumprimento das obrigações impostas no Nível 1, a empregar conjunto mais amplo de práticas de governança e de direitos adicionais para os acionistas minoritários, citando-se¹⁹¹:

- (i) mandato unificado para todo o conselho de administração;
- (ii) disponibilização de balanço anual conforme as normas do (US GAAP) ou (IAS GAAP);
- (iii) acesso para todos os acionistas detentores de ações ordinárias do direito às mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia e de, no mínimo, 70% deste valor para os proprietários de ações preferenciais (*tag along*);

¹⁹⁰ Ver: FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 467 e ss.

¹⁹¹ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 105-106.

- (iv) garantia de voto às ações preferenciais em algumas situações, como para transformação, incorporação, cisão e fusão da companhia e para aprovação de contratos entre a companhia e empresas do mesmo grupo;
- (v) obrigação de realização de uma oferta de compra de todas as ações em circulação, pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento de capital ou cancelamento do registro de negociação nesse nível;
- (vi) adesão à câmara de arbitragem para resolução de conflitos societários;
- (vii) somente podem emitir ações com direito a voto.

São temas alheios aos *stakeholders*, vinculados à governança corporativa típica e de conteúdo, sem qualquer objetivo relacional.

I.3.1.3.4.3. Nível 1

Trata-se de segmento inicial de governança corporativa, acrescentando-se poucas regras àquelas definidas pelo sistema legal estabelecido à época, com mira em companhias que pretendiam sinalizar algum comprometimento, ainda que tímido, com as boas práticas de governança corporativa¹⁹².

As companhias listadas no Nível 1 devem observar, entre outras práticas¹⁹³:

- (i) manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações (*free float*), ou seja, a companhia deve manter no mínimo 25% das ações em circulação;
- (ii) realização de ofertas públicas de distribuição de ações por procedimentos que favoreçam a dissipação do capital;

¹⁹² FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 473.

¹⁹³ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 105.

- (iii) estabelecimento de melhorias nas informações prestadas trimestralmente, entre as quais estão as exigências de consolidação e revisão especial;
- (iv) utilização de regras de transparência em operações envolvendo ativos de emissão da companhia por parte de acionistas majoritários ou administradores da empresa;
- (v) publicação de acordos de acionistas e programas de opções de ações; e
- (vi) divulgação de calendário anual de eventos corporativos.

Tampouco se notam presentes regras que se refiram à governança corporativa como ferramenta, em sua faceta atípica.

As regras do Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1, sofreram atualizações para atendimento de demandas mercadológicas e regulatórias, sendo a primeira delas ocorrida em 2005, cuja principal inovação, entre outras¹⁹⁴, foi a de exigir a presença de conselheiros independentes no percentual mínimo de 20% para as companhias listadas no Novo Mercado e Nível 2¹⁹⁵.

Em 2011, nova reformulação foi projetada, sendo que, após a rejeição/aprovação das empresas listadas nos respectivos segmentos, as principais alterações implementadas¹⁹⁶ podem ser resumidas conforme segue:

¹⁹⁴ Para verificação mais detalhada das demais alterações, inclusive para os demais segmentos especiais, ver: FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 476 e ss.

¹⁹⁵ FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 476.

¹⁹⁶ Não foram aprovadas as seguintes propostas: (i) necessidade de comitê de auditoria estatutário foi rejeitada por 80% das companhias listadas no Nível 1; 70% das companhias listadas no Nível 2 e 58% das companhias listadas no Novo Mercado; (ii) necessidade de realização de oferta pública de aquisição de ações por atingimento de participação relevante foi rejeitada por 57% das companhias listadas no Novo Mercado; (iii) o aumento do número mínimo de conselheiros independentes, de 20% para 30%, foi rejeitado por 42% das companhias listadas no Nível 2 e 51% das companhias listadas no Novo

- (i) vedação à limitação de voto inferior a 5% do capital social (Nível 2 e Novo Mercado);
- (ii) vedação ao estabelecimento de quórum qualificado (Nível 2 e Novo Mercado);
- (iii) vedação a cláusulas péticas (Nível 2 e Novo Mercado);
- (iv) vedação à acumulação de cargos de presidente do conselho de administração e diretor presidente (Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado);
- (v) necessidade de manifestação do conselho de administração sobre qualquer oferta pública de aquisição de ações que tenha por objeto ações de emissão da companhia (Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado).

Nada se altera, portanto, em termos de tendência regulatória: os temas relacionam-se, primordialmente, à governança corporativa típica e de conteúdo.

Em 2017, a B3 divulgou e colocou à aprovação das companhias listadas no Novo Mercado e do Nível 2 proposta de revisão abrangendo ações em circulação, conselho de administração, transparência e saída dos respectivos segmentos. Para implementação, a proposta não poderia ser rejeitada por mais de 1/3 das companhias listadas, tendo sido aprovada em 23 de junho de 2017, mediante concordância de 65 companhias listadas no Novo Mercado, rejeição por 35, com 29 abstenções.

Exigiu-se que as companhias interessadas em aderir ao segmento de maior governança corporativa e aquelas já listadas em tal segmento se adaptassem a um Novo Mercado, reputado mais transparente, rígido e capaz de agregar mais valor às companhias

Mercado; e (ivi) a inclusão de percentual mínimo de 20% de conselheiros independentes foi rejeitada por 52% das companhias listadas no Nível 1. (FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 478).

listadas¹⁹⁷. Em relação às companhias listadas no Nível 2, não houve aprovação das alterações do regulamento.

No ano de 2019, nova revisão entrou em vigor, obrigando as companhias listadas a, entre outras disposições, ter área dedicada a auditoria interna, contar com o mínimo de 2 (ou 20% de) conselheiros independentes com mandato de até dois anos, divulgar as políticas de remuneração, de indicação de integrantes do conselho de administração, dispor de comitês de assessoramento, diretoria estatutária, além de políticas de transações com partes relacionadas¹⁹⁸.

De se notar, pelo histórico narrado, que os temas de direito societário em pauta apenas realçavam o papel da governança corporativa típica regulando seus aspectos internos de regulação de poder e pela maneira com que os recursos alheios deveriam ser geridos, com pouca ênfase ao papel atípico da governança corporativa, enquanto ferramenta ou processo para implementação de fatores externos às sociedades, como os que decorrem das siglas S e G.

Se, de um lado, é verdade que a regulação CVM já contém disciplina a respeito – tornando-se, assim, alegadamente esvaziada eventual intervenção por meio da autorregulação –, certo é também que não haveria impeditivo para que os segmentos especiais de listagem exigissem das respectivas companhias listadas práticas – comparativamente ao cenário legal e regulatório existente – ainda mais sólidas, que se pautassem em critérios reais, melhor aferíveis, exigindo-se verificações ainda mais comprometidas e disponibilizações de informações ainda mais precisas (um *full disclosure* qualificado) a respeito da integração ESG no âmbito das companhias.

¹⁹⁷ Ver: MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 117-118. Apesar disso, não restou aprovada a proposta de criar a obrigatoriedade de relatório de auditoria que seguisse padrões internacionais, demonstrando resistência em abordar a questão, mesmo em segmentos especiais de listagem. (GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 469).

¹⁹⁸ Ver: MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 118.

I.3.1.4.Regulação da governança corporativa para reportes não financeiros no mercado de capitais e financeiro brasileiro

A informação, genericamente concebida, exerce papel central no direito do mercado financeiro, sendo fundamental a todo o sistema e com implicações em todos os seus aspectos. Pretende-se tratar de algumas questões ligadas às informações a serem prestadas no mercado financeiro como gênero, abrangendo, entre outros, o mercado de capitais e o mercado bancário ou financeiro em sentido estrito¹⁹⁹.

O mercado de valores mobiliários rege-se sob a égide do *full disclosure* que, por meio da maximização *qualitativa* (e não quantitativa, cujo resultado, na maior parte das vezes, é improdutivo) da informação, visa, se não a eliminar, pelo menos a reduzir as assimetrias de informação entre os diferentes agentes econômicos, evitando o aproveitamento de uns em detrimento de outros. Visa a permitir aos investidores conhecerem a relação risco/benefício subjacente aos seus potenciais investimentos, franqueando tomadas de decisões racionais de investimento ou de desinvestimento, assegurando-lhes proteção e ao mesmo tempo promovendo a eficiência do mercado dos valores mobiliários²⁰⁰.

Também estudos procedidos demonstram correlação positiva entre a importância e o desenvolvimento do mercado de capitais em cada país e o grau de proteção do princípio da informação completa, qualitativamente considerada e acessível a todos²⁰¹.

¹⁹⁹ Para diferenciação e entendimento a respeito do mercado financeiro e mercado de capitais, incluindo-se as diversas terminologias, classificações e subclassificações adotadas, ver: ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 37 e ss.; FILHO, Ary Oswaldo Mattos. *Direito dos valores mobiliários*. Rio de Janeiro: FGV, 2015, p. 168, v. 1, t.1.; PITTA, André Grunspun. *A capitalização da empresa e o mercado de valores mobiliários*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 54. EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do mercado de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 161.

²⁰⁰ GOMES, José Ferreira. O papel da informação no direito dos valores mobiliários. In: _____. *Estudos dispersos*. direito mobiliário e bancário. Lisboa: AAFDL, 2021, v. 3, p. 11-32, 13.

²⁰¹ FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário*. eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 281-283.

Minora-se, por exemplo, o risco de comportamento oportunista (*moral hazard*), que decorre, exatamente, da assimetria informacional que o conflito de agência concentra, separando o tomador da decisão daquele que aloca seus recursos em oportunidades de risco²⁰².

A governança corporativa, dentro do contexto adotado pelo presente estudo, também é a disciplina que regula os reportes que devem ser atendidos pelas instituições de mercado de capitais e financeiro, assegurando de forma *mediata* a proteção dos investidores e a salvaguarda da eficiência do mercado²⁰³.

Por questões de limitação, deve-se dar enfoque àquelas informações não patrimoniais, relativas a conteúdos ESG. Existem discussões atuais, tanto no Brasil, como nos Estados Unidos da América, tratando da divulgação de informações adicionais sobre questões ESG.

Entende-se por benéfico, de um lado, o atendimento a demandas dos investidores, desde que observado o necessário cuidado para não tornar o cumprimento das exigências de divulgação de informações por parte dos emissores ainda mais complexo e oneroso²⁰⁴. Certo é que, entre tantas outras razões, a extensão dos reportes suscita dúvidas²⁰⁵.

De fato, a dimensão e qualidade dos reportes em temas ESG podem afetar a *performance* da companhia²⁰⁶. A disruptura geracional, que valoriza o capitalismo

²⁰² ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 60.

²⁰³ GOMES, José Ferreira. O papel da informação no direito dos valores mobiliários. In: _____. *Estudos dispersos*. direito mobiliário e bancário. Lisboa: AAFDL, 2021, v. 3, p. 11-32, 17.

²⁰⁴ ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 33.

²⁰⁵ Ver, para tanto: ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 67 e ss.

²⁰⁶ Ver a respeito, em estudo realizado com empresas japonesas: DARNALL, Nicole; JO Hyunjung; IWATA, Kazuyuki; AIMURA, Toshi H. Do ESG reporting guidelines and verifications enhance firms' information disclosure? *Corporate Social Responsibility Environmental Management*, 2002, v. 29, p. 1214-1230.

responsável e interconectado, tem o condão de tornar a informação mais importante do que o petróleo²⁰⁷.

Sob enfoque distinto, não está claro como a divulgação de relatórios de fato é capaz de provocar mudanças diretas na cultura corporativa. As sanções potenciais resultantes da não divulgação são concebidas de maneira pouco clara e sem orientação suficiente sobre quais métricas e divulgações cada empresa realmente precisa quantificar e disponibilizar²⁰⁸.

Também se coloca em pauta se é pertinente a obrigatoriedade, ou não, de as companhias fornecerem relatórios a respeito de suas políticas ESG²⁰⁹, sendo certo que, conquanto o reporte obrigatório não seja, por si, a única solução para medir a eficácia e para forçar a implementação dos valores ESG pelos entes de mercado, ao menos traz maior simetria de informações aos agentes econômicos²¹⁰.

É que, tanto a informação divulgada obrigatoriamente, como a voluntariamente apresentada desempenham papel central na resolução ou limitação de problemas de agência, vitais a toda a dinâmica da governança corporativa²¹¹.

Os padrões de reporte de sustentabilidade de cunho voluntário buscam facilitar a transparência e comunicação das companhias, ampliando a conveniência de divulgação financeira anual por parte de empresas de capital aberto, para abarcar parâmetros, riscos e oportunidades vinculados a ESG²¹².

²⁰⁷ PUPPE, Matheus. ESG: o verde do capital. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 11-16, 12.

²⁰⁸ LAURENTIZ, Victória Vitti. ESG (enviromental, social and governance) e o dilema dos indicadores. a construção de uma agenda sobre a legislação de devida diligência nas cadeias produtivas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 197-215, 200.

²⁰⁹ Ver, para tanto: ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 61 e ss.

²¹⁰ MENESES, Lilian Lima. O Impacto das práticas ESG sobre o custo da dívida. evidência para os EUA, Europa e Brasil. Dissertação (Mestrado em Economia e Administração de Empresas) — Universidade do Porto, Porto, 2021.

²¹¹ GOMES, José Ferreira. O papel da informação no direito dos valores mobiliários. In: _____. *Estudos dispersos*. direito mobiliário e bancário. Lisboa: AAFDL, 2021, v. 3, p. 11-32, 18.

²¹² STEFANELO, Fernanda; SANT'ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97, 92.

O fato de companhias adotarem reportes, mesmo que não mandatórios, em relação aos desempenhos atrelados a aspectos ESG, demonstra que a responsabilidade social corporativa não mais se reveste de caráter filantrópico; ao revés, faz parte das estratégias negociais para promover vantagem competitiva²¹³.

Do exposto, não decorre que as informações prestadas sejam exatamente o reflexo da realidade, o que se acentua em reportes não financeiros, de certa maneira impassíveis de aferição objetiva, pelo simples fato de não lidarem com demonstrativos financeiros, mas com ativos de escassa ou nenhuma tangibilidade.

Há mesmo limitações nos reportes não financeiros, como atualmente configurados, na maior parte dos casos sob o modelo *comply or explain*.

Primeiro, pela margem de discricionariedade deixada quanto ao conteúdo das demonstrações, já que incumbe à própria companhia a definição de matérias relevantes. Ademais, a abordagem “adote ou explique” não obriga implementação – apenas impõe o ônus de se explicar a razão de não adoção desta ou daquela política ESG. No limite, portanto, o modelo é benéfico, sobretudo porque exige das sociedades que estabeleçam determinados procedimentos internos para identificar e tratar a informação sobre os fatores ESG relevantes, o modo como elas se relacionam com a atividade desempenhada e com o modelo de negócio, entre outros²¹⁴. Não cria, porém, para além disso, qualquer obrigação específica.

Como se verá mais adiante neste tópico, tem-se por predominante no Brasil tal modelo.

²¹³ WILLIAMS, Cynthia. Corporate social responsibility and corporate governance. In: GORDON, Jeffrey; RINGE, Wolf-Georg (Ed). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018, p. 634-678, 637.

²¹⁴ DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 66-67.

Nesse sentido, há quem sustente que a imposição de deveres de informação é relativamente ineficaz e que a maior parte da informação é incorporada no preço dos valores mobiliários por outras vias²¹⁵.

O público-alvo das demonstrações não financeiras também se desfoca daquele que normalmente é o destinatário das informações financeiras, os investidores, tipicamente, para atingir, por exemplo, outros grupos, incluindo consumidores, de modo que tenham acesso facilitado às informações sobre o impacto das empresas na sociedade²¹⁶. Assim, a figura do *stakeholder* assume papel relevante em reportes não financeiros. É um de seus destinatários, tendo a companhia interesse em seu engajamento²¹⁷.

No que se refere à preparação de *guidelines* visando a estabelecer melhores práticas relativamente a reportes não financeiros, cita-se aquele criado pela *Global Reporting Initiative* (“GRI”)²¹⁸, que, consoante levantamento realizada pela KPMG em 2022²¹⁹, é o mais utilizado no mundo, com mais de 10.000 organizações valendo-se do padrão, incluindo-se 78% das 250 maiores empresas em receitas globais²²⁰.

Também merecem destaque, no âmbito internacional, o documento preparado pela *Sustainability Accounting Standards Board* (“SASB”)²²¹, atualmente consolidada

²¹⁵ Como relatado em: GOMES, José Ferreira. O papel da informação no direito dos valores mobiliários. In: _____. *Estudos dispersos*. direito mobiliário e bancário. Lisboa: AAFDL, 2021, v. 3, p. 11-32, 18.

²¹⁶ DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 65. Ver a respeito de referidos relatórios de sustentabilidade e de outros: GODELINK, Raz. *Rethinking corporate sustainability in the era of climate crisis. a strategic design approach*. Suíça: Palgrave Macmillan, 2021, p. 41 e ss.

²¹⁷ STEFANELO, Fernanda; SANT’ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97, 91, nota 1.

²¹⁸ Global Reporting Initiative. *GRI Annual Sustainability Report 2022: Towards a global comprehensive reporting system*. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/about-gri/mission-history/gri-own-reports/>. Acesso em: 30 out. 2023.

²¹⁹ KPMG. *Survey of Sustainability Reporting 2022*. Disponível em: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/se/pdf/komm/2022/Global-Survey-of-Sustainability-Reporting-2022.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

²²⁰ Ver sobre o tema: STEFANELO, Fernanda; SANT’ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97.

²²¹ Informações disponíveis em: <https://sasb.org/standards/materiality-finder/find/>. Acesso em: 30 out. 2023.

com a *International Financial Reporting Standards* (“IFRS”), constituindo-se o *International Sustainability Standards Boards* (“ISSB”), visando a facilitar a comunicação entre empresas e seus investidores, distinguindo-se por padrões setoriais²²².

Na esfera ambiental, a Força-Tarefa para Divulgações Financeiras Relacionadas ao Clima, em inglês *Task Force on Climate-Related Financial Disclosures* (“TCFD”), produziu relatório, divulgado em 2017²²³. As orientações constantes do documento preparado pelo TCFD têm por norte a divulgação de informações claras, comparáveis e consistentes para que os efeitos das mudanças climáticas sejam considerados nas decisões de negócios e investimentos²²⁴.

De igual forma, a IOSCO, associação internacional voltada à produção de recomendações com função de *soft law* no âmbito da regulação dos mercados de capitais, lançou o *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers*, objetivando que reguladores mundiais implementem a metodologia desenvolvida pela TCFD²²⁵. O relatório final, denominado *Sustainable Finance and the Role of Securities Regulators and IOSCO*, datado de 2020, avalia as práticas ESG adotadas por reguladores que aderiram à sua rede²²⁶. Assim, tem-se diretivas não apenas às companhias ou investidores, mas aos próprios reguladores do mercado financeiro, pelo que se voltam a uma das fontes da regulação, o que é de grande valia.

²²² Ver sobre o tema: STEFANELO, Fernanda; SANT’ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97; ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 229 e ss.

²²³ *Recomendações da Força-tarefa para Divulgações Financeiras Relacionadas às Mudanças Climáticas*. Relatório Final. jun. 2017. Disponível em: <https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2020/10/TCFD-Final-Report-2017-Portuguese-Translation.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023.

²²⁴ *Recomendações da Força-tarefa para Divulgações Financeiras Relacionadas às Mudanças Climáticas*. Relatório Final. jun. 2017, p. ii. Disponível em: <https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2020/10/TCFD-Final-Report-2017-Portuguese-Translation.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023.

²²⁵ INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSION. *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers*. Madrid: 2019. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD619.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

²²⁶ INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSION. *Sustainable Finance and the Role of Securities Regulators and IOSCO*. Final report. Madrid: 2020. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD652.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

No nível europeu, cita-se a Diretiva 2014/95 da União Europeia²²⁷, internalizada ao ordenamento jurídico português por meio do Decreto-Lei nº 89/2017, obrigando empresas portuguesas de interesse público com mais de 500 colaboradores e as grandes empresas cotadas em bolsa a reportarem, anualmente, as políticas, práticas e indicadores associados aos temas ambientais, sociais e atinentes aos trabalhadores, igualdade entre mulheres e homens, não-discriminação, respeito aos direitos humanos,

²²⁷EUR-LEX (UNIÓN-EUROPEA). Directive 2014/95/eu of the european parliament and of the council of 22 October 2014. *Official Journal of the European Union*, L 330/1, EN, 15.11.2014.. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095>. Acesso em: 7 ago. 2023, que assim dispõe, exemplificativamente, em seus arts. 7º e 14: “(7) *Where undertakings are required to prepare a non-financial statement, that statement should contain, as regards environmental matters, details of the current and foreseeable impacts of the undertaking's operations on the environment, and, as appropriate, on health and safety, the use of renewable and/or non-renewable energy, greenhouse gas emissions, water use and air pollution. As regards social and employee-related matters, the information provided in the statement may concern the actions taken to ensure gender equality, implementation of fundamental conventions of the International Labour Organisation, working conditions, social dialogue, respect for the right of workers to be informed and consulted, respect for trade union rights, health and safety at work and the dialogue with local communities, and/or the actions taken to ensure the protection and the development of those communities. With regard to human rights, anti-corruption and bribery, the non-financial statement could include information on the prevention of human rights abuses and/or on instruments in place to fight corruption and bribery*”; (...) (14) *The scope of those non-financial disclosure requirements should be defined by reference to the average number of employees, balance sheet total and net turnover. SMEs should be exempted from additional requirements, and the obligation to disclose a non-financial statement should apply only to those large undertakings which are public-interest entities and to those public-interest entities which are parent undertakings of a large group, in each case having an average number of employees in excess of 500, in the case of a group on a consolidated basis. This should not prevent Member States from requiring disclosure of non-financial information from undertakings and groups other than undertakings which are subject to this Directive*”. Tradução livre: “7) Caso as empresas sejam obrigadas a preparar uma demonstração não financeira, essa demonstração deverá conter, no que diz respeito a questões ambientais, pormenores sobre os impactos atuais e previsíveis das operações da empresa no ambiente e, se for o caso, na saúde e na segurança, a utilização de energias renováveis e/ou não renováveis, as emissões de gases com efeito de estufa, a utilização da água e a poluição atmosférica. No que diz respeito às questões sociais e relacionadas com os trabalhadores, as informações fornecidas na declaração podem dizer respeito às ações tomadas para garantir a igualdade de género, a implementação das convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, as condições de trabalho, o diálogo social, o respeito pelo direito dos trabalhadores a serem informados e consultados, o respeito pelos direitos sindicais, a saúde e segurança no trabalho e o diálogo com as comunidades locais, e/ou as ações tomadas para garantir a proteção e o desenvolvimento dessas comunidades. No que diz respeito aos direitos humanos, à luta contra a corrupção e ao suborno, a demonstração não financeira poderia incluir informações sobre a prevenção de violações dos direitos humanos e/ou sobre os instrumentos existentes para combater a corrupção e o suborno”; (...) (14) O âmbito desses requisitos de divulgação não financeira deverá ser definido por referência ao número médio de empregados, ao total do balanço e ao volume de negócios líquido. As PME deverão ser isentas de requisitos adicionais e a obrigação de divulgar demonstrações não financeiras deverá aplicar-se apenas às grandes empresas que sejam entidades de interesse público e às entidades de interesse público que sejam empresas-mãe de um grande grupo, tendo um número médio de colaboradores superior a 500, no caso de grupo em base consolidada. Isto não deverá impedir os Estados-Membros de exigirem a divulgação de informações não financeiras de empresas e grupos que não sejam empresas sujeitas à presente diretiva”.

ao combate ao suborno, quer em seu negócio, quer se relevante, em sua cadeia de valor, com óbvias consequências nas políticas de financiamento e de investimento²²⁸.

No âmbito doméstico, cite-se o Código Brasileiro de Governança Corporativa (“CBGC”) para companhias abertas, acolhido pela CVM em 2016, sendo fruto de trabalho conjunto desenvolvido pelo IBGC e outras entidades do mercado de capitais. Teve por base o modelo “pratique ou explique”, adotado pelo Relatório Cadbury, também absorvido pelo Código ABRASCA²²⁹ de Autorregulação e Boas Práticas das Companhias.

Da mesma forma, a B3 anunciou, em 2015, mas com revisão datada de 2017, projeto destinado a incentivar companhias estatais a aprimorarem suas práticas e estrutura de governança, denominado Programa Destaque em Governança de Estatais, propiciando redução de incertezas e precificação mais precisa dos valores mobiliários emitidos por tais companhias, por meio de melhoria: (i) na prestação de informações; (ii) nos controles internos; (iii) na composição da administração; e (iv) no compromisso do controlador público.

Apesar da descontinuidade do PGDE no ano de 2020, teve a adesão, até o ano 2018, de Petrobras, Banco do Brasil, Eletrobras, BB Seguridade e Copel²³⁰, sendo que “a decisão de descontinuar o programa reflete a evolução do cenário legal e regulatório, assim como as contribuições do PDGE para a legislação brasileira”²³¹.

²²⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Green bonds. riscos e responsabilidade*. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, maio 2019, p. 834-861, 835. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/green-bonds-riscos-e-responsabilidade-mafalda-miranda-barbosa/>. Acesso em: 7 ago. 2023. Ver também: DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 65.

²²⁹ A ABRASCA – Associação Brasileira das Companhias Abertas – é uma organização civil sem fins lucrativos criada em 1971 para defender a ampliação e o aprimoramento do mercado de capitais como fonte de financiamento para as empresas brasileiras, consoante explicado no sítio eletrônico da associação: https://www.investidor.gov.br/menu/Menu_Academico/Comite_educacao/Participantes/Abrasca/Abra_sca.html. Acesso em: 10 jan. 2023.

²³⁰ Disponível em: https://www.b3.com.br/data/files/71/23/EE/52/CE89C710BD0885C7AC094EA8/Resumo_Destaque_Estatal.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

²³¹ Disponível em: https://www.b3.com.br/data/files/9A/35/24/3F/1BA7C710BD0885C7AC094EA8/OC%20185-2020%20PRE%20%20Descontinuidade%20-%20PDGE%20_final_.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

Em termos de uniformização de reportes não financeiros, a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT buscou padronizar métricas e diretrizes, pelo que publicou a ABNT PR 2030 – ESG²³², vindo a ser o primeiro padrão orientador ESG de abrangência nacional, uma das bases para a idealização da primeira norma de escopo mundial da Organização Internacional de Normalização (ISO)²³³.

No que se refere aos esforços da CVM para melhorar os padrões de transparência no mercado de capitais, tem relevância a revogada Instrução CVM nº 480/2009²³⁴, apresentando melhorias e atualização no sistema de informações a serem prestados pelas companhias abertas, por meio do formulário de referência, previsto em seu artigo 24 e representado pelo anexo 24 da Instrução. Entre as exigências instituídas pela referida Instrução, está a de divulgação do montante global pago aos seus administradores, além do maior e menor salário pagos aos executivos das companhias abertas, tudo nos termos do item 13 do anexo 24 da Instrução.

Mariana Pargendler, ao se referir à discussão acerca das características culturais do capitalismo brasileiro e da necessidade de adequação às peculiaridades locais de determinados preceitos jurídicos importados de ordenamentos estrangeiros, menciona o debate sobre a divulgação dos salários dos executivos de companhias abertas²³⁵.

De fato, a Instrução CVM 480/2009 passou a exigir que, além do montante global pago pela companhia aos seus administradores, prevista em lei, também fossem apresentados o maior e menor salário pagos aos executivos, o que alavancou reação negativa, culminando com ação judicial proposta pelo Instituto Brasileiro de Finanças - IBEF, que suscitou questão cultural que não poderia ser desprezada, pois contrária ao costume dos brasileiros de divulgar a própria remuneração, afetando as garantias individuais de intimidade, privacidade e sigilo de dados.

²³²Mais informações em: <https://www.abntcatalogo.com.br/pnm.aspx?Q=ZWcvVjhseTQydlp4VvKFlcVBZR0k1R1ZBNG1OVI BrZzhLWTJNQ3pOSjlBMD0=>. Acesso em: 30 out. 2023.

²³³ STEFANELO, Fernanda; SANT'ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97, 95.

²³⁴ Revogada, hoje, pela Instrução CVM nº 59/2021, adiante tratada e, reflexamente, revogada também a Instrução CVM nº 480/2009.

²³⁵ PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 553 e ss.

Apesar do alegado, a realidade histórica é outra, já que no século XIX e início do século XX era habitual a previsão estatutária quanto à estrutura e remuneração dos cargos de diretoria, sendo publicizadas pelos principais jornais do País²³⁶. De outro lado, é possível afirmar que a crise financeira eclodida em 2007 revelou estruturas de remuneração cada vez mais complexas, as quais se baseavam, frequentemente, no desempenho a curto prazo, gerando remuneração excessiva dos administradores, não justificada pelo desempenho, o que tem sido apontado até mesmo como uma das possíveis causas da referida crise financeira²³⁷.

Em 2014, o formulário de referência sofreu nova alteração, por meio da Instrução CVM nº 552/2014, que passa a tratar das questões socioambientais como fatores de risco que pesam sobre a decisão de investimento, alinhando-se, pois, e parcialmente, ao sistema internacional, consoante o item 4.1 do anexo 24, o formulário de referência.

Em 2017, a Instrução CVM nº 586/2017 regulou, entre outras disciplinas, a divulgação de informações pelas companhias relativas à governança corporativa, previstas no CBGC, por meio de seu anexo 29-A, incluindo-se o modelo *comply or explain* criado, em 1992, pelo Relatório Cadbury. Em outros termos, cada um dos princípios constantes do CBGC deve ser reportado pela companhia, sendo que, em caso de não adoção, parcial ou total, aos emissores cabe fundamentar o porquê. As fraquezas do modelo foram explicitadas anteriormente neste tópico.

Consoante explicado, a referida Instrução objetivou alterar as regras aplicáveis aos emissores, prevendo que as companhias apresentem, em caráter

²³⁶ PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563, 554. Para maior informação a respeito das tendências e regulações existentes relativamente à remuneração de executivos, ver: FERRARINI, Guido; UNGUREANU, Maria Cristina. Executive Remuneration. In: GORDON, Jeffrey; RINGE, Wolf-Georg (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018, p. 334-362.

²³⁷ MATIAS, Tiago dos Santos. Notas sobre a remuneração dos administradores, governo societário e empresas de investimento. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 309-330, 309. Para ver como a divulgação ESG e o valor de mercado de companhias se relaciona com a remuneração dos executivos no Brasil, ver estudo realizado em empresas listadas na B3: GRODT, Jonas Adriel dos Santos. *Environmental social and governance (ESG): uma análise na perspectiva da sensibilidade da remuneração executiva ao desempenho de mercado*. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2022.

obrigatório²³⁸, informe anual – Anexo 29-A –, denominado Informe sobre o Código Brasileiro de Governança Corporativa para Companhias Abertas. As companhias devem informar as práticas de governança praticadas e justificar aquelas não implementadas²³⁹. Tudo, evidentemente, para melhor informar os investidores e criar incentivos às companhias para que pratiquem a governança corporativa em sua máxima extensão possível.

Já a Instrução CVM nº 59/2021, com as alterações decorrentes da edição da Resolução CVM nº 87/2002 e da Resolução CVM nº 168/22, introduziu reforma, revogando a Instrução CVM 480/2009. Manteve-se o modelo *comply or explain*, inaugurado pela Instrução CVM nº 586/2017, sendo que o formulário de referência, constante do anexo C, expressamente prevê a necessidade de divulgação de dados relativos a fatores ESG, nos seguintes moldes:

Em relação a informações ambientais, sociais e de governança corporativa (ASG), indicar: a. se o emissor divulga informações ASG em relatório anual ou outro documento específico para esta finalidade b. a metodologia ou padrão seguidos na elaboração desse relatório ou documento c. se esse relatório ou documento é auditado ou revisado por entidade independente, identificando essa entidade, se for o caso d. a página na rede mundial de computadores onde o relatório ou documento pode ser encontrado e. se o relatório ou documento produzido considera a divulgação de uma matriz de materialidade e indicadores-chave de desempenho ASG, e quais são os indicadores materiais para o emissor f. se o relatório ou documento considera os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos pela Organização das Nações Unidas e quais são os ODS materiais para o negócio do emissor g. se o relatório ou documento considera as recomendações da Força-Tarefa para Divulgações Financeiras Relacionadas às Mudanças Climáticas (TCFD) ou recomendações de divulgações financeiras de outras entidades reconhecidas e que sejam relacionadas a questões climáticas h. se o emissor realiza inventários de emissão de gases do efeito estufa, indicando, se for o caso, o escopo das emissões inventariadas e a página na rede mundial de

²³⁸ Consoante esclarece Luiza Rangel de Moraes, “a divulgação anual do referido Informe é obrigatória, desde 1º de janeiro de 2018, para as companhias que, na data da publicação da ICVM 586, tivessem ao menos uma espécie ou classe de ações de sua emissão, compreendida no Índice Brasil 100 (IBRX – 100), ou Índice Bovespa (Ibovespa); e, a partir de 1º de janeiro de 2019, para os demais emissores registrados na categoria A, autorizados por entidade administradora de mercado à negociação de ações em bolsa de valores” (MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 117).

²³⁹ MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 117.

computadores onde informações adicionais podem ser encontradas i. explicação do emissor sobre as seguintes condutas, se for o caso: i. a não divulgação de informações ASG ii. a não adoção de matriz de materialidade iii. a não adoção de indicadores-chave de desempenho ASG iv. a não realização de auditoria ou revisão sobre as informações ASG divulgadas v. a não consideração dos ODS ou a não adoção das recomendações relacionadas a questões climáticas, emanadas pela TCFD ou outras entidades reconhecidas, nas informações ASG divulgadas vi. a não realização de inventários de emissão de gases do efeito estufa.

É oportuno acrescentar que o formulário de referência busca informações sobre a aderência, pelo emissor, à Agenda 2030 e ao relatório produzido pelo TCFD.

Por fim, em julho de 2023, a CVM aprovou o Anexo ASG, inovação da B3, também sob o modelo “pratique ou explique”, focado nas exigências relativas à igualdade de gênero e comunidades sub-representadas, com requisito de eleição de, ao menos, uma mulher e de um integrante de minorias ao conselho de administração ou diretoria estatutária, sendo o primeiro até 2025 e o segundo até o ano 2026. Esse documento contempla regras de políticas de remuneração variável dos administradores e de divulgação de indicadores de desempenho ligados a temas ou metas ESG²⁴⁰.

Dentro do sistema financeiro, a já mencionada Resolução do BC nº 4.327/2014 impõe que as instituições financeiras adotem a denominada Política de Responsabilidade Socioambiental (“PRSA”), mas não estabelece regras claras de divulgação de informações. Limita-se a sugerir algumas práticas na estrutura da governança corporativa, como a criação de comitê de responsabilidade socioambiental²⁴¹.

Em 1º de julho de 2022, entrou em vigor um conjunto de regras pelo Conselho Monetário Nacional (“CMN”) e pelo BC, de 2021, com o objetivo de regular riscos social, ambiental e climático, visando, entre outros objetivos, à governança seguida pelas instituições financeiras abrangidas pelas respectivas regras.

A Resolução CMN nº 4.945/2021, que alterou a Resolução nº 4.557/2017, impõe a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (“PRSAC”), em seu

²⁴⁰ Ver a respeito: ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 165.

²⁴¹ Ver a respeito: LUPION, Ricardo. A empresa (ESG) e seus atributos. In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo Monteiro de; CAMPINHO, Sérgio (Org.). *Direito empresarial e suas interfaces*. homenagem a Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, v. 1, p. 449-468, 452 e ss.

art. 3º, ali considerado como um conjunto de princípios ESG para condução dos negócios, atividades e processos da instituição, assim como sua relação com partes interessadas²⁴².

Já as Resoluções CMN nº 4.943/2021 e 4.944/2021 dividem o conceito anterior de risco socioambiental em risco social, ambiental e climático – de transição e físico – incorporando o risco social caracterizado pela violação de direitos e garantias fundamentais ou atos lesivos ao interesse comum, como assédio, discriminação ou preconceito. Risco ambiental é classificado como degradação do meio ambiente sob qualquer forma, ainda que decorrente de atos ou atividades exercidas dentro da legalidade, sendo que o risco climático é subdividido em: físico, incorporando intempéries frequentes e severas ou alterações ambientais de longo prazo, vinculadas com mudanças climáticas, e de transição, relacionado ao processo de redução das emissões de gases de efeito estufa. Determinam, ainda, que as instituições financeiras elaborem estrutura de gerenciamento de risco integrada, a qual seja capaz de identificar, mensurar, avaliar, monitorar, reportar, controlar e mitigar riscos ambientais, sociais e climáticos²⁴³.

Por sua vez, a Resolução BACEN nº 139/2021 e a Instrução Normativa BACEN nº 153/2021 tornam obrigatória a divulgação anual de Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticas, devendo contar com informações referentes à governança do gerenciamento dos riscos, elencando as atribuições e responsabilidades das instâncias institucionais, os impactos reais e potenciais dos riscos e seus processos de gerenciamento. No mesmo sentido, a Resolução BACEN 151/2021 determina a necessidade de remessa, ao BC, de informações relativas ao enfrentamento, avaliação e enquadramento de riscos sociais ambientais e climáticos e suas exposições em operações de crédito e a títulos de valores mobiliários, e dos seus respectivos devedores, de acordo com sua PRSAC. Mais recentemente, o BC publicou a Resolução nº 331/2023, dispondo, entre outras previsões, sobre a PRSAC a ser estabelecida para determinado conglomerado prudencial²⁴⁴.

²⁴² Ver a respeito: STEFANELO, Fernanda; SANT'ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97, 95-96.

²⁴³ Ver a respeito: STEFANELO, Fernanda; SANT'ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97, 95.

²⁴⁴ Ver a respeito: STEFANELO, Fernanda; SANT'ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97, 96.

I.3.1.5. Governança corporativa e *compliance*

Em paralelo aos esforços das companhias para implementar as políticas de governança corporativa e à luz do empenho das autoridades públicas para repressão de práticas criminosas ligadas à atividade empresarial, as empresas passaram a adotar políticas e normas de *compliance*, braço específico da governança corporativa, mais ampla do que o *compliance*.

Em um dos aspectos que diferencia o *compliance* da governança corporativa, ressalte-se que, ao passo que a governança corporativa se vê irradiada por aspectos também extraleais, isto é, de cumprimento de exigências éticas e morais que não, necessariamente, decorram de lei que imponha determinadas condutas corporativas, o *compliance* também se preocupa com o comportamento ético e moral das corporações, ainda que sob o viés de estrito cumprimento de deveres legais, em sentido amplo, sensíveis à coletividade e a padrões de conduta minimamente éticos.

Isso porque *compliance* (derivada do verbo em inglês “*to comply*”) tem sido empregado para denominar o conjunto de boas práticas éticas no desenvolvimento das atividades empresárias, mitigando-se o risco atrelado à reputação em razão de descumprimento de preceitos regulatórios e legais, refletindo em especial no Direito Financeiro e Penal, embora também se perceba reverberar no campo do Direito Privado²⁴⁵.

O *compliance* pressupõe a noção de integridade, o que designa a coerência entre princípios e procedimento adotados para a observância da legislação²⁴⁶. Envolve o estabelecimento de mecanismos de autorregulação e autorresponsabilidade e autovigilância pelas pessoas jurídicas, observando-se não apenas as políticas internas de cada sociedade, como também as normas legais em vigor²⁴⁷.

²⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 319.

²⁴⁶ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 688.

²⁴⁷ OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo da Guia. Origem e evolução histórica do *compliance* no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 29-51, 30-31.

Apesar disso, parece claro que o *compliance* é sintoma de um processo de adaptação do sistema jurídico ao aumento de complexidade da sociedade. O sistema jurídico parece estar sendo provocado pelo aumento da complexidade das relações sociais e está produzindo descrição interna de justiça que envolve a criação de nova narrativa, girando em torno do *compliance*. Muito mais do que adequação às normas, como a tradução do termo sugere, tem arranjo muito mais complexo, ancorado em dimensão econômica (mercado) e política, no sentido de estabelecimento de diretrizes e objetivos políticos compartilhados, permitindo determinar a esfera de ação e atuação de empresas de todos os segmentos²⁴⁸.

Vale repisar: *compliance* não é sinônimo de governança corporativa, embora constitua instrumento da governança corporativa²⁴⁹, pois opera como diretriz das decisões tomadas pelos conselhos das empresas²⁵⁰. A exigência de conformidade com a legislação é um elemento fundamental da governança, sendo que as políticas de governança são decisões tomadas pelo conselho que expressam os objetivos institucionais e a forma como a companhia deve atingir esses objetivos a partir de postura compatível com a identidade institucional²⁵¹.

A governança corporativa imprime-se com o alinhamento dos objetivos da alta administração aos interesses e valores da instituição, ao passo que o *compliance*, visto como a conformidade com regras ambientais, trabalhistas, direitos humanos, normas anticorrupção etc²⁵², é englobado pela governança corporativa, mais ampla do que o *compliance*.

²⁴⁸ SAAVEDRA, Giovanni. *Compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 33.

²⁴⁹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In: _____; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 53-70, 53.

²⁵⁰ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 690.

²⁵¹ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 693.

²⁵² COSTA, Ligia Maura. Responsabilidade social corporativa e compliance no setor da saúde. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance. visão prática*. São Paulo: CCBC, 2022, p. 154-167, 158.

Exemplos de matérias que podem estar sob o guarda-chuva de *compliance* são: antitruste, anticorrupção, prevenção à lavagem de dinheiro, questões éticas e comportamentais, direitos humanos, como a antidiscriminação²⁵³, segurança, privacidade de dados, regulação bancária, regulação ambiental, mais recentemente o uso de inteligência artificial e assim por diante. Nem sempre todos esses temas são pertinentes ou relevantes na mesma medida para todas as organizações²⁵⁴. Daí porque existem estudos de *compliance* segmentados para setores da indústria²⁵⁵, não se podendo dizer, no entanto, que *compliance* seja sinônimo de combate à corrupção²⁵⁶.

Com essa complexidade, parece claro não existir fórmula pronta (*one size fits all model*) para um *compliance* eficaz, pelo que programas de prateleira são frágeis. A efetividade dependerá dos riscos individualizados e contexto únicos de uma empresa²⁵⁷. Entre os riscos a serem sopesados para a criação de programas eficientes, estão não só a

²⁵³ Sobre o tema ver: ROSA, Fabiano Machado da; COSTA, Luana Pereira da. (Org.) *Compliance antidiscriminatório*. lições práticas para um novo mundo corporativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

²⁵⁴ JUNQUEIRA, Carolina Bueno. *Risk assessment* para programas de compliance efetivos. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 38-51, 40.

²⁵⁵ Por exemplo: FERENZINI, Felipe; UELZE, Heloisa; FRIZZO, Henrique. Compliance no setor farmacêutico. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 90-105; COSTA, Ligia Maura. Responsabilidade social corporativa e compliance no setor da saúde. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 154-167; SIDNEY, Isaac. *Compliance* bancário. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 453-474; CATRAN, Fabiano; CRESPO, Danilo Leme. Um novo *compliance* no setor de saúde suplementar para solução de um velho problema. as fraudes em órteses, próteses e materiais especiais (OPME). In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 475-498; COELHO, Antônio Augusto de Souza. Em defesa do *cross-compliance* no agronegócio brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 499-522;

²⁵⁶ COSTA, Ligia Maura. Responsabilidade social corporativa e compliance no setor da saúde. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 154-167, 157.

²⁵⁷ VALLE, Martim Della; PRATA, Daniela Arantes. Métricas e indicadores de compliance e eficácia. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 178-189, 181. Ver também: PEGAS, Roberta. Compliance como ferramenta de gestão de crise/ESG. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 230-241, 237; FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 71-104, 80 e ss.

atividade desenvolvida pela empresa, em si, mas também a localização de sua operação, a legislação aplicável, a competitividade do mercado, os modelos e ciclos de venda, o volume de negócios, os clientes e parceiros de negócios, as relações com os governos nacional e estrangeiros, a utilização de negócios de terceiros e as relações com agentes políticos²⁵⁸.

Um programa de conformidade genuíno, instituído de forma robusta e efetiva, será aquele que contar com o comprometimento da alta administração, mas também que definir de forma clara e objetiva medidas preventivas, detectivas e corretivas, no intuito de identificar e mitigar riscos de conformidade, no que se inclui, como forma de coibir condutas desconformes, medidas disciplinares, que vão desde a advertência verbal, até a dispensa do empregado, com tolerância zero para desvios das diretrizes de conformidade da instituição, independentemente do nível hierárquico envolvido²⁵⁹. Também treinamentos periódicos e comunicações de *compliance* são considerados alicerces essenciais para instituição bem-sucedida do programa de integridade²⁶⁰.

A implementação de canal de denúncia pelas instituições mostra-se importante aliado para a integridade e para a agenda ESG. Como asinalado²⁶¹, conforme relatório da *Association of Certified Fraud Examiners*, no ano de 2021, cerca de 43% dos esquemas de fraude identificados em âmbito global (2.110 caso em 133 países) foram detectados a partir de denúncias.

²⁵⁸ VALLE, Martim Della; PRATA, Daniela Arantes. Métricas e indicadores de compliance e eficácia. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 178-189, 181. Sobre o tema, ver também: NEVES, Edmo Colnaghi. *Fundamentos da governança corporativa*. riscos, direito e compliance. Curitiba: InterSaberes, 2021, p. 177 e ss.

²⁵⁹ BASSINELO, Everson. Medidas disciplinares. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 80-89.

²⁶⁰ PROENÇA, José Marcelo Martins. Treinamento e comunicação em programas de integridade/compliance. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 140-153, 144. No mesmo sentido: NEVES, Edmo Colnaghi. *Fundamentos da governança corporativa*. riscos, direito e compliance. Curitiba: InterSaberes, 2021, p. 177 e ss.

²⁶¹ MISALE, Guilherme; ZICHI, Tatiane. Canal de denúncias. um aliado para a integridade e para a agenda ESG. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 126-139.

No que se refere aos primeiros passos do instituto no Brasil, convém destacar a Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), que abraçou o *compliance* no Brasil, fazendo disseminar códigos de integridade ou conduta empresarial, visando a imprimir relações sociais éticas e com respeito aos direitos humanos, em especial nas esferas do Poder Público²⁶². No mesmo ano, foi promulgada a lei nº 12.850/2013, voltada à repressão ao crime organizado.

Também digna de nota é a Lei nº 9.613/1998, alterada pela Lei nº 12.683/2012, tipificando o crime de lavagem de capitais, ao lado das regulamentações da referida legislação pela CVM, a primeira Instrução CVM nº 301/1999, alterada, posteriormente, pela Instrução CVM nº 553/2014. Mencione-se, ainda, a Lei nº 13.506/2017, modificando substancialmente o processo administrativo sancionador perante o BC e CVM, com sanções muito mais rigorosas²⁶³.

No âmbito das empresas estatais, destaque-se a Lei nº 13.303/2016, a denominada Lei das Estatais – em geral bem recebida, apesar de críticas pontuais a respeito de determinadas exigências²⁶⁴. Prevista para ser implementada mediante a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o seu impulso determinante foi a Operação Lava Jato, tendo sido editada apenas em 2016²⁶⁵.

²⁶² MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 319, 319.

²⁶³ Ver a respeito: MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 115.

²⁶⁴ Faz-se menção, por exemplo, à exigência de que 25% do conselho de administração sejam formados por integrantes independentes, o que chega a ser mais rígido do que o percentual imposto pelo Novo Mercado (MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 115).

²⁶⁵ Para verificar a concomitância da Operação Lava Jato e o processo legislativo que impulsionou a edição e promulgação da Lei das Estatais, ver interessante quadro cronológico dos fatos da Operação Lava Jato e do processo legislativo em: CAMARGO, João Laudo de. Governança das sociedades de economia mista. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 586.

A Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 8.495/2016 e instituiu o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista²⁶⁶, impondo uma série de exigências estruturais e as submetendo, em grande medida, à LSA e à CVM²⁶⁷.

Além das exigências domésticas, próprias do período de entrada em vigor da referida Lei Anticorrupção, leia-se, Operação Lava Jato, na esteira do conhecido Mensalão²⁶⁸, tem-se, historicamente, demanda de internacionalização do combate à corrupção, dada a intensificação das relações internacionais e o fortalecimento da globalização, o que foi encabeçado, no início dos anos 1990, por organismos multilaterais, entre eles o Fundo Monetário Internacional (“FMI”), a ONU e o Banco Mundial²⁶⁹.

²⁶⁶ O escopo subjetivo da Lei das Estatais se depreende de seu artigo primeiro e parágrafos:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

(...)

§ 5º Submetem-se ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio, conforme disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, na condição de operadora.

§ 6º Submete-se ao regime previsto nesta Lei a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista abrangidas no caput.”

²⁶⁷ Para discussão a respeito da competência abrangida pela CVM quanto ao cumprimento da Lei das Estatais, ver: CAMARGO, João Laudo de. Governança das sociedades de economia mista. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 587 e ss. Vide, a respeito, Decreto nº 8.495/2016, artigos 10, parágrafo 2º, 12, 25, 27, 31 e 40.

²⁶⁸ A respeito de tais escândalos na história política e empresarial brasileira e sua repercussão no desenvolvimento da legislação anticorrupção no Brasil, ver: SCANDELARI, Gustavo Britta. *Compliance e prevenção corporativa de ilícitos. inovações e aprimoramentos para programas de integridade*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 52 e ss.

²⁶⁹ PORTELLA, Renato; CATTLEY, Luiza; KATZ, Mirella. A compensação de valores em acordos de leniência multijurisdicionais. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance. visão prática*. São Paulo: CCBC, 2022, p. 218-229, 219. Ver também, para maiores detalhes: NOTARI, Marcio Bonini. As convenções internacionais ratificadas pelo Brasil no combate a corrupção. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*. jan./jun. 2017, v. 1, p. 60-77.

Destacam-se três convenções internacionais de maior importância, particularmente por terem sido ratificadas pelo Brasil²⁷⁰. Primeiro, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, promulgada por meio do Decreto nº 3.678/2000, acarretando a tipificação do crime de corrupção ativa em transação comercial internacional no Código Penal brasileiro; segundo, a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos, prevendo cooperação e assistência recíproca dos Estados signatários, que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Presidencial nº 4.410/2002; terceira, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.687/2006, conhecida como Convenção de Mérida, com objetivos similares à Convenção da OEA, com destaque para as disposições de recuperação de ativos relacionados aos crimes de corrupção.

A força propulsora para a criação de instrumentos globais desenvolvidos para controle da corrupção²⁷¹ foi a lei doméstica dos Estados Unidos da América, de dezembro de 1977, o *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”), que foi pioneira na regulação da corrupção em nível internacional, fazendo com que empresas norte-americanas se sentissem em desvantagem competitiva frente às demais, como as europeias e asiáticas, não sujeitas a disposição rigorosas em seus respectivos ordenamentos jurídicos²⁷².

O FCPA decorreu do episódio conhecido como *Watergate*, também o nome do complexo de imóveis corporativos e residenciais, situado em Washington D.C., defronte ao rio Potomac, empreendimento finalizado no início da década de 1970 e onde era sediado o Comitê do Partido Democrático, que concorria ao pleito eleitoral de 1972, tendo como candidato à presidência George MacGovern, opondo-se a Richard Nixon, do Partido Republicano. O imóvel foi objeto de espionagem, revelando-se por evidências que Nixon, presidente então eleito no embate eleitoral, tinha conhecimento da ação

²⁷⁰ Ver a respeito: PORTELLA, Renato; CATTLEY, Luiza; KATZ, Mirella. A compensação de valores em acordos de leniência multijurisdicionais. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 218-229.

²⁷¹ PORTELLA, Renato; CATTLEY, Luiza; KATZ, Mirella. A compensação de valores em acordos de leniência multijurisdicionais. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 218-229, 220.

²⁷² PORTELLA, Renato; CATTLEY, Luiza; KATZ, Mirella. A compensação de valores em acordos de leniência multijurisdicionais. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 218-229, 220.

criminosa em desfavor dos democratas, fato que levou à sua renúncia em meio a um processo de impedimento. A forma como os fundos eleitorais eram tratados à época, pela *Corruptice Practices Act*, de 1925, permitiu que despesas não contabilizadas fossem investidas na contratação de *experts* em instalação de escutas ambientais, motivando, pois, a reforma legislativa poucos anos depois da eclosão do episódio²⁷³.

Especificamente em matéria de desenvolvimento sustentável, a Lei das Estatais, em seu artigo 27, parágrafo 2º²⁷⁴, refere-se ao dever de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa, ao passo que seu artigo 45 estabelece possibilidade de as empresas estatais, no âmbito de suas contratações, estabelecerem remuneração variável atrelada a critérios de sustentabilidade desempenhada pelo ente contratado²⁷⁵. Apesar disso, a Lei das Estatais deixa de criar sistema específico de fiscalização e implementação de tais critérios de sustentabilidade, o que limita, nessa medida, a efetividade da pretensão do legislador²⁷⁶.

Além da adoção de práticas de governança e de divulgação de informações previstas no artigo 8º da Lei das Estatais²⁷⁷, o texto legal impulsiona a transparência na

²⁷³ SCANDELARI, Gustavo Britta. *Compliance e prevenção corporativa de ilícitos. inovações e aprimoramentos para programas de integridade*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 44-45.

²⁷⁴ “Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

(...)

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.”.

²⁷⁵ “Art. 45. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.”.

²⁷⁶ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 470.

²⁷⁷ “Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

gestão administrativa das empresas públicas, com a imposição de criação de órgãos de controle – pois não basta ter boas regras de governança, se não for possível implementá-las, fiscalizando e punindo quem deixar de cumpri-las.

O objetivo principal de tal regulação foi evitar a ingerência política na composição dos órgãos de administração das empresas estatais abarcadas pela Lei das Estatais, pelo que a disciplina do artigo 17, parágrafo 2º da Lei das Estatais²⁷⁸ veda a

-
- II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;
 - III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;
 - IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;
 - V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
 - VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;
 - VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;
 - VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;
 - IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.”

²⁷⁸ “Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

- I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;
- II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;
- III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;
- IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora

participação no conselho de administração e diretoria de quem, por exemplo, tenha exercido militância política recente ou mantenha proximidade com a cúpula do Poder Executivo²⁷⁹. Trata-se da denominada blindagem política²⁸⁰.

Apesar de se reputar que uma das áreas de avanço do Brasil se refere ao combate ao trabalho análogo ao escravo²⁸¹, tendo o Código Penal, por meio da Lei nº 10.803/2003, alterado a tipificação do crime de redução à condição análoga à de escravo em seu artigo 149²⁸², notícias relativamente recentes no cenário brasileiro dão conta de que trabalhadores e trabalhadoras em condições análogas a de escravo ainda merecem atenção pelas autoridades públicas e enfrentamento pelas diferentes instituições privadas.

De qualquer forma, é valiosa a criação da denominada “lista suja”, instituída por meio da Portaria nº 540/2004, do então Ministério do Trabalho e do Emprego, hoje denominado Ministério do Trabalho e Emprego, divulgada anualmente pelo Ministério

da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.”

²⁷⁹ MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 120.

²⁸⁰ Para discussão a respeito da competência abrangida pela CVM quanto ao cumprimento da Lei das Estatais, ver: CAMARGO, João Laudo de. Governança das sociedades de economia mista. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 587 e ss.

²⁸¹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 490. Apesar disso, notícias a respeito de aumento no resgate de trabalhadores em situações análogas a de escravos circulam em veículos tradicionais de comunicação, o que pode representar medida efetiva de repressão à prática, mas também aumento de situações violadoras de direitos humanos. Ver, exemplificativamente: <https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/noticia/2023/03/21/brasil-resgatou-918-vitimas-de-trabalho-escravo-em-2023-recorde-para-um-1o-trimestre-em-15-anos.ghtml>. Acesso em: 5 out. 2023

²⁸² Texto anterior: “Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos”; texto atual: “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”.

da Economia. Sua constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 2020, no âmbito da ADPF 509.

Cabe mencionar, de igual modo, a entrada em vigor da Lei nº 13.709/19, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (“LGPD”), em agosto de 2020, a qual exige das empresas a adoção de práticas para tratamento de dados pessoais, com regras diferenciadas para aqueles considerados pela LGPD como sensíveis, quer sejam tratados nos meios físicos, quer sejam aqueles acessados por meio digital.

Exemplos de dados que devem ter tratamento de acordo com a LGPD são aqueles contidos em cadastros, *mailings*, *sites*, relatórios e pesquisas, além daqueles obtidos junto aos usuários, mas sempre envolvendo pessoas físicas, já que a LGPD não tem por escopo armazenar dados de empresas²⁸³.

A estruturação do tema surgiu na Europa, resultante do direito à privacidade que consta da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, catalisada pelo avanço da tecnologia, em especial da *internet*, pelo que se aprovou, em 1995, a Diretiva Europeia de Proteção de Dados, a partir da qual cada estado membro baseou sua própria lei de implementação. Em 2016, tal diretiva foi atualizada e entrou em vigor a *General Data Protection Regulation*, inspirando outros continentes e países a tomarem caminhos semelhantes²⁸⁴. Deve-se citar, de igual modo, outra fonte que precedeu e serviu de ponto de partida ao regime europeu, qual seja, a desenvolvida pela OCDE, em 2013, denominada *Recommendation Concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, que revisou trabalho de 1980, intitulada *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*²⁸⁵.

²⁸³ GIGLIO, André. Compliance LGPD/GDPR. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 14-26, 14/16.

²⁸⁴ GIGLIO, André. Compliance LGPD/GDPR. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 14-26, 15-16.

²⁸⁵ Ver a respeito: PRADO, Viviane Muller; DUTRA, Marcos Galileu Lorena. *Compliance de dados e governança corporativa*. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 883-906.

No Brasil, o debate iniciou-se em 2010, sendo que os longos anos de discussão até a definição do texto final não foram em vão, dada a superior qualidade do texto final em comparação com o texto inicialmente projetado²⁸⁶.

Seja como for, a partir da entrega em vigor da LGPD, nova fase do *compliance* surgiu; agora o *compliance* deve se preocupar também com o uso ético dos dados pessoais²⁸⁷. Exige, pois, sob pena de incorrer nas sanções previstas na LGPD, que as organizações exponham detalhadamente os fluxos de dados e os tratamentos que realizam, gerenciando e registrando o trajeto das informações que coletam, desde o momento em que os dados adentram suas estruturas até o seu descarte, bem assim que tenham clareza da base legal que utilizam para cada tratamento, inclusive com a nomeação de encarregado para a proteção de dados²⁸⁸, a quem se incumbem diversas responsabilidades sob o manto da LGPD²⁸⁹.

Como se constatou²⁹⁰, esta regulação possui amplo alcance, fazendo com que as empresas comecem a estruturar uma estratégia de planejamento sobre a forma de proteção ao tratamento dos dados pessoais de seus clientes e colaboradores, evitando-se

²⁸⁶ CARVALHO, André Castro; BANNWART, Elizabeth Marques. A lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). adequando-as aos programas de governança em privacidade das empresas estatais. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Coord.). *Compliance no direito empresarial*. v. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 239-253, 241.

²⁸⁷ GIGLIO, André. Compliance LGPD/GDPR. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 14-26; 17.

²⁸⁸ A respeito do tema, consultar: GIGLIO, André. Compliance LGPD/GDPR. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 14-26; 22.

²⁸⁹ Ver a respeito: PERROTTI, Paulo Salvador Ribeiro. A responsabilidade do encarregado de dados frente às exigências da LGPD e do compliance corporativo. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 202-217; SILVA, Fabiana Aparecida dos Reis; LIMPA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. A proteção de dados pessoais como prática social e de governança à luz das regras de ESG. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 81-89; KREMER, Bianca; PALMEIRA, Mariana M. A compreensão do encarregado: diferentes perfis, requisitos e qualificações. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 623-645; ZENKNER, Marcelo; SPINELLI, Mário. O papel do encarregado pelo tratamento dos dados pessoais nas empresas privadas In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 647-663.

²⁹⁰ PERROTTI, Paulo Salvador Ribeiro. A responsabilidade do encarregado de dados frente às exigências da LGPD e do compliance corporativo. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 202-217, 202.

infrações que certamente irão culminar em impactos financeiros e danos para a reputação empresarial.

I.3.2. Ambiental

Entre os temas inseridos no aspecto ambiental, estão:

- (i) a necessidade de condução de negócios com a adequada utilização dos recursos naturais;
- (ii) o estrito cumprimento das leis e regulamentos ambientais;
- (iii) a redução dos impactos ambientais gerados pela atividade econômica, afeitos à eficiência energética e à poluição e às emissões de carbono²⁹¹.

Entende-se que a instituição que observa o meio ambiente busca seu desenvolvimento econômico sem agredi-lo, assegurando a sua permanência para as próximas gerações, agregando esforços relativos à redução das emissões de gases de efeito estufa, à redução da poluição, à preservação da biodiversidade, à gestão de resíduos e efluentes, com utilização de auditoria ambiental como ferramenta de gestão para controle do desempenho ambiental e para evitar possíveis acidentes. Nesse âmbito, incluem-se aspectos como prevenção e limitação de acidentes ambientais, informação e formação do pessoal em questão ambiental, consumo de energia, uso da água, reciclagem, reutilização e redução de custos²⁹².

Tais medidas envolvem, evidentemente, a realização de modificações no processo produtivo, substituindo produtos tóxicos ou nocivos por outros menos prejudiciais, a elaboração de códigos de conduta de respeito ao meio ambiente e a diminuição do consumo de matérias-primas, água e energia, pelo que se recomenda exigir

²⁹¹ WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 700.

²⁹² REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 85-86.

uma gestão empresarial que não apenas considere os impactos ambientais, mas tenha uma atuação positiva para assegurar a sua integridade²⁹³.

Na sequência de diversas conferências ocorridas no âmbito das mudanças climáticas, especialmente as advindas após os debates desenvolvidos na Rio-92, resultando no estabelecimento da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, assinada em Nova Iorque em 1992, e internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 2.562/1998, decidiu-se que era necessário estabelecer metas concretas para redução de emissões de gases de efeito estufa, o que se deu por meio do Protocolo de Quioto²⁹⁴, acordado em 1997 e integrado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 144/2002.

Na mesma oportunidade, também em Nova Iorque, foi firmada, com foco no setor financeiro, a Declaração dos Bancos para o Meio Ambiente, considerada um dos primeiros instrumentos voltados para o desenvolvimento sustentável envolvendo bancos comerciais. Abarcou mais de 30 bancos de 23 diferentes países, instituições financeiras que se comprometeram com o desenvolvimento sustentável e com a obediência de suas operações financeiras voltadas a princípios norteadores de resguardo do meio ambiente.

Já o braço do Banco Mundial, *IFC*, concebido para desenvolvimento do setor privado de seus países-membros, juntou-se com instituições financeiras internacionais para estabelecer “critérios mínimos ambientais e de responsabilidade social, para serem atendidos nas concessões de crédito”²⁹⁵, tendo sido aprovado em 2003, em Washington, um conjunto de regras denominado Princípios do Equador.

²⁹³ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 86.

²⁹⁴ UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. Disponível em: <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/cop3/107a01.pdf>. Acesso em 11 dez. 2023.

²⁹⁵ WAISBERG, Ivo; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto. Sustentabilidade e responsabilidade social nas instituições financeiras: princípios do Equador. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, a. 11, n. 41, p. 177-196, jul./set. 2008, p. 180.

Os Princípios do Equador, que podem ser adotados voluntariamente pelas instituições financeiras signatárias, têm estreita relação com a apuração de culpa no âmbito da responsabilidade civil das instituições financeiras em projetos financiados.

Com efeito, a adoção dos princípios, embora não tenham força de lei, faz presumir que as instituições financeiras buscarão “garantir que os projetos de financiamento sejam desenvolvidos de forma socialmente responsável e reflitam as melhores práticas de gestão ambiental e sustentabilidade”²⁹⁶.

No mesmo setor financeiro, mas no âmbito brasileiro, a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN lançou Normativo de Criação e Implementação de Política de Responsabilidade Socioambiental²⁹⁷. Formaliza diretrizes e procedimentos fundamentais para as práticas socioambientais dos seus signatários, visando a regular o desenvolvimento e a implementação PRSA, prevista na Resolução nº 4.327 do CMN, publicada pelo BACEN em 25 de abril de 2014.

Entre outras medidas voltadas ao desenvolvimento sustentável, pode-se mencionar a necessidade de inclusão de cláusulas contratuais que prevejam em operações bancárias, no mínimo:

I – A obrigação de o tomador observar a legislação ambiental aplicável;

(...)

III – A faculdade de a Signatária antecipar o vencimento da operação nos casos de cassação da licença ambiental, quando aplicável, e de sentença condenatória transitada em julgado, em razão de prática, pelo tomador, de atos que importem trabalho infantil, trabalho análogo ao escravo, proveito criminoso da prostituição ou danos ao meio ambiente;

IV – A obrigação de o tomador monitorar suas atividades de forma a identificar e mitigar impactos ambientais não antevistos no momento da contratação do crédito;

V – A obrigação de o tomador monitorar seus fornecedores diretos e relevantes no que diz respeito a impactos ambientais (...).

²⁹⁶ WAISBERG, Ivo; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto. Sustentabilidade e responsabilidade social nas instituições financeiras: princípios do Equador. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, a. 11, n. 41, p. 177-196, jul./set. 2008, p. 187.

²⁹⁷ Ver a respeito: LUPION, Ricardo. A empresa (ESG) e seus atributos. In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo Monteiro de; CAMPINHO, Sérgio (Org.). *Direito empresarial e suas interfaces*. homenagem a Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, v. 1, p. 449-468, 453 e ss.

Digno de nota é o denominado Protocolo Verde Revisado, instrumento firmado pela União em 1995 e revisado em 2008, por meio de um conjunto de órgãos e entidades bancárias a saber: Ministério do Meio Ambiente, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Banco da Amazônia e Banco do Nordeste do Brasil²⁹⁸.

Tem por objetivo:

Estabelecer a convergência de esforços para o empreendimento de políticas e práticas bancárias que sejam precursoras, multiplicadoras, demonstrativas ou exemplares em termos de responsabilidade socioambiental e que estejam em harmonia com o objetivo de promover um desenvolvimento que não comprometa as necessidades das gerações futuras²⁹⁹.

Para tanto, o Protocolo Verde estabelece cinco princípios em seu art. 2º, fornecendo as diretrizes necessárias para implementação de tais objetivos e fazendo expressa referência ao princípio norteador de “[f]inanciar o desenvolvimento com sustentabilidade, por meio de linhas de crédito e programas que promovam a qualidade de vida da população, o uso sustentável dos recursos naturais e a proteção ambiental” e, ainda, de “[c]onsiderar os impactos e custos socioambientais na gestão de ativos (próprios e de terceiros) e nas análises de risco de clientes e de projetos de investimento, tendo por base a Política Nacional de Meio Ambiente”.

Ponto que merece reflexão é a possibilidade de o sistema financeiro preocupar-se, exclusivamente, com temas ambientais. Como visto, e assim indica a doutrina³⁰⁰, o relatório final produzido pela TFCO tem por foco questões ambientais, apenas, o que poderia ser visto como iniciativa que não atenta nas demandas sociais. Seria, isso, em primeiro plano, afastamento da compreensão da interdependência de fatores sociais, ambientais e de governança corporativa que marcam os fatores ESG?

²⁹⁸ Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/ProtocoloVerde.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2023.

²⁹⁹ Protocolo Verde Revisado, cláusula 1ª. Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/ProtocoloVerde.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2023.

³⁰⁰ CAMPOS, Vinicius Medina; BERTACCHINI, Yago Alves; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Empresas ESG. uma nova perspectiva para enfrentar os desafios do capitalismo além da renda mínima. *Scientia Iuris*: Londrina, v. 26, n. 1, mar. 2022, p. 89-104, 97-98.

A exclusividade de preocupação ambiental se motivaria, pois tem a potencialidade de causar danos materiais diretos de grandes e irreversíveis impactos. Poder-se-ia aventar, por exemplo, que o aquecimento global representaria a quebra do sistema de seguros e, por consequência, do sistema financeiro global³⁰¹, ao passo que questões relacionadas aos aspectos sociais dos fatores ESG jamais teriam tal impacto.

Nesse contexto, e como se verá em item próprio do presente trabalho (**II.2.1**), as agências de notação de risco em fatores ESG têm papel importante, pois podem pontuar e classificar os diferentes espectros ESG isoladamente, desde que a metodologia adotada por tais agências assim permita. Espera-se que, com isso, o próprio mercado possa cobrar dos agentes de mercado que, para além dos interesses exclusivamente patrimoniais que resultam da demanda climática, tenham em consideração, em igual ou melhor medida, aspectos sociais e de direitos humanos.

Fato é que, a fim de atacar o catastrófico cenário de aquecimento global dos dias atuais, restou firmado o Acordo de Paris³⁰², assinado em 22 de abril de 2016, em que cada Estado signatário apresenta seus objetivos domésticos de emissão de carbonos. Resultou, posteriormente, em aportes de US\$ 100 bilhões de dólares anuais em medidas para combater as alterações climáticas, com início em 2020, com objetivo de emissão zero até o ano de 2050³⁰³, acordado perante a 15ª Conferência de Madri, em 2019 (COP 25).

O Brasil internalizou o Acordo de Paris por meio do Decreto 9.073/2017. Explica o Ministério do Meio Ambiente³⁰⁴:

Para o alcance do objetivo final do Acordo, os governos se envolveram na construção de seus próprios compromissos, a partir das chamadas Pretendidas

³⁰¹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 464-465.

³⁰² BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC. *Acordo de Paris*. Ministério do Meio Ambiente Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/sirene/publicacoes/acordo-de-paris-e-ndc/arquivos/pdf/acordo_paris.pdf Acesso em: 4 jul. 2023.

³⁰³ ASSUNÇÃO, Thiago. ESG and net zero emissions targets: accelerating climate action through private sector voluntary commitments in Brazil. *Revista Mosaicos Estudos em Governança, Sustentabilidade e Inovação*. Curitiba, v. 3, n. 1, 2021, p. 17-34, 22.

³⁰⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Acordo de Paris*. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris.html>. Acesso em: 14 dez. 2023.

Contribuições Nacionalmente Determinadas (iNDC, na sigla em inglês). Por meio das iNDCs, cada nação apresentou sua contribuição de redução de emissões dos gases de efeito estufa, seguindo o que cada governo considera viável a partir do cenário social e econômico local. Após a aprovação pelo Congresso Nacional, o Brasil concluiu, em 12 de setembro de 2016, o processo de ratificação do Acordo de Paris. No dia 21 de setembro, o instrumento foi entregue às Nações Unidas. Com isso, as metas brasileiras deixaram de ser pretendidas e tornaram-se compromissos oficiais. Agora, portanto, a sigla perdeu a letra “i” (do inglês, intended) e passou a ser chamada apenas de NDC. A NDC do Brasil comprometeu-se a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025, com uma contribuição indicativa subsequente de reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, em 2030. Para isso, o país se comprometeu a aumentar a participação de bioenergia sustentável na sua matriz energética para aproximadamente 18% até 2030, restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas, bem como alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética em 2030.

O cumprimento dos ODS e dos compromissos assumidos pelo Acordo de Paris motivou a criação, em agosto de 2017, do Laboratório de Inovação Financeira (“LAB”).

É fruto de parceria entre a Associação Brasileira de Desenvolvimento (ABDE), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a CVM, agregando também o Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, em 2019.

Trata-se de fórum para a promoção da inovação e das finanças sustentáveis no país, reunindo representantes de diferentes setores da sociedade e representantes do governo. Objetiva soluções inovadoras de financiamento, viabilizando recursos privados para projetos com adicionalidade socioambiental. Assim, entre os desafios do LAB, tem-se: (i) identificar gargalos e soluções para o financiamento a investimentos sustentáveis em setores como energia, agricultura, água e saneamento; (ii) identificar instrumentos financeiros inovadores e boas práticas que possam ser replicadas por instituições financeiras de desenvolvimento; (iii) desenhar instrumentos financeiros e de garantias para alavancar recursos privados para investimentos com adicionalidade socioambiental; (iv) criar ambiente favorável ao desenvolvimento de tecnologias financeiras inovadoras que aumentem a eficiência das transações, promovam a redução de custo e a inclusão financeira; e (iv) fomentar o diálogo e ampliar a compreensão sobre como fatores

ambientais, sociais e de governança podem se traduzir em riscos e oportunidades para os negócios³⁰⁵.

O contexto promoveu a criação de outras iniciativas, como a da *Climate Ambition Alliance*, envolvendo, inclusive, o Brasil, o *Race to Zero*, com foco na atuação privada; *Business Ambition for 1.5°C*, incluindo agências da ONU, além de empresários e líderes de segmentos; o *We mean Business Coalition*, sob a iniciativa do terceiro setor especializado em questões climáticas; o *Climate Action 100+ Net-Zero*, índice de referência que cria espécie de métrica capaz de determinar, por meio de *score*, o engajamento das companhias no plano de descarbonização, sendo de destaque, no Brasil, os exemplos das empresas Natura e Votorantim³⁰⁶.

Novas formas de tutela se mostraram presentes. Em ação coletiva ajuizada por associações dedicadas à preservação do meio ambiente, o grupo Shell foi alvo de condenação pela Corte Distrital de Haia no sentido de ordenar que RDS [*holding* do grupo Shell], diretamente e por meio de suas subsidiárias, incluísse em seu relatório anual consolidado a limitação anual e emissão de CO₂ na atmosfera, em razão de suas operações comerciais, para que o volume seja reduzido para, pelo menos, 45% ao fim de 2030, em comparação com os índices de emissão do ano de 2019³⁰⁷.

De fato, o controle difuso das práticas de governança reflete a compreensão da pessoa jurídica moderna como um centro de comunicação. O contencioso instaurado pela SEC em face da Vale, dado o episódio de rompimento da barragem de Brumadinho, é exemplo de medida que confere efetividade à metodologia ESG. Vale foi acusada de prestar informações falsas aos investidores no mercado de capitais dos Estados Unidos

³⁰⁵ Disponível em: <https://labinovacaofinanceira.com/quem-somos/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

³⁰⁶ ASSUNÇÃO, Thiago. ESG and net zero emissions targets: accelerating climate action through private sector voluntary commitments in Brazil. *Revista Mosaicos Estudos em Governança, Sustentabilidade e Inovação*. Curitiba, v. 3, n. 1, 2021, p. 17-34, 23 e ss.

³⁰⁷ Decisão disponível em: http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210526_8918_judgment-1.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023. Consultar a respeito do caso: FARIAS, Aline Januário; BARREIROS, Nicolay. Análise da adoção da ASG (ambiente, social e governança) no mercado brasileiro e internacional. *Direito Internacional e Globalização Econômica*. 2020, v. 7, n. 7, p. 38-52, 47-48.

da América, tendo a companhia assinado acordo arcando com o pagamento da cifra de US\$ 56.000.000,00, colocando fim à ação, no ano de 2023³⁰⁸.

I.3.3. Social

Em matéria social, tem-se a preocupação das empresas com vistas às relações trabalhistas, aos direitos humanos, à comunidade e ao público envolto em suas atividades, como direitos do consumidor, engajamento de funcionários, diversidade, relações com a comunidade, seus *stakeholders* sociais etc.³⁰⁹.

Abrange, por exemplo³¹⁰:

- (i) o tratamento de seu pessoal com dignidade e respeito em local de trabalho seguro e saudável;
- (ii) o respeito aos direitos dos trabalhadores, com fiel cumprimento de leis e regulamentos sobre remuneração, horas de trabalho, descanso, igualdade de oportunidades, diversidade e prevenção e combate à discriminação de qualquer espécie;
- (iii) o respeito aos direitos humanos, repudiando-se o trabalho escravo, infantil e práticas semelhantes; e
- (iv) o gerenciamento dos riscos sociais da cadeia de suprimentos etc.

A noção implementada pela sigla “S” também é fruto de evolução, semelhantemente ao que ocorre na contraposição entre o capitalismo do *shareholder* e do *stakeholder*, opondo contratualistas e institucionalistas, e evolui a partir do momento em

³⁰⁸ Ver sobre o tema: GOUVÊA, Carlos Portugal. Contencioso de ESG. a nova fronteira do controle difuso. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 47-56.

³⁰⁹ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 87.

³¹⁰ WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 702.

que a empresa passar a desempenhar papel que vá além do retorno aos acionistas, como já visto.

As preocupações sociais, ademais, não podem ser apartadas do objetivo do negócio da empresa, constituindo nova forma de gestão empresarial pautada no compromisso da organização para o desenvolvimento do bem-estar da sociedade e a melhoria da comunidade³¹¹.

Entre os aspectos sociais, serão feitas menções a questões relacionadas a direitos humanos e diversidade.

I.3.3.1. Direitos Humanos

Sob a perspectiva de dias mais prósperos dos direitos humanos, após atrocidades havidas no curso da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a comunidade internacional, a exemplo do que ocorreu com aspectos de sustentabilidade como um todo, passou a reconhecer que a proteção ao direito humanitário não poderia ser reservada ao exclusivo domínio dos Estados³¹².

Os povos, os indivíduos, passaram a ser ao mesmo tempo os sujeitos da transformação dos direitos humanos e o objeto de sua tutela.

De acordo com o preâmbulo da Carta das Nações Unidas³¹³, não mais os Estados³¹⁴, mas os povos conjugarão os esforços para a prática de melhorias dos direitos humanos, já que:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações

³¹¹ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 88.

³¹² DINIZ, Lucas de Medeiros. *Arbitragem de investimento*. impactos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. São Paulo: Almedina 2022, p. 128.

³¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 5 dez. 2023.

³¹⁴ Ver a respeito: DINIZ, Lucas de Medeiros. *Arbitragem de investimento*. impactos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. São Paulo: Almedina 2022, p. 128.

grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS.

De outro lado, o aclamado instrumento de direitos humanos que veio a ser inaugurado internacionalmente no período pós-Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (“DUDH”)³¹⁵, traz como objeto de proteção dos direitos humanos eles próprios, como entes a serem protegidos, pois compõem o Estado, com absoluta prevalência da dignidade humana³¹⁶.

O preâmbulo da DUDH é claro nesse sentido, expondo não só a sujeição dos povos à proteção dos direitos humanos, como atribuindo-lhes o papel de desenvolvimento do mesmo objetivo, como exposto na Carta das Nações Unidas, ao estabelecer:

Agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição³¹⁷.

Tamanha foi a magnitude que a proteção dos direitos humanos atingiu no século XXI, que a própria ONU passou a encorajar sua implementação sob a ótica

³¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 5 dez. 2023.

³¹⁶ DINIZ, Lucas de Medeiros. *Arbitragem de investimento*. impactos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. São Paulo: Almedina 2022, p. 128-129.

³¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 5 dez. 2023.

regional, ocasionando o desenvolvimento de sistemas paralelos aos da ONU para internacionalizar os direitos humanos também nos planos regionais, como na Europa, América e África³¹⁸.

A amplitude do movimento culminou com a aceitação geral do princípio de que nenhum ramo do direito internacional estaria imune às normas de direitos humanos, representando a vinculação de todos os poderes públicos e agentes privados ao conteúdo de tais direitos³¹⁹.

Seres humanos são o epicentro do direito internacional, elevando a proteção da dignidade da pessoa a cláusulas pétreas, concretizando-se o caráter *jus cogens* de tal tipo de regulação, a exemplo da vedação ao uso indiscriminado da força, proibição à escravidão, repúdio ao genocídio e ao crime de guerra, entre outros³²⁰.

A aceitação do papel privado no campo dos direitos humanos – a exemplo do que ocorreu no movimento de sustentabilidade que culminou com o ESG – tornou imperativa a participação de instituições relacionadas ao mercado financeiro e de capitais, mas não sem dificuldades.

Voltada aos mercados de capital e financeiro, a Comissão da ONU para os Direitos Humanos, sucedida, em 2006, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, dialogava, a partir do final dos anos 1990, com outros órgãos da ONU, como o Conselho Econômico e Social e o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (“ACNUDH”). Seguiu-se, também na década de 1990, a realização da Conferência de Direito Humanos de Viena, em 1993.

Os debates se aprofundaram em 2003, culminando em minuta de normas sobre a responsabilidade das companhias³²¹, emanada do grupo de trabalho da

³¹⁸ DINIZ, Lucas de Medeiros. *Arbitragem de investimento*. impactos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. São Paulo: Almedina 2022, p. 129.

³¹⁹ DINIZ, Lucas de Medeiros. *Arbitragem de investimento*. impactos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. São Paulo: Almedina 2022, p. 130.

³²⁰ DINIZ, Lucas de Medeiros. *Arbitragem de investimento*. impactos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. São Paulo: Almedina 2022, p. 132-134.

³²¹ ACNUDH. *Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*. Sub-commission on the Promotion & Protection of Human Rights. 55^a

Subcomissão das Nações Unidas para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, cujo apoio restou fracionado entre, de um lado, as grandes companhias globais, refutando-as, e, de outro lado, as organizações de defesa de direitos humanos, abraçando-as. Tampouco mostrou-se atraente para adesão por governos³²².

Com isso, surgiu a necessidade de nomeação de representante especial para o cargo de Representante Especial do Secretário-Geral em matéria de direitos humanos e negócios, para o qual foi nomeado John Ruggie. Como resultado de seus estudos³²³, criou-se e se aprovou, em 2011, os *Guiding Principles on Business and Human Rights*³²⁴ (“GPBHR”) ³²⁵.

sessão. 26 ago. 2003. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/501576>. Acesso em: 31 jan. 2023.

³²² Como explica Jonh Ruggie: “*One early United Nations-based initiative was called the Norms on Transnational Corporations and Other Business Enterprises; it was drafted by an expert subsidiary body of what was then the Commission on Human Rights. Essentially, this sought to impose on companies, directly under international law, the same range of human rights duties that States have accepted for themselves under treaties they have ratified: ‘to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights’*. 3. *This proposal triggered a deeply divisive debate between the business community and human rights advocacy groups while evoking little support from Governments*”. Tradução livre: “Uma das primeiras iniciativas baseadas nas Nações Unidas foi chamada de *Norms on Transnational Corporations and Other Business Enterprises*; foi elaborada por um órgão subsidiário especializado da então Comissão de Direitos Humanos. Essencialmente, procurou impor às empresas, diretamente ao abrigo do direito internacional, a mesma gama de deveres em matéria de direitos humanos que os Estados aceitaram para si próprios ao abrigo dos tratados que ratificaram: ‘promover, garantir o cumprimento, respeitar, garantir o respeito e proteger os direitos humanos’. Direitos’. 3. Esta proposta desencadeou um debate profundamente divisivo entre a comunidade empresarial e os grupos de defesa dos direitos humanos, ao mesmo tempo que suscitou pouco apoio por parte dos governos.” (UNITED NATIONS (DIGITAL LIBRARY). CDH. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. 17^a sessão. 21 mar. 2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/121/90/PDF/G1112190.pdf?OpenElement>. Acesso em: 31 jan. 2023.

³²³ Consultar, em especial: UNITED NATIONS (DIGITAL LIBRARY). CDH. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. 17^a sessão. 7 abr. 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/625292>. Acesso em: 31 jan. 2023. Para se ter noção da dicotomia que se formou entre críticos e favoráveis ao ideal proposto por John Ruggie nesse relatório, ver: GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 485 e ss.

³²⁴ ONU. *Guiding Principles on Business and Human Right*. Implementing the United Nations protect, respect and remedy framework. Nova Iorque, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

³²⁵ ONU. *Guiding Principles on Business and Human Right*. Implementing the United Nations protect, respect and remedy framework. Nova Iorque, 2011. Disponível em:

O GPBHR implementa diretrizes de *proteção*, de *respeito* e de *remediação*, impondo a obrigação dos Estados de criar meios de proteção contra violação aos direitos humanos ocorridas em seu território e praticada por terceiros, abrangendo prevenção, investigação, punição e reparação aos ofendidos³²⁶.

Também incumbe ao Estado disponibilizar às vítimas acesso a meios adequados e eficazes de que possam se valer para remediação efetiva, em caso de violação de seus direitos humanos relacionados aos negócios, o que deve ser eficazmente implementado pela via judicial, administrativa, legislativa ou por qualquer outro meio adequado³²⁷.

De outro lado, as companhias devem respeitar os direitos humanos, abstendo-se de violar os direitos humanos de terceiros e devem mitigar eventuais impactos adversos oriundos de sua atividade³²⁸.

Para atingimento do objetivo, além das diretrizes mencionadas nos parágrafos anteriores, recomendações de cunho prático foram arquitetadas para orientar as companhias sobre o modo pelo qual políticas de direitos humanos efetivas podem ser implementadas e, os governos, de que maneira podem fortalecer seus mecanismos de proteção³²⁹.

Com tais caracteres, fica evidente que a adesão ao GPBHR que é, *a priori*, *soft law*, representa grande avanço no que se refere ao adequado tratamento que o plano

https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.
Acesso em: 31 jan. 2023.

³²⁶ ONU. *Guiding Principles on Business and Human Right*. Implementing the United Nations protect, respect and remedy framework. Nova Iorque, 2011, p. 3. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

³²⁷ ONU. *Guiding Principles on Business and Human Right*. Implementing the United Nations protect, respect and remedy framework. Nova Iorque, 2011, p. 27. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

³²⁸ ONU. *Guiding Principles on Business and Human Right*. Implementing the United Nations protect, respect and remedy framework. Nova Iorque, 2011, p. 13. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

³²⁹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 464-487.

corporativo e governamental deve dar ao tema de direitos humanos, nos planos de sua observância, de sua proteção e de sua remediação³³⁰.

O Brasil pós-redemocratização aderiu a quase todos os tratados internacionais para a proteção aos direitos humanos, como o Pacto de San José e o Tratado do Tribunal Penal Internacional, internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro por meio dos Decretos nº 678/1992 e nº 4.388/2002, respectivamente.

Sob o ponto de vista da disciplina do direito internacional, os Estados, signatários, ou não, de determinados instrumentos internacionalmente aceitos, devem estabelecer certos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos, como os preconizados pela Carta das Nações Unidas, mesmo não fazendo parte da organização, seja porque fazem parte do direito internacional consuetudinário, seja porque constituem princípios gerais de direitos internacionais, havendo consenso, por exemplo, de que a DUDH é reconhecida pelo seu *status* de costume internacionalmente reconhecido³³¹.

No âmbito dos negócios, o Brasil parece ainda carecer de esforços concretos para que aspectos de direitos humanos sejam inseridos na prática das companhias; pelo menos foi o que se constatou por meio de pesquisa empírica realizada entre os anos de 2013 e 2017, a partir dos formulários de referência anuais de companhias abertas listadas no Novo Mercado da B3³³².

³³⁰ No Brasil, pouco se avançou. Tem-se o Decreto nº 9.571/2018, que praticamente resume os princípios do GPBHR, mas desacompanhado de qualquer indicação concreta de medidas internas a serem adotadas, como reforma administrativa ou judicial para refletir o pretendido com o GPBHR. (GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 488).

³³¹ DINIZ, Lucas de Medeiros. *Arbitragem de investimento*. impactos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. São Paulo: Almedina 2022, p. 133.

³³² Sobre o tema, consultar, entre outros, os seguintes estudos com viés empírico: GOUVÊA, Carlos Portugal; GÄRNER, Bruna Magalhães; GUERRA, João Paulo Braune. Governança corporativa e direitos humanos: uma análise empírica no novo mercado. *Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. 2019, v. 3, n. 2, p. 139-158. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30587/20580>. Acesso em: 01 fev. 2023; SCHLEICH, Melissa Velasco. Quais são as políticas e práticas em recursos humanos mais utilizadas pelas empresas com melhores índices ESG no Brasil? *Revista de Administração de Empresas*. v. 62. São Paulo: FGV EASP, p. 1-22. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/kmjN8FPqZ3t4hkHZGDWzWBw/?lang=pt#>. Acesso em: 01 fev. 2023.

I.3.3.2. Diversidade e antiodiscriminação

No âmbito da diversidade, incluem-se, entre outras condições, ações legítimas e afirmativas de gênero, de orientação sexual, de pessoas com deficiência e de raça³³³. Evidentemente, por corolário lógico, impõe-se considerar a não discriminação e o repúdio ao assédio³³⁴.

É preciso estabelecer, desde logo, que a discriminação pode assumir diferentes formas, destacando-se:

(i) a denominada *discriminação direta ou intencional*, em que da conduta do infrator se extrai facilmente o *animus* discriminatório, daí porque, no direito norte-americano é denominada *prima facie discrimination*; e

(ii) a *discriminação de fato*, que pode ocorrer no âmbito privado ou público. No seio privado, é referida como racismo inconsciente, em que o discriminador nem mesmo têm ciência de que está discriminando, mediante piadas denominadas politicamente incorretas, por exemplo; na esfera pública, a discriminação de fato se dá com a adoção de políticas de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com as vítimas de discriminação³³⁵.

A discriminação afeta pessoas ou grupos que se encontram em situação de desvantagem (por exemplo, as minorias) em função de atos que podem ser intencionais

³³³ Sobre o tema, ver: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

³³⁴ “Entende-se por assédio o conjunto de condutas, tanto comissivas, como omissivas, destinadas a gerar um ambiente suficientemente hostil a determinada(s) pessoa(s) que seja capaz de atingir-lhe(s) a dignidade ou de gerar-lhe(s) danos psíquicos ou físicos”, apenas corporificando discriminação quando tiverem relação com algum grupo protegido. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação & contrato*. a integração entre proteção e autonomia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 127-128).

³³⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, p. 30-31. No mesmo sentido, sobre a discriminação direta, indireta e na esfera pública, ver: MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 340, 388 e ss., 434 e ss.

ou não, evidência de que não podemos identificar a discriminação apenas como manifestação da vontade de indivíduos³³⁶.

De um modo geral, o debate sobre a participação de minorias nas grandes companhias se dá sob diversos aspectos, entre os quais:

- (i) a relação das companhias com consumidores que sejam de grupos minoritários;
- (ii) a atenção para heterogeneidade, a fim de reduzir a homogeneidade de suas composições em diversos escalões da hierarquia corporativa, abrindo-se espaço à diversidade futura, no que se inclui a retenção e atração de talentos;
- (iii) a preocupação com comportamentos discriminatórios nas plataformas que se valem de inteligência artificial³³⁷, o que atinge setores diversos, como o da concessão de limite de crédito³³⁸ e de intermediação de venda de passagens aéreas³³⁹, exigindo-se adequado uso do *compliance* como meio de coibir a denominada discriminação algorítmica³⁴⁰.

³³⁶ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 327.

³³⁷ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 493-494. Sobre o tema da inteligência artificial, padrões culturais e discriminação, ver: MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 510 e ss.

³³⁸ Ver a respeito: LEM, Stanislaw. Vieses algorítmicos e desigualdades na concessão de limite de crédito. In: ROSA, Fabiano Machado da; COSTA, Luana Pereira da. (Org.) *Compliance antidiscriminatório. lições práticas para um novo mundo corporativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 111-125. Para entender mais sobre o funcionamento dos algoritmos na avaliação de crédito, consultar: GOETTENAUER, Carlos. Algoritmos de *credit score*, dados pessoais: um mapa regulatório para o *compliance* na análise de crédito. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 581-604.

³³⁹ Ver a respeito: O'NEIL, Cathy. Discriminação e vieses algorítmicos In: ROSA, Fabiano Machado da; COSTA, Luana Pereira da. (Org.) *Compliance antidiscriminatório. lições práticas para um novo mundo corporativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 191-202.

³⁴⁰ Ver a respeito: LINDOSO, Maria Cristina. O uso do *compliance* e das políticas de proteção de dados como formas de coibir a discriminação algorítmica – como essas ferramentas podem resguardar as empresas, proteger os usuários e ainda ajudar na diminuição da discriminação de minorias. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 319-340.

Em relação às políticas de diversidade e de potenciais discriminações nos produtos e relações comerciais existentes, surgem a partir da segunda metade do século XX, em contexto maior, atrelado aos esforços internacionais para a igualdade, em especial de raça e gênero³⁴¹.

No âmbito dos negócios, tem-se como paradigmática a entrada em vigor, no ano de 2006, da denominada *Corporate Board Quota Law* (“CBQ”) norueguesa. Exige-se, então, que os conselhos de companhias abertas sejam compostos por, pelo menos, 35% de cada gênero, sendo que o percentual varia de acordo com o tamanho do conselho, com penalidade de dissolução da companhia em caso de descumprimento, cabendo frisar que o CBQ sofreu resistência e críticas por parcela da sociedade³⁴².

Entre os benefícios gerados com sua adoção na Noruega, de se anotar sua reverberação em outros países, entre os quais Espanha, França, Itália, Alemanha, Áustria, Bélgica, Holanda, Islândia e Portugal³⁴³.

Também simbólica foi a adoção de regras análogas, em 2022, pela *Financial Conduct Authority*, no Reino Unido, para as companhias listadas no segmento principal da bolsa londrina, sendo que, nos Estados Unidos da América a adoção já havia ocorrido, em primeiro lugar, na Califórnia, em 2018, por meio do *Senate Bill* nº 826 de 2018, posteriormente aprimorada pelo *Assembly Bill* 979 de 2020³⁴⁴.

Estudos empíricos publicados em 2009 abordando a composição dos conselhos de administração no Canadá concluíram existir cultura específica de homogeneidade generalizada, aludindo a dois possíveis motivos, a saber: *pool problem*,

³⁴¹ Exemplifica-se com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1979. (GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 494).

³⁴² GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 495.

³⁴³ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 498.

³⁴⁴ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 498-499 e 514 e ss.

que seria a falta de candidatos qualificados e diversificados para ocupar os cargos nos conselhos de administração, e vieses cognitivos implícitos³⁴⁵.

Apesar de as explicações dadas pelas companhias se referirem ao *pool problem*, por meio de respostas como a “falta de mulheres qualificadas” e a “falta de candidatos que fosse visivelmente de minorias”, a existência da cultura de homogeneidade generalizada, contudo, pode ser mais bem explicada pela ciência psicológica, por meio do impacto de vieses implícitos, isto é, julgamentos morais que ocorrem automaticamente de maneira instintiva e não intencional, dando azo a condutas preconceituosas. Talvez o mais revelador da pesquisa foi ter sido ela própria sujeita ao problema que pretendeu investigar.

As constatações fundamentam o favoritismo no ambiente empresarial, em que líderes demonstram preferência inconsciente em relação ao grupo interno, resultando na perpetuação de quadro de líderes masculinos e brancos³⁴⁶, que ignoram, inclusive, a possibilidade de a presença das mulheres nos órgãos diretivos e decisórios afetar positivamente o risco e a *performance* empresarial – e possa ser visto como oportunidade de investimento em compromissos sociais³⁴⁷.

Partindo-se do cruzamento da pontuação recebida em *ESG score* por quase 100 empresas brasileiras de capital aberto, constatou-se que, mesmo sendo ainda bastante baixa a presença de mulheres nos comitês executivos, sua existência em qualquer número

³⁴⁵ DHIR, Aaron A., Towards a race and gender-conscious. conception of the firm. canadian corporate governance, law and diversity. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper. 1/2009, 2009. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/116>. Acesso em: 8 ago. 2023.

³⁴⁶ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 509-510.

³⁴⁷ LUCIA, Caterina De; PAZIENZA, Pasquale; BARLETT, Mark. Does good ESG lead to better financial performance by firms? machine learning and logistic regression models of public enterprises in Europe. *Sustainability*. v. 12, 2020, p. 4/15-16. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/13/5317>. Acesso em: 30 jan. 2023. No mesmo sentido: OKAFOR, Colins; UJAH, Nacasius. Executive compensation and corporate social responsibility. does a golden parachute matter? *International Journal of Managerial Finance*. v. 16(5), 2020, p. 575-598. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/IJMF-12-2018-0379/full/html>. Acesso em: 14 ago. 2023. Para estudo que interrelaciona questões ESG, em especial ambientais e questões de gênero, ver: SALOTTI, Carolina Sabbag. ESG & HER. a necessidade de inclusão do debate de gênero no “E” do ESG. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 113-123.

acima de 1 (um) está associada a um melhor desempenho ambiental e social da respectiva companhia³⁴⁸.

São crescentes as evidências de que a ampliação da diversidade de gênero, abrangendo a cultural, a geracional, a de expertise e até a do perfil psicológico, contribuiu para a ampliação da perspectiva de análise dos assuntos discutidos nos órgãos colegiados, pois facilitam a extração de verdadeira conclusão colegiada. Quanto maior a diversidade na composição dos órgãos de governança, maior o valor das empresas, refletindo-se no faturamento e no resultado médio alcançado em períodos definidos, bem como no maior valor de ação alcançado nos mesmos períodos³⁴⁹. Aliado às pressões mercadológicas impositivas de medidas que atenuem legados históricos de discriminação, a diversidade passa a ser vista não como uma prática “*nice-to-have*” mas de “*must-have*”³⁵⁰.

A intenção de discriminar alguém está frequentemente baseada no interesse de preservação de arranjos sociais que mantêm certos grupos em situação privilegiada e outros em condição subordinada, sendo que os meios de que se valem para tanto são legitimados por uma série de estereótipos culturais, representações criadas por grupos majoritários, segmentos que têm o poder simbólico e político para construir e difundir sentidos culturais³⁵¹.

Há no processo discriminatório dimensão política, porque os grupos hegemônicos utilizam o controle das instituições públicas para perpetuar os processos

³⁴⁸ CARDOSO, Monique de Oliveira. *Agenda ESG, substantivo feminino*. a relação entre presença de mulheres na alta liderança e sustentabilidade nas empresas Dissertação (Mestrado profissional em Administração de Empresas) — Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

³⁴⁹ ARDUIN, Ana Lúcia Alves da Costa. O conselho fiscal e sua relevância para os sistemas de governança corporativa. In: PITTA, André Grunspun; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Direito societário e outros temas de direito empresarial aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 25-44, 36-37.

³⁵⁰ FILHO, Ary Oswaldo Mattos; UEMA, Lie Carmo; PRADO, Viviane Muller; DUTRA, Marcos Galileu. Por mais diversidade nos reguladores do mercado de capitais e financeiro. JOTA, out., 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/disclosure/diversidade-reguladores-mercado-de-capitais-financeiro>. Acesso em: 17 out. 2024.

³⁵¹ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 329.

responsáveis pela dominação, pelo que o fenômeno discriminatório não pode ser reduzido a questões interpessoais³⁵².

No âmbito específico de raça, como resultado, entre outros, dos esforços da coroa britânica para encerramento do tráfico estrangeiro pelo Brasil, tem-se a entrada em vigor da já mencionada Lei Eusébio de Queiroz, da Lei de Terras e do também já citado Código Comercial de 1850. Em paralelo a tais esforços, mas na contramão daquilo que já vinha sendo objeto de alterações legislativas na própria Grã-Bretanha e em outros países da Europa continental, vigia verdadeiro esforço para o embranquecimento³⁵³, como exemplifica o artigo 1º do Decreto nº 528/1890, regulando a imigração de mão de obra agrária e industrial na então denominada República dos Estados Unidos do Brasil.

Lê-se em seu artigo 1º que:

É inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos á acção criminal do seu paiz, exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas.

Sobeja que não há pressuposição, mas escancaramento da intenção de embranquecer a população local no início do período republicano de nossa história, o que permanece plantado em nossa realidade social e impede o desenvolvimento econômico brasileiro³⁵⁴.

O racismo estrutural parte da noção de que a exclusão de grupos minoritários dos espaços de poder deve se dar de forma sistemática, em razão de projeto discriminatório e de dominação social, o que se reflete nas estruturas centrais da administração das companhias não como outras formas de exclusão, mas como parte do sistema de manutenção do racismo estrutural³⁵⁵. Sistemas de vantagem social são

³⁵² MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 338.

³⁵³ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 508.

³⁵⁴ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 508.

³⁵⁵ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 509.

reproduzidos independentemente da vontade dos indivíduos porque se tornam parte da operação normal de instituições, formando-se cartéis raciais de pessoas brancas que têm o propósito de preservar vantagens competitivas para os membros de grupos raciais dominantes³⁵⁶.

No que se refere especialmente ao papel da governança corporativa no tocante às questões de raça e gênero, a central percepção é de que ações afirmativas devem ser incorporadas como meio de reação a vieses inconscientes e estruturais arraigados em nosso cotidiano por raízes históricas reacionárias.

Ações afirmativas são medidas especiais e temporárias que buscam remediar atos discriminatórios passados, com o objetivo de acelerar o processo de alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros³⁵⁷.

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, as medidas afirmativas representam um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação, sendo que negá-las significa negar a existência da própria discriminação ou as conquistas que elas trouxeram, em especial na sociedade norte-americana³⁵⁸.

Têm por pressuposto que a mera vedação de condutas específicas, tal como ocorre nas proibições de discriminação direta e indireta, não é suficiente para mitigar os efeitos passados de processos de segregação ou de preconceitos e estereótipos consolidados, haja vista o conjunto de círculos viciosos engendrados por tais processos,

³⁵⁶ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 702.

³⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de pesquisa*. São Paulo. v. 35. n. 124, p. 43-55, 49. jan./abr. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 mar. 2023. Ver também: MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 708 e ss.

³⁵⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, p. 152-153.

pelos quais consequências de processos discriminatórios passados configuram causas de novos processos³⁵⁹.

Trata-se, sob outra terminologia, de discriminação, mas positiva, porque cria uma distinção temporária ou permanente para membros de um determinado grupo que possuem uma história de desvantagem ou que estão em situação de vulnerabilidade, com a finalidade de reverter processos de marginalização que promovem a estratificação social ao longo de várias gerações ou de proteger certas classes de pessoas que possuem ou estão em condição específica³⁶⁰.

É, pois, artificialidade necessária, que deve vigor até que se alcance a igualdade substantiva, e, pois, espera-se, deixe de existir, fechando-se o ciclo apenas quando houver a representação, em todas as esferas de poder, de pessoas de diferentes grupos sociais³⁶¹.

I.4. Conclusões parciais

Como se introduziu, entende-se adequado que, a cada capítulo, se estabeleçam conclusões parciais, as quais sirvam de referência, mas também de premissa, às discussões vindouras.

Relativamente ao Capítulo I, estabeleceu-se que ESG integra a maneira como as corporações conduzem seus negócios, desgarrando-se da responsabilidade social corporativa, tipicamente representada por atuação além das exigências legais, mas desvinculadas do intento de maximização de resultados e de redução de riscos empresariais. Evidentemente, com maior motivo, não se confunde com atividades meramente filantrópicas.

³⁵⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação & contrato*. a integração entre proteção e autonomia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 132.

³⁶⁰ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 332.

³⁶¹ É possível traçar paralelo entre a representatividade minoritária nas diferentes esferas de poder com a nomeação de administradores pela minoria no âmbito das companhias. A respeito do tema e sobre as variadas formas de nomeação de administradores por grupos minoritários, consultar: FERREIRA, Manuel Requicha. Administradores nomeados por minorias. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 111-140.

ESG, ao revés, é a efetivação da responsabilidade social corporativa de maneira mais ampla, para abranger não só o cumprimento de deveres legais, como também a atuação que ultrapassa a mera exigência normativa, mas sempre alinhando-se aos negócios e objetivando ganho de valor e de mercado e redução dos riscos das instituições privadas, notadamente a longo prazo.

ESG representa conceituação e conteúdo flexível, que pode variar no decorrer do tempo, do local em que considerado, do setor da indústria etc., sendo, pois – e para além de representar verdadeiro termo “guarda-chuva” –, dinâmico e não uniforme.

Sua criação foi estrategicamente pensada, partindo-se do desenvolvimento sustentável e do papel das instituições privadas na preservação de um planeta que possa atender às gerações futuras. Tem por pressuposto que no mercado de investimento há interesse próprio em contribuir para melhor gerenciamento dos aspectos sociais e ambientais, sendo que, desde o Relatório WCW, crescem em número os estudos que demonstram que o bom gerenciamento dos fatores ESG contribui para a criação de valor aos acionistas, quer seja porque reduz riscos a eles relacionados, quer seja porque permite acesso a novos mercados, ou ainda porque, se se antecipando às tendências dos consumidores, fortalece suas marcas e reputação. Para tanto, é importante que as companhias não foquem fatores isolados do ESG, mas seu todo pertinente ao seu ramo de negócios.

De outro lado, ESG não é imune a desvirtuamento. Tem-se a disrupção do ESG pela prática de *greenwashing*, *ESGwashing*, *whitewashing*, *socialwashing*, *tokenismo*, *ativismo* ESG, conduzindo, inclusive, a *movimentos anti-ESG*, cuja existência é grave, colocando em xeque a viabilidade do instituto ao mesmo tempo que causa danos diretos a diferentes esferas da sociedade.

ESG se revela pelo que o compõe, isto é, o conteúdo ambiental, o social e o de governança, no contexto que lhe deu origem, até o dos dias mais contemporâneos.

Em paralelo à implementação ESG no âmbito das companhias, o próprio conceito de governança corporativa evoluiu, ampliando-se: parte de seu conceito realista, cujo embrião é a referência ao exercício do controle e do papel central dado ao conselho de administração, para o seu conceito relacional, oriundo da crise de 2008, desviando-se do foco exclusivo de retorno aos acionistas para abranger terceiros interessados, de

maneira mais inclusiva – daí o termo relacional, por considerar a relação entre os *stakeholders* com o próprio objeto da governança corporativa.

Tal guinada é perceptível a partir de recortes históricos da evolução da governança corporativa no Brasil. Historicamente, os temas de direito societário em pauta apenas realçavam o papel da governança corporativa típica, normatizando aspectos internos de regulação de poder e pela maneira com que os recursos alheios deveriam ser geridos, com pouca ênfase no papel hoje atribuído à função atípica da governança corporativa, como ferramenta ou processo para implementação de fatores externos à pessoa jurídica, como os que decorrem das siglas “E”, “S” e “G”.

Divide-se, assim, a governança corporativa em dois eixos, a partir da função exercida: a governança corporativa típica, com regras voltadas às relações internas de poder e aquela que se estabelece entre o detentor do capital e aquele que gere esses mesmos recursos de terceiros; e a governança corporativa atípica, cujo objeto é a análise e a regulação da relação empreendida junto a terceiros, aqui entendidos seus funcionários, fornecedores, consumidores, entidades governamentais, meio social, meio ambiente etc., enfim, seus *stakeholders*, em sua mais ampla acepção, voltando-se às relações externas da corporação.

Por sua vez, *compliance* não é sinônimo de governança corporativa, embora a integre como um de seus braços. A exigência de conformidade com a legislação é um elemento fundamental da governança, sendo que as políticas de governança são decisões tomadas pelo conselho que expressam os objetivos institucionais e a forma como a companhia deve atingir esses objetivos a partir de postura compatível com a identidade institucional. A governança corporativa se imprime com o alinhamento dos objetivos da alta administração aos interesses e valores da instituição, ao passo que o *compliance*, visto como a conformidade com regras ambientais, trabalhistas, direitos humanos, normas anticorrupção etc., é englobado pela governança corporativa, mais ampla.

Entre os temas inseridos no aspecto ambiental, anote-se, entre outros:

- (i) a necessidade de condução de negócios com a adequada utilização dos recursos naturais;
- (ii) o estrito cumprimento das leis e regulamentos ambientais;

(iii) a redução dos impactos ambientais gerados pela atividade econômica, como a poluição e as emissões de carbono, e o aumento da eficiência energética.

Em matéria social, tem-se a preocupação das empresas com vistas às relações trabalhistas, aos direitos humanos, à comunidade e ao público envolto em suas atividades, como direitos do consumidor, engajamento de funcionários, diversidade, relações com a comunidade, seus *stakeholders* sociais etc.

Abrange, por exemplo:

- (i) o tratamento das pessoal com dignidade e respeito em local de trabalho seguro e saudável;
- (ii) o respeito aos direitos dos trabalhadores, com fiel cumprimento de leis e regulamentos sobre remuneração, horas de trabalho, descanso, igualdade de oportunidades, diversidade e prevenção e combate à discriminação de qualquer espécie;
- (iii) o respeito aos direitos humanos, repudiando-se o trabalho escravo, infantil e práticas semelhantes;
- (iv) o gerenciamento dos riscos sociais da cadeia de suprimentos etc.;
- (v) ações legítimas e afirmativas de gênero, de raça, de orientação sexual, de pessoas com deficiência, de raça.

CAPÍTULO II – FATORES ESG E O IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO DOS NEGÓCIOS

Apresentada a concepção dos fatores ESG e o modo como se implementam no âmbito das diferentes instituições, introduzimos o Capítulo II, cuja ideia nuclear é demonstrar o papel dos fatores ESG na diminuição de riscos empresariais – dos investimentos, dos próprios veículos objeto de investimento etc. – e sua qualidade de verdadeiro ativo empresarial, concebido como a forma pela qual a empresa gere suas atividades operacionais (II.1).

De igual modo, tem-se que os fatores ESG abriram novos leques de oportunidades de negócios bem como propiciam maximizar resultados a partir dos modelos pré-concebidos. Nesse contexto, avaliar-se-ão as agências de notação de risco em matéria ESG, a criação de valores mobiliários para inclusão social, promoção ambiental e resguardo de direitos humanos, do mercado de crédito de carbono (II.2).

II.1. ESG, riscos e ativo empresarial

Para além da verificação empírica, reconhecer os fatores ESG como elementos indissociáveis da geração de valor à companhia perpassa a alteração da concepção do próprio papel desempenhado pela companhia, o que oscila entre a máxima geração de resultados e a preocupação com os *stakeholders*, em realização da função social da empresa que, no âmbito ESG, como se viu, não se confunde nem com assistencialismo, nem com atividade filantrópica.

II.1.1 Papel do ESG na oposição entre o capitalismo de acionistas (contratualismo) e o atendimento ao interesse coletivo (institucionalismo) das companhias

Em rápida perspectiva, anote-se que no século XX, especificamente entre os anos 50 e 60, prevalecia o modelo pautado no capitalismo de acionistas³⁶², cujo grande

³⁶² Cita-se, contudo, ser a origem da responsabilidade social das empresas antigas, sendo possível citar, por exemplo, empresas de mineração alemãs do século XIX, cujas parcelas das ações eram doadas à Igreja, bem assim a publicação de livro, em 1953, de Howard Bowe, intitulado “Responsabilidades Sociais do Homem de Negócios”. (NOGUEIRA, Elton Pupo. Análise econômica do direito e eficiência ambiental,

expoente, representando a Escola de Chicago, foi Milton Friedman³⁶³, para quem uma companhia de capital aberto é entidade que apenas busca o lucro, ideia hoje superada³⁶⁴.

Em verdade, o modelo prevalecia desde o século XIX, quando o direito dos comerciantes individuais tornou-se o direito das sociedades comerciais³⁶⁵. À luz do contratualismo, não havia óbice, respeitados certos limites legais, para que as sociedades empresariais se dedicassem às suas finalidades econômicas em toda a intensidade possível, sem que houvesse qualquer outro interesse que pudesse pautar suas condutas além da obtenção de lucros para os acionistas³⁶⁶.

O contratualismo, no entanto, pode assumir mais de um sentido: o tradicional, que se opõe ao institucionalismo, em que o interesse social não se sobrepõe, hierarquicamente, ao interesse dos sócios, dos atuais sócios, exclusivamente. Em visão

social e de governança [ESG] nas empresas. *Revista de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2022, v. 3, s.p. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql& marg=DTR-2022-9153>. Acesso em 18 jul. 2023).

³⁶³ FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. *The New York Times Magazine*. New York, 13. set. 1970. Para estudo do contexto em que as assertivas de Milton Friedman foram lançadas nos Estados Unidos da América, em meio a criação da Agência de Proteção Ambiental norte-americana e ao Dia da Terra, ver: GODELINK, Raz. *Rethinking corporate sustainability in the era of climate crisis. a strategic design approach*. Suíça: Palgrave Macmillan, 2021, p. 16 e ss.

³⁶⁴ Sobre o tema consultar: REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125; CAMPOS, Vinicius Medina; BERTACCHINI, Yago Alves; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Empresas ESG. uma nova perspectiva para enfrentar os desafios do capitalismo além da renda mínima. *Scientia Iuris*: Londrina, v. 26, n. 1, mar. 2022, p. 89-104, 100 e ss.; ALBUQUERQUE, R.; KOSKINEN, Y.; YANG, S.; ZHANG, C. Resiliency of environmental and social stocks. an Analysis of the exogenous COVID-19 market crash. *The Review of Corporate Finance Studies*. v. 9. n. 3, 2020, p. 593-621, 594 e ss. HAZENT, Thomas L. Corporate and securities law impact on social responsibility and corporate purpose. *Boston College Law Review*. 2021, v. 62 n. 3, p. 851-904, 865. WILLIAMS, Cynthia. Corporate social responsibility and corporate governance. In: GORDON, Jeffrey; RINGE, Wolf-Georg (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018, p. 634-678, 664 e ss. DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 55; PRATA, Daniela Arantes. ESG e sustentabilidade corporativa. estamos no caminho certo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 246-270, 252 e ss. LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 327 e ss.

³⁶⁵ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S.As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 71.

³⁶⁶ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S.As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 65-66.

do contratualismo dito moderno, o interesse social corresponde ao interesse dos sócios, atuais e futuros. Nesse último caso, a preservação da empresa assume relevância, pouco se distinguindo da teoria institucionalista na prática³⁶⁷.

Opondo-se ao contratualismo, o institucionalismo, mesmo no século XIX, ressaltava as fragilidades do contratualismo, enfatizando que o interesse coletivo que justificaria o propósito das pessoas jurídicas não poderia se identificar, pura e simplesmente, com a soma dos interesses individuais de seus sócios, criando-se ambiente propício para que o interesse social fosse visto como o interesse da empresa – e não mais como o interesse dos acionistas³⁶⁸. Identifica-se a empresa como uma instituição não redutível ao interesse dos sócios³⁶⁹.

De fato, a função social da empresa também está associada à sua função econômica de gerar lucros, sem o que não haveria investimento. É por isso que, na atualidade, o contratualismo e o institucionalismo, longe de serem excludentes, precisam ser integrados em abordagens não-maniqueístas, contemplando-se todas as facetas do interesse social³⁷⁰.

Já se asseverou que erra quem acha que o ESG veio para contradizer Milton Friedman em sua frase que afirma que a empresa existe para gerar lucros, pois ESG representa, exatamente, a origem a partir da qual a famosa frase foi concebida. Mesmo a chamada materialidade ambiental e social, contrapondo-se à materialidade financeira, importa na análise dos impactos que o descaso com os *stakeholders* e com o planeta geram sobre sua perenidade, sua permanência no mercado e em sua capacidade de fazer o que

³⁶⁷ FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário*. eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 42-43.

³⁶⁸ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S.As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 121-122.

³⁶⁹ FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário*. eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 51.

³⁷⁰ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S.As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 209.

foi criada para fazer, de maneira nova ou mais eficiente do que as empresas previamente existentes³⁷¹.

Neste trabalho prevalece a noção de que a adoção das práticas ESG veio ao encontro da geração de valor aos acionistas, pelo menos a longo prazo, ao mesmo tempo em que atende ao institucionalismo e à perspectiva relacional das empresas modernas, atuantes no século XXI.

II.1.1 ESG e o desempenho financeiro

A ratificar o entendimento adotado pelo autor, basta notar que a consideração dos fatores ESG na escolha de investimentos não se limita ao espírito altruísta das companhias e investidores, mas tem efeitos diretos nos bons resultados empresariais³⁷², explicando por que *soft laws* na área ESG têm sido adotadas voluntariamente pelos agentes de mercado³⁷³.

Ao menos no longo prazo, é possível afirmar que a atenção aos aspectos ESG usualmente representa impacto positivo na performance econômica e financeira de investimentos³⁷⁴, indo além das medidas sociais e de desenvolvimento responsável propriamente ditas. Veja-se a respeito:

³⁷¹ PEREIRA, Luciana Vianna. ESG a parábola do joio e do trigo. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 121-131, 123.

³⁷² Ver a respeito: NOGUEIRA, Carolina Queiroga. Aplicação de *soft law* no direito internacional. a adoção de parâmetros voluntários no direito ambiental e em ESG. *DIGE – Direito Internacional e Globalização Econômica*. 2002, v. 9, p. 50-64. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/article/download/58668/40209/183016>. Acesso em: 5 abr. 2024.

³⁷³ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 319, 318; VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p. DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 53-54; PUPPE, Matheus. ESG: o verde do capital. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 11-16, 14.

³⁷⁴ WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*:

B Corporation, CSR, and ESG branding's significance goes beyond the social responsibility implications. Socially responsible branding can have a positive economic impact on corporate performance. For example, the branding may attract money managers and social responsibility-focused mutual funds and pension plans which, in turn, will have a positive impact on the company's stock price. Also, consumers may have a positive reaction to branding or a negative response¹⁷⁷ to the lack of a corporation's socially responsible agenda. Consumer response can, of course, have a significant impact on a company's profitability from operations. Thus, consumer and investor input can play a powerful role in influencing corporate conduct¹⁷⁵.

Como referido pelo *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers*, preparado pela IOSCO, os fatores ESG, embora por vezes tido como matéria não financeira, podem impactar substancialmente as operações e os riscos e retornos dos

v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 700. REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 92 e ss. ALBUQUERQUE, R.; KOSKINEN, Y.; YANG, S.; ZHANG, C. Resiliency of environmental and social stocks. an Analysis of the exogenous COVID-19 market crash. *The Review of Corporate Finance Studies*. v. 9. n. 3, 2020, p. 593-621, 594; PROENÇA, José Marcelo Martins. Treinamento e comunicação em programas de integridade/compliance. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 140-153, 140. Apesar disso, consoante relatado, há entendimentos divergentes sobre o tema: de um lado, a adoção das práticas ESG pode reduzir riscos e gerar um fluxo de caixa menos volátil; por outro lado, pode ser visto como um desperdício de recursos, resultando em menor fluxo de caixa e, portanto, maior risco (BARTH, Florian; HÜBEL, Benjamin; SCHOLZ, Hendrik. ESG and corporate credit spreads. *Journal of Risk Finance*. v. 23 n. 2, 2002, p. 169). Em outro estudo, mas sob viés distinto – de valor de mercado –, constatou-se que os fatores ESG não se apresentaram significantes em relação ao valor de mercado de companhias, com exceção da variável S (social), que mostrou associação marginalmente significativa e positiva com a métrica Q de Tobin. Assim, pode-se considerar que a divulgação do fator social é a única, até o momento, que se coloca como relevante para os participantes do mercado de capitais brasileiro (MARTINS, Mayra. A relação da divulgação das práticas ESG com o valor de mercado das empresas brasileiras de capital aberto. Dissertação [Mestrado em Ciências] — Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022); Em sentido semelhante, concluindo que fatores ESG contribuem muito pouco com o retorno ao acionista, ver: LA TORRE, Mario; MANGO Fabiomassimo, CAFARO, Arturo; LEO Sabrina. Does the ESG index affect stock return? evidence from the Eurostoxx50. *Sustainability*. v. 12, 2020. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/16/6387>. Acesso em: 17 abr. 2024. Ver, ainda: LUO, Di. ESG, liquidity, and stock returns. *Journal on International Financial Markets, Institutions & Money*. Elsevier B.V. v. 78, 2002, s.p. PODDI, Laura; VERGALLI, Sergio. Does corporate social responsibility affect firms' performance? jul. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24138929_Does_Corporate_Social_Responsibility_Affect_Firms%27_Performance?enrichId=rgreq-b8e7493e0c10ff5bc3bbd7660ad3cb50-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI0MTM4OTI5O0FTOjk4OTYxOTc3MjQ5ODAzQDE0MDA2MDU3ODIIMDc%3D&el=1_x_3&esc=publicationCoverPdf. Acesso em: 30 jan. 2023; COSTA, Lígia Maura. ESG. caminho sustentável e inclusivo das empresas no mundo dos negócios jurídicos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 113-119, 115-116.

³⁷⁵ HAZENT, Thomas L. Corporate and securities law impact on social responsibility and corporate purpose. *Boston College Law Review*. 2021, v. 62 n. 3, p. 851-904, 884.

investidores³⁷⁶. Sua adoção promove a identificação de riscos e abre oportunidades, possibilitando adequada precificação de tais variáveis e, conseqüentemente, potencializando legítimos ganhos aos acionistas³⁷⁷.

Se tivermos que a diminuição do risco da atividade econômica reflete-se diretamente na perspectiva de ganho a longo prazo, a existência de programas de integridade, por exemplo, encontra-se destacada como prática que reduz riscos e, assim, custos empresariais, ao mesmo tempo em que agrega valor à companhia. Eles também incrementam valor aos bens e serviços prestados pelas empresas comprometidas com o *compliance*. Sobretudo eles têm sido destacados como fator de sobrevivência e de competitividade no mercado. Trata-se de mais um ativo pró-competitivo e, portanto, desejado pelas empresas mais eficientes³⁷⁸.

As práticas vêm recebendo maior atenção ao redor do globo pois estão associadas a investimentos com melhores resultados, também à luz da pleora de riscos associados à reputação³⁷⁹, embora, pelo menos sob perspectiva da B3, no Brasil, a escolha

³⁷⁶ INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSION. *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers*. Madrid: 2019, p. 1. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD619.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

³⁷⁷ WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 700. O *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers* preparado pela IOSCO assevera que “today, investors’ interest in ESG disclosure is growing and some investors already significantly value ESG matters in their investment strategy”. (INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSION. *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers*. Madrid: 2019, p. 1. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD619.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023

³⁷⁸ PROENÇA, José Marcelo Martins. Treinamento e comunicação em programas de integridade/compliance. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance. visão prática*. São Paulo: CCBC, 2022, p. 140-153, 140

³⁷⁹ WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 700. O *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers* preparado pela IOSCO assevera que “today, investors’ interest in ESG disclosure is growing and some investors already significantly value ESG matters in their investment strategy”. Tradução livre: “hoje, o interesse dos investidores na divulgação ESG está em crescimento e alguns investidores já valorizam significativamente as questões ESG na sua estratégia de investimento”. (INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSION. *Statement on Disclosure of ESG Matters by Issuers*. Madrid: 2019, p. 1. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD619.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023; VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of

por parte de investidores individuais considere aspectos que não se vinculam, diretamente, à adesão, pela companhia, às práticas ESG³⁸⁰.

Possível explicação para esse fenômeno pode ser o fato de que a adoção de práticas ESG serve ao interesse do acionista a longo prazo, e recursos consideráveis devem ser dispendidos antecipadamente, uma vez que despesas associadas a ESG não se recuperam de imediato, mas apenas após certo nível de sua implementação ter sido atingida³⁸¹.

O Relatório WCW explica:

This report focuses on issues which have or could have a material impact on investment value. It uses a broader definition of materiality than commonly used — one that includes longer time horizons (10 years and beyond) and intangible aspects impacting company value. Using this broader definition of materiality, aspects relating to generally accepted principles and ethical guidelines (e.g. the universal principles underlying the Global Compact) can have a material impact on investment value³⁸²

environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.; YAZBEK, Otavio; DUARTE, Anelise Paschoal Garcia. O dever de diligência dos administradores, ESG e riscos reputacionais. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 132-141, 138.

³⁸⁰ Isso porque, em estudo que pretendeu investigar como é o processo de decisão do investidor individual da B3, à luz das questões ESG, conclui-se que “não há prevalência na incorporação das questões ambientais, sociais e de governança no processo de decisão dos investidores individuais. Assim, o foco está nas questões financeiras, atreladas aos investimentos em ações, isto é, na rentabilidade das ações e no recebimento recorrente dos dividendos” (TANGANELLI, Aline Gonçalves Magrini. *ESG importa? Determinantes comportamentais do investidor individual na escolha de investimentos em empresas com estratégia ESG*. Dissertação [Mestrado em Administração de Empresas] — Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022).

³⁸¹ ALAREENI, Bahaeddin Ahmed; HAMDAN, Allam. ESG impact on performance of US S&P 500-listed firms. *Corporate Governance*. v. 20(7). Emerald Publishing Limited, 2020, p. 1409-1428, 1422. No mesmo sentido: ZUMENTE, Ilze; BISTROVA, Jūlija. ESG importance for long-term shareholder value creation. literature vs. practice. *Journal of Open Innovation. Technology, Market and Complexity*. v. 7, 2021, s.p. DIAS, Rui Pereira; SÁ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 57.

³⁸² Tradução livre: “Este relatório centra-se em questões que têm ou podem ter um impacto material no valor do investimento. Utiliza uma definição de materialidade mais ampla do que a normalmente utilizada – uma que inclui horizontes temporais mais longos (10 anos e mais) e aspectos intangíveis que impactam o valor da empresa. Utilizando esta definição mais ampla de materialidade, os aspectos relacionados com princípios e diretrizes éticas geralmente aceitas (por exemplo, os princípios universais subjacentes ao Pacto Global) podem ter um impacto material no valor do investimento.” (The Global Compact. *Who cares wins. connecting financial markets to a changing world*. New York, United Nations, 2004. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbvx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022.

Em verdade, logo após o Relatório WCW, o *The United Nations Environment Programme Finance Initiative (UNEP FI) Asset Management Working Group*, composto por 13 gestores e fundos de pensão, encomendou do escritório internacional *Freshfields Bruckhaus Deringer* um estudo para determinar se a integração dos fatores ESG nas políticas de investimento seria permitido, legalmente exigido ou proibido pela lei, vindo à tona o tema dos deveres fiduciários, já que muitos interpretavam, em algumas jurisdições, incluindo-se nos Estados Unidos da América, que gestores de investimento e outros mandatários teriam como único propósito a maximização dos lucros nos processos de investimento e decisórios³⁸³.

O relatório (“Relatório Freshfields”³⁸⁴) data de 2005 e, embora não tenha colocado fim, de uma vez por todas, no debate sobre os deveres fiduciários³⁸⁵, já concluía que:

*Conventional investment analysis focuses on value, in the sense of financial performance. As we note above, the links between ESG factors and financial performance are increasingly being recognized. On that basis, integrating ESG considerations into an investment analysis so as to more reliably predict financial performance is clearly permissible and is arguably required in all jurisdictions the links between ESG factors and financial performance are increasingly being recognized?*³⁸⁶.

³⁸³ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 14-15. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023. Ver também: DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 55.

³⁸⁴ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME FINANCE INITIATIVE. *A legal framework for the integration of environmental, social and governance issues into institutional investment*. out. 2005. Disponível em: https://www.unepfi.org/fileadmin/documents/freshfields_legal_resp_20051123.pdf. Acesso em: 4 mar. 2023.

³⁸⁵ POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022, p. 15. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

³⁸⁶ Tradução livre: “A análise de investimento convencional centra-se no valor, no sentido de desempenho financeiro. Como observamos acima, as ligações entre os fatores ESG e o desempenho financeiro são cada vez mais reconhecidas. Nesta base, a integração de considerações ESG numa análise de investimento, de modo a prever com maior fiabilidade o desempenho financeiro, é claramente permitida e é indiscutivelmente necessária em todas as jurisdições. As ligações entre os fatores ESG e o desempenho financeiro são cada vez mais reconhecidas.” (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME FINANCE INITIATIVE. *A legal framework for the integration of environmental, social and governance issues into institutional investment*. out. 2005. p. 13). Disponível em: https://www.unepfi.org/fileadmin/documents/freshfields_legal_resp_20051123.pdf. Acesso em: 4 mar. 2023.

De fato, outros estudos também evidenciam que empresas preocupadas com o desenvolvimento de seus negócios de maneira sustentável, além de criarem cadeia de valor dentro da companhia, são mais resilientes e ganham poder de mercado. Confira-se:

According to the 2018 Eurosif European Socially Responsible Investment (SRI) study, the ESG integration in investment decisions of 263 asset managers and asset owners in Europe with combined assets under management of 20 trillion Euros in 2017 has grown with a compound annual growth rate (CAGR) of 27% compared to 2015. Among 7 categories of investment decisions considered in the Eurosif study, the ESG investment decision strategy is the fastest growing. Sustainability concerns are seen as a strategic approach to gain market shares, to contribute to the reduction of global emissions and the impacts on the natural environment, while addressing several concerns at societal level. A business sustainability strategy incorporates the essence of the sustainable development concept such as the social vision, economic efficiency and environmental preservation into the daily practices of companies. The social, economic and environmental spheres are thus interconnected such to create a circular supply value chain within the firm. Through this integrated strategy, companies are increasingly achieving a sustainable competitive advantage in the globalized market. Therefore, companies practicing business sustainability may survive longer than traditional businesses and gain market power³⁸⁷.

Entre outras razões, o fenômeno pode ser explicado porque a empresa aderente a práticas ambientalmente sustentáveis poderá atingir a otimização no uso dos recursos naturais e/ou da matéria prima de sua linha de produção, ao implementar mais inovações tecnológicas que podem aumentar a eficiência de seus processos, com aumento de valor de mercado³⁸⁸. A ampliação da adoção de determinadas políticas ambientais às

³⁸⁷ Tradução livre: De acordo com o estudo *Eurosif European Socially Responsible Investment (SRI)* de 2018, a integração ESG nas decisões de investimento de 263 gestores e proprietários de ativos na Europa com ativos combinados sob gestão de 20 bilhões de euros em 2017 cresceu com uma taxa composta de crescimento anual (CAGR) de 27% em relação a 2015. Entre as 7 categorias de decisões de investimento consideradas no estudo Eurosif, a estratégia de decisão de investimento ESG é a que mais cresce. As preocupações com a sustentabilidade são vistas como uma abordagem estratégica para ganhar quotas de mercado, para contribuir para a redução das emissões globais e dos impactos no ambiente natural, ao mesmo tempo em que abordam diversas preocupações ao nível social. Uma estratégia de sustentabilidade empresarial incorpora a essência do conceito de desenvolvimento sustentável, como a visão social, a eficiência econômica e a preservação ambiental nas práticas diárias das empresas. As esferas social, econômica e ambiental estão assim interligadas, de modo a criar uma cadeia de valor de abastecimento circular dentro da empresa. Através dessa estratégia integrada, as empresas alcançam cada vez mais uma vantagem competitiva sustentável no mercado globalizado. Portanto as empresas que praticam a sustentabilidade empresarial podem sobreviver mais tempo do que as empresas tradicionais e ganhar poder de mercado”. LUCIA, Caterina De; PAZIENZA, Pasquale; BARLETT, Mark. Does good ESG lead to better financial performance by firms? machine learning and logistic regression models of public enterprises in Europe. *Sustainability*. v. 12, 2020, p. 2. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/13/5317>. Acesso em: 30 jan. 2023.

³⁸⁸ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 94. No mesmo sentido: NOGUEIRA,

contratações firmadas no ambiente da cadeia de suprimentos possibilita ao fornecedor, de igual modo, aumentar a eficiência de seus processos³⁸⁹.

O desenvolvimento de tecnologias e alterações nas políticas relacionadas ao aquecimento global também apresentam novas oportunidades de investimentos, como aquelas relacionadas às operações de fazendas solares ou eólicas, bem assim direcionadas ao setor de baterias voltadas à mobilidade sustentável³⁹⁰.

Suscita-se a existência de 5 fatores que criam valor ao se implementar práticas ESG, com a observação de que nem todos os fatores se aplicam, necessariamente, tampouco se observam na mesma intensidade; tudo dependerá das circunstâncias da empresa, isto é, do ramo de atuação, localidade etc.

São eles³⁹¹:

- (i) a possibilidade de crescimento de novos negócios, facilitando relações com autoridades públicas e com a sociedade como um todo, com diminuição de custo operacional, ao mesmo tempo em que se atraem consumidores;
- (ii) fatores ESG resultam em diminuição de despesas com matéria-prima, água, carbono etc., o que aumenta a eficiência financeira da empresa;

Elton Pupo. Análise econômica do direito e eficiência ambiental, social e de governança (ESG) nas empresas. *Revista de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2022, v. 3, s.p. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql& marg=DTR-2022-9153>. Acesso em 18 jul. 2023.

³⁸⁹ VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023.

³⁹⁰ MA, Winston. Finance, sustainability and technology. In: BRIL, Herman; KELL Georg; RASCHE Andreas (Ed.). *Sustainability, technology and finance*. rethinking how markets integrate ESG. Routledge: Nova Iorque, 2023, p. 184-192, 185.

³⁹¹ HENISZ Witold; KOLLER, Tim; NUTTALL, Robin. Five ways that ESG creates value. getting your environmental, social, and governance (ESG) proposition right links to higher value creation. here's why. *McKinsey Quarterly*, nov. 2019, Disponível em: [https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/Strategy%20and%20Corporate%20Finance/Our%20Insights/Five%20ways%20that%20ESG%20creates%20value/Five-ways-that-ESG-creates-value.ashx#:~:text=From%20our%20experience%20and%20research,capital%20expenditures%20\(Exhibit%202\).](https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/Strategy%20and%20Corporate%20Finance/Our%20Insights/Five%20ways%20that%20ESG%20creates%20value/Five-ways-that-ESG-creates-value.ashx#:~:text=From%20our%20experience%20and%20research,capital%20expenditures%20(Exhibit%202).). Acesso em 18 jul. 2023.

- (iii) a implementação da agenda ESG facilita a agenda regulatória e reduz o risco de medidas governamentais adversas;
- (iv) a produtividade dos empregados se eleva, à medida que se sentem cumprindo determinados propósitos, pertencentes, gerando sensação de satisfação, facilitando, ademais, a contratação e retenção de talentos;
- (v) há otimização dos investimentos, pois se incentiva a alocação de recursos em oportunidades mais promissoras, sem se submeter ao risco de alocar recursos em negócios sujeitos a problemas ambientais de longo prazo.

Também se cria, em 1999, o primeiro índice global dedicado ao acompanhamento do desempenho financeiro de companhias que incorporam conceitos de sustentabilidade em seus negócios, o índice *Dow Jones* de Sustentabilidade pela Bolsa Nova Iorque, seguindo-se pela *TSFTE4Good* (Londres, 2001), *Socially Responsible Investment (SRI) Index* (Joanesburgo, 2004)³⁹².

Entre os exemplos brasileiros de índices atrelados à investimentos responsáveis, incluem-se o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), criado em 2005, e o Índice Carbono Eficiente (ICO2), ambos criados pela B3, e cujos resultados apresentados pelas respectivas empresas listadas foram reportados por estudos como sendo de melhor eficiência e menor risco ao investimento³⁹³.

Nesse contexto, para além de uma tendência ou sigla atrativa, o impacto dos fatores ESG está sendo cada vez mais levado em conta por investidores nos processos de *valuation* e precificação de ativos³⁹⁴.

³⁹² REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 68.

³⁹³ Estudos relatados por: REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 100 e ss.

³⁹⁴ ASSUNÇÃO, Thiago. *Revista Mosaicos Estudos em Governança, Sustentabilidade e Inovação*. Curitiba, v. 3, n. 1, 2021, p. 17-34. 19. Ver também: STEFANELLO, Fernanda; SANT'ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97; PUPPE, Matheus. ESG: o verde do capital. In: SAAD-DINIZ,

Evidência disso são as alterações nas práticas de M&A, desde a *due diligence*, precificação dos ativos, até a avaliação de riscos, exigindo-se novos processos, atentos às dinâmicas e, principalmente, exigências, trazidas pelo fenômeno³⁹⁵.

Não é difícil concluir que a sua adesão, pelos diferentes agentes econômicos, faz parte da organização empresarial, passando a integrar ativo intangível da companhia, o que será abordado mais adiante no presente trabalho (III.2.2).

Criam-se índices, fundos de investimento atrelados a tais índices, e agências de pesquisa e *rating* especializadas em temas ESG. Tudo isso, aliado ao aumento no volume de dados e informações públicas relacionados às práticas sustentáveis das empresas – quer seja por relatórios empresariais, por ferramentas ou por provedores de informação do mercado financeiro –, possibilitou aos investidores acatarem a ideia de investir tão somente em empresas e em fundos que detenham a responsabilidade social como lema, criando-se, ademais, diferencial perante os consumidores³⁹⁶.

Sob a perspectiva da melhoria do ambiente regulatório do mercado de capitais, tome-se por exemplo que o desenvolvimento de níveis mínimos de governança corporativa introduzido pela lei societária brasileira a partir da década de 80 atraiu vultosos investimentos. Também contribuiu para tanto o estreitamento da relação entre as diversas entidades reguladoras nacionais e estrangeiras, o que se iniciou em 1988 com o acordo firmado entre a CVM e a *Securities Exchange Commission* (“SEC”)³⁹⁷, quando Arnaldo Wald presidia a CVM.

Com o desenvolvimento de companhias listadas em bolsa de valores aderindo a segmentos especiais de governança corporativa a partir do ano de 2000, novos comprometeros relativos à governança se estabeleceram e, em meio a cenário jurídico

Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 11-16, 14.

³⁹⁵AFSHARIPOUR, Afra. *ESG and board-shareholder engagement in M&A*, 2022, p. 3. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4301453. Acesso em: 14 jun. 2024.

³⁹⁶REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 92 e ss..

³⁹⁷MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 100.

favorável ao mercado de capitais, houve crescente interesse dos investidores pelo mercado de ações brasileiras, abrangendo capital estrangeiro e investidores institucionais³⁹⁸.

Existem diversas fontes que atrelam o desenvolvimento das regras de proteção ao investidor e de governança corporativa ao amadurecimento econômico dos mercados em que inserida tais regulações³⁹⁹, tendo o Banco Mundial, em 2019, apresentado estudo a partir de dados produzidos nos 20 anos anteriores ao relatório concluindo existir correlação entre o desenvolvimento econômico e a regulação adequada do mercado de capitais, com proteção ao investimento e ao investidor⁴⁰⁰.

Também não por acaso, organizações como o *Institutional Shareholder Services* (ISS) oferecem *ratings* relacionados a riscos ESG para melhoria da tomada de decisão pelos investidores⁴⁰¹. Em outras hipóteses, o que será adiante tratado, empresas aderem a mecanismos de métricas, tudo a indicar que os fatores ESG são cada vez mais essenciais para o sucesso e sobrevivência dos negócios⁴⁰².

Atingiu, pois, em cheio, a premissa básica que norteou a criação, por exemplo, no ano 2000, do Novo Mercado, segmento especial da B3 voltado a companhias que se comprometessem com a adoção de padrões elevados de governança, influenciando

³⁹⁸ MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 100.

³⁹⁹ Ver sobre o tema as fontes citadas em: ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 41.

⁴⁰⁰ CARVAJAL, Ana Fiorella; BEBCZUK, Ricardo. *Capital markets development. causes, effects and sequencing: a literature review*. Washington DC: International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2019. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/701021588343376548/pdf/Capital-Markets-Development-Causes-Effects-and-Sequencing.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2024.

⁴⁰¹ Disponível em: INSTITUTIONAL SHAREHOLDER SERVICES <https://www.issgovernance.com/esg/ratings/corporate-rating/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

⁴⁰² HILLER, Madeleine. Global business Leaders Support ESG convergence by committing to Stakeholder Capitalism Metrics. In: FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. 26 jan. 2021. Disponível em: <https://www.weforum.org/press/2021/01/global-business-leaders-support-esg-convergence-by-committing-to-stakeholder-capitalism-metrics-73b5e9f13d/>. Acesso em: 28 jan. 2023.

positivamente a valorização e liquidez dos aderentes, com aumento, igualmente, da entrada de recursos estrangeiros⁴⁰³, o que já foi abordado no presente estudo (I.3.1.3.4).

No âmbito social cabe notar, por exemplo, que a criação da “lista suja”, já referida, contendo o nome pessoas naturais ou jurídicas que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo, passou a afetar a concessão de empréstimos e outros serviços por instituições financeiras a tais pessoas, sendo que muitas organizações passaram a restringir qualquer tipo de negócio com as pessoas indicadas na lista⁴⁰⁴.

Em matéria de ações afirmativas para igualdade de gênero, indica-se que, no contexto da resistência sofrida pela entrada em vigor, em 2006, da CBQ norueguesa, a parcela favorável à sua adoção argumentou que a posição da Noruega no mercado mundial poderia ser afetada, negativamente, pela sub-representação de mulheres nos conselhos de administração, o que poderia ser corroborado, já àquela altura, por estudos preliminares indicando maiores taxas de retorno sobre o patrimônio líquido em companhias que tivessem maior número de mulheres na composição de seus conselhos de administração⁴⁰⁵.

A inexistência de representatividade social da estrutura administrativa das companhias as coloca em risco, tanto reputacional, como operacional. O primeiro diz respeito à possível violação de direitos humanos pela alta administração da companhia, insensível a práticas discriminatórias no seio das relações entre companhia e terceiros; a segunda deriva da mesma falta de sensibilidade, mas com as futuras percepções de mercado, que podem tornar a cadeia produtiva em que a companhia se insere obsoleta em curto espaço de tempo. Os riscos se potencializam conforme a discrepância cumula-se

⁴⁰³ FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484, 459, 464.

⁴⁰⁴ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 491.

⁴⁰⁵ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 496.

com outras formas de exclusão, entre as quais raciais, de orientação sexual e de origem social⁴⁰⁶.

Denúncias de atos de assédio sexual, moral e discriminatório em relação às mulheres, por exemplo, levou a empresa Uber Technologies Inc, em 2017, a contratar investigação terceirizada que concluiu o acerto da queixa, indicando-se que os desvios partiam, especificamente, do então diretor presidente Travis Kalanick, cofundador e maior acionista individual da companhia, também integrante do conselho de administração.

Ao contrário do que se esperaria de uma companhia fechada, o conselho de administração determinou a publicação de relatório do quanto investigado⁴⁰⁷, com o anúncio, na sequência, do afastamento de Travis Kalanick.

A excepcionalidade da postura adotada fundou-se na possibilidade de a companhia abrir seu capital futuramente, o que veio efetivamente a ocorrer em 2019. Assim, a decisão foi tomada não com base nos interesses dos investidores daquele momento, mas com esteio nos interesses de possíveis futuros investidores, que não alocariam recursos em companhia que não tivesse alterado aspectos de sua cultura antidiscriminatória desde o incidente⁴⁰⁸.

Além de o episódio demonstrar que o interesse social pode ter papel efêmero⁴⁰⁹, a adoção das recomendações preveniu riscos futuros da companhia, em caso de abertura de seu capital, daí porque, sob tal enfoque, a adoção dos fatores ESG é capaz, igualmente, de posicionar-se antecipadamente aos riscos de negócio e às projeções futuras de mercado.

⁴⁰⁶ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 507.

⁴⁰⁷ Disponível em: <https://www.documentcloud.org/documents/3863823-covington-recommendations>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁰⁸ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 507-508.

⁴⁰⁹ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 507-513.

A ampliação da diversidade, ademais, é estratégia que pode trazer ganhos consideráveis para as instituições que a empregam, traduzindo-se em vantagem competitiva, explicada pelo aumento da criatividade e da capacidade em resolver problemas que surgem dos obstáculos presentes na economia capitalista fundada na competitividade, ressalvado se implementada a diversidade sob um enfoque simbolista, tão-somente (I.2), pois a organização não deterá a massa crítica necessária para que o valor agregado atrelado a esses indivíduos seja realizado⁴¹⁰.

Uma força de trabalho heterogênea é capaz de compreender as particularidades culturais e políticas dos diferentes mercados. De igual modo, incorpora à capacidade gerencial, pois a existência de corpo de funcionários heterogêneo cria meio para surgimento e troca de novas ideias, incrementando a capacidade de resolução de problemas⁴¹¹.

No sistema financeiro, pode-se dizer que os mercados cujas instituições financeiras não aderirem ao modelo do TCFD terão custo financeiro maior com o passar do tempo, com desenvolvimento de atividades econômicas competitivas limitado.

Basta constatar que, nos últimos 25 anos, houve um crescimento exponencial no número de empresas que fazem medição e emitem relatórios ambientais, sociais e de governança. No início da década de 1990, menos de 20 empresas emitiram relatórios com informações *ESG*, ao passo que no ano de 2016 o número de empresas que emitiram aumentou para quase nove mil. Somente em 2019 US\$ 20,6 bilhões fluíram para fundos de investimento que explicitamente se desfazem de organizações tidas como “não sustentáveis”. Uma década atrás essa quantia era dez vezes menor⁴¹².

Também a resiliência de empresas com práticas sólidas em ESG é marcada em situações de desastres naturais⁴¹³ e outros eventos catastróficos, como foi o caso da

⁴¹⁰ GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 507-508.

⁴¹¹ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 713-714.

⁴¹² REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 72-73.

⁴¹³ Em estudo sobre o tema, detectou-se: “os resultados sugerem que os desastres naturais afetam negativamente o mercado de ações, e quanto mais perto as empresas se encontram da catástrofe natural,

mais negativamente os seus retornos são afetados. Além disso, as empresas com pontuações intermédias de ESG têm pior desempenho em períodos de desastres naturais do que as empresas com níveis extremos de investimento ESG (baixos ou altos). Esta dissertação salienta a importância do nível de investimento ESG das empresas e a importância de um nível mais elevado de ESG em empresas sediadas em locais onde a probabilidade de serem afetadas por catástrofes naturais é maior.” (ROCHA, Inês Daniela Sousa e. *Does ESG matter in times of natural disasters? A case study on U.S. companies during the billion-dollar hurricanes in 2017*. Dissertação [Mestrado em Economia e Administração de Empresas] – Faculdade de Economia da Universidade do Porto, Porto, 2022). Nota-se, contudo, que em outro estudo, em que se buscou examinar se eventos relacionados a catástrofes ambientais provocados por empresas ou escândalos de governança corporativa (eventos ESG) estimularam os investidores brasileiros a migrarem suas alocações de portfólio para empresas que investem mais nessa pauta (empresas ESG) como forma de se protegerem contra possíveis novas externalidades, a partir de quatro eventos de repercussão nacional – o rompimento das barragens em Mariana e Brumadinho, a deflagração da terceira fase da operação Carne Fraca pela polícia federal e o escândalo que popularmente ficou conhecido como “Joesley Day” –, os resultados encontrados não permitiram concluir que os quatro episódios analisados tenham fomentado investidores a deslocarem seus portfólios em direção às empresas ESG em detrimento das demais participantes da bolsa brasileira, tanto no curto prazo quanto em horizontes mais longos (CHRIST, Luiz Felipe. *Eventos ESG negativos: a influência no portfólio do investidor*. Dissertação [Mestrado em Economia] — Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021).

pandemia de Covid-19⁴¹⁴, incluindo-se a estabilidade de instituições financeiras – pelo menos europeias – em situações adversas⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Concluíram: “we show that stock prices for firms with high ES scores perform much better than the prices for other firms. The stock market performance is especially strong during the market collapse for high ES stocks with high advertising. Operating profit margin of firms with high ES scores increase in the first quarter of 2020 even as sales decline consistent with a customer loyalty mechanism. In addition, the volatility of stock returns is lower for high ES stocks. Firms held by investors with a preference for ES display larger reductions in the volatility of stock returns. The evidence presented in this paper is consistent.”. Tradução livre: “mostramos que os preços das ações das empresas com pontuações ES elevadas têm um desempenho muito melhor do que os preços das outras empresas. O desempenho do mercado de ações é especialmente forte durante o colapso do mercado para ações ES com elevado nível de publicidade. A margem de lucro operacional das empresas com pontuações ES elevadas aumenta no primeiro trimestre de 2020, mesmo com o declínio das vendas consistente com um mecanismo de fidelização do cliente. Além disso, a volatilidade dos retornos das ações é menor para ações de elevado ES. As empresas detidas por investidores com preferência por ES apresentam maiores reduções na volatilidade dos retornos das ações. As evidências apresentadas neste artigo são consistentes”. (ALBUQUERQUE, R.; KOSKINEN, Y.; YANG, S.; ZHANG, C. Resiliency of environmental and social stocks. an Analysis of the exogenous COVID-19 market crash. *The Review of Corporate Finance Studies*. v. 9. n. 3, 2020, p. 593-621). De igual modo, em outro estudo envolvendo evidências empíricas de Europa e Estados Unidos da América, no período de 2007 a 2021, conclui-se que: *relying on real-world European and United States data, we quantify systemic risk by means of QL-CoVaR. Empirical analyses of the entire period from 2007 to 2021 show that companies with high ESG scores tend to exhibit low QL-CoVaR values indicating a positive effect of ESG scores. Such evidence is confirmed by clustering the individual companies into ESG portfolios and focusing on COVID-19*. Tradução livre: “com base em dados reais da Europa e dos Estados Unidos da América, quantificamos o risco sistêmico através do QL-CoVaR. Análises empíricas de todo o período de 2007 a 2021 mostram que empresas com pontuações ESG elevadas tendem a apresentar valores baixos de QL-CoVaR, indicando um efeito positivo das pontuações ESG. Tal evidência é confirmada pelo agrupamento de empresas individuais em carteiras ESG e pelo foco na COVID-19”. (BAX, Karoline; BONACCOLTO, Giovanni; PATERLINI, Sandra. Do lower environmental, social and governance (ESG) rated companies have higher systemic impact? empirical evidence from Europe and the United States. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*. 2022, p 1-15. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/csr.2427>. Acesso em: 18 jul. 2023). Ver também: PEGAS, Roberta. Compliance como ferramenta de gestão de crise/ESG. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 230-241.

⁴¹⁵ Concluíram, ao investigarem, conjunta e isoladamente, os efeitos de aspectos ambiental (A), social (S) e de governança (G), relativamente a bancos europeus operando em 21 países entre os anos de 2005 e 2017 que “the total ESG score, as well as its sub-pillars, reduces bank fragility during periods of financial distress. This stabilizing effect holds strongly for banks with higher ESG ratings. These results are confirmed by a differences-in-differences (DID) analysis built around the introduction of the EU 2014 Non-Financial Reporting Directive (NFRD). Our evidence also reveals that, in times of financial turmoil, the longer the duration of ESG disclosures, the greater the benefits on stability. Finally, we show that the ESG–bank stability linkages vary significantly across banks’ characteristics and operating environments. Our findings are robust to selection bias and endogeneity concerns. Overall, they support the regulatory effort in requiring an enhanced disclosure of non-financial information”. Tradução livre: “a pontuação ESG total, bem como os seus subpilares, reduz a fragilidade dos bancos durante períodos de dificuldades financeiras. Este efeito estabilizador aplica-se fortemente aos bancos com classificações ESG mais elevadas. Estes resultados são confirmados por uma análise de diferenças em diferenças (DID) construída em torno da introdução da Diretiva de Divulgação de Informações Não Financeiras (NFRD) de 2014 da UE. A nossa evidência também revela que, em tempos de turbulência financeira, quanto maior for a duração das divulgações ASG, maiores serão os benefícios para a estabilidade. Finalmente, mostramos que as ligações de estabilidade ESG-banco variam significativamente consoante as características e os ambientes operacionais dos bancos. Nossas descobertas são robustas ao viés de seleção e às preocupações de endogeneidade. No geral, apoiam o esforço regulamentar que exige uma maior divulgação de informações não financeiras”

É inegável que políticas eficientes de governança e *compliance* exercem papel preponderante na criação de valor para as empresas, sendo que sua falta ou ineficácia pode gerar efeitos avassaladores no meio empresarial, como se verificou, por exemplo, por ocasião da Operação Lava Jato, de conhecimento público, atingindo não só a companhia, mas seus investidores, com reflexo indesejável na economia⁴¹⁶.

A corroborar a função patrimonial de políticas de ESG, em fevereiro de 2018, a multinacional Danone firmou acordo com bancos privados atrelando o custo financeiro de dívida de R\$ 2 bilhões à evolução de seus indicadores de desempenho socioambiental, ocasionando a redução do custo de capital conforme a evolução das práticas socioambientais⁴¹⁷.

Em estudo acadêmico⁴¹⁸ envolvendo amostra de 709 empresas entre os anos de 2012 e 2021, foi avaliado o impacto de práticas ESG sobre o custo do capital, analisando-se se as instituições de crédito se preocupam com o desempenho e a divulgação das iniciativas ESG, nomeadamente nos EUA, Europa e Brasil, e se as características que distinguem essas regiões geográficas, no que tange à sustentabilidade,

(CHIARAMONTE, Laura; DREASSI Alberto; GIRARDONE Claudia; PISERÀ, Stefano. Do ESG strategies enhance bank stability during financial turmoil? evidence from Europe. *The European Journal of Finance*. v. 28, 2022, p. 1173-1211). Sobre estudo envolvendo os desafios a serem enfrentados em análise de resiliência, visando ao melhor aproveitamento, pelos investidores, de dados ESG das companhias, consultar: MONK, Ashby; ROOK, Dane. Resilience as an analytical filter for ESG data. In: BRIL, Herman; KELL Georg; RASCHE Andreas (Ed.). *Sustainability, technology and finance. rethinking how markets integrate ESG*. Routledge: Nova Iorque, 2023, p. 141-161.

⁴¹⁶ MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121, 114. Ver, ainda, sobre os impactos no âmbito da governação das empresas estatais e sociedades de economia mista, que o Caso Mensalão e Petrolão impuseram: PONTES, Evandro Fernandes de. O Estado enquanto acionista: a experiência brasileira na governação (“e desgovernação”) das empresas estatais e das sociedades de economia mista. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 405-441.

⁴¹⁷ Ver, sobre o custo de dívida e os fatores ESG, estudo empírico em: BARTH, Florian; HÜBEL, Benjamin; SCHOLZ, Hendrik. ESG and corporate credit spreads. *Journal of Risk Finance*. v. 23 n. 2, 2002, p. 169-190.

⁴¹⁸ MENESES, Lilian Lima. *O Impacto das práticas ESG sobre o custo da dívida. evidência para os EUA, Europa e Brasil*. Dissertação (Mestrado em Economia e Administração de Empresas) — Universidade do Porto, Porto, 2021.

representam fator crucial na determinação da qualidade de crédito concedido a uma empresa pelas instituições de crédito, no âmbito desses mercados.

Conclui-se que as instituições de crédito consideram fatores ESG na análise de crédito. Apesar de o esforço inicial para melhora da classificação ESG ser avaliado pelos mercados de dívida como uma má alocação de recursos, nas empresas mais comprometidas, cujas práticas de sustentabilidade são consideradas no âmbito da estratégia empresarial e tratadas de forma consistente e com perspectiva de longo prazo, tais valores são reconhecidos e traduzidos em menores custos na obtenção de capital.

II.2. ESG e novos ramos de exploração da atividade econômica

São inúmeras, evidentemente, as atividades econômicas alavancadas pelo fenômeno ESG, entre as quais a de prestação de serviços (como a de serviços de advocacia, consultoria, entre inúmeras outras) e a da indústria tecnológica, em diferentes frentes, como a de carros elétricos.

Separou-se, para fins do estudo aqui desenvolvido, apenas novos modelos econômicos que possam explicar, ainda que por via indireta, o próprio fenômeno ESG. Como tal, são relevantes para o estudo aqui empreendido, pois, como adiante será explicitado, a razão perseguida pelos contraentes desnuda as diferentes funções exercidas pelas contratações ESG no âmbito individual de cada negócio jurídico em que inseridas tais cláusulas (**III.2**), tudo a impactar o direito resolutivo envolvido.

Será emprestado relevo, portanto, à criação das agências de notação de risco e de certificação ESG, à criação de valores mobiliários para inclusão social, em matéria ambiental e focados em questões de direitos humanos, e ao mercado de excedentes de carbono, cuja regulação, no âmbito brasileiro, ainda não ocorreu em sua plenitude, vigendo predominantemente o mercado voluntário.

II.2.1. Agência de notação de risco em matéria ESG⁴¹⁹

No contexto de investimentos, a noção de que companhias devem levar a sério variáveis que não se relacionam diretamente à *performance* financeira demandou não só a efetiva implementação de fatores ESG, mas que também fossem disponibilizadas informações sobre o tema pela companhia, sob a ótica dos riscos que representam e das providências para minorá-los, bem assim à luz da integração ESG à atividade econômica desenvolvida.

Inexistindo dever de informar mandatório, ou sendo insuficiente as informações disponibilizadas para fins de mensuração de riscos, investidores têm recorrido a terceiros que provêm índices ESG, para a obtenção de tais dados.

Partindo-se da premissa de que a impossibilidade de mensuração acarreta a inviabilidade de aprimoramento, ou mesmo de implementação e de monitoramento, a existência de métricas torna-se primordial nesse contexto. Igualmente, mostra-se útil na prática preventiva de *greenwashing*, que, sob ótica reputacional, seria o sepultamento de uma empresa moderna⁴²⁰ (I.2).

Assim, a certificação e a métrica ESG, desde que harmônicas e comparáveis, maximizam a percepção de legitimidade da sustentabilidade empresarial⁴²¹.

⁴¹⁹ Para visão de como as métricas para medição de fatores ESG representam evolução em relação a iniciativas prévias, como a criação de índices de sustentabilidade, consultar, entre outros citados no decorrer do presente trabalho: GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 467 e ss; VERGALLI, Sergio; PODDI, Laura. *Does corporate social responsibility affect the performance of firms?* Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24138929_Does_Corporate_Social_Responsibility_Affect_Firms'_Performance. Acesso em: 28 jan. 2023; WEBBER, David; BARZUZA, Michal; CURTIS, Quinn. Shareholder value(s): index fund ESG activism and the new millennial corporate governance. *Southern California Law Review*. v. 93. p. 1243-1322. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1973&context=faculty_scholarship. Acesso em 28 jan. 2023.

⁴²⁰ PUPPE, Matheus. ESG: o verde do capital. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 11-16, 13.

⁴²¹ PACHECO, Ana Carla de Albuquerque. ESG e *green criminology*. a responsabilidade socioambiental restaurativa. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 17-29, 18. Para discussão sobre os problemas de métricas em geral e, especificamente, na cadeia produtiva, ver: LAURENTIZ, Victória Vitti. ESG (enviromental, social and governance) e o dilema dos indicadores. a construção de uma agenda sobre a legislação de devida diligência nas cadeias produtivas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 197-215.

Sob o ponto de vista do investidor, altera-se o conceito de materialidade para fins do dever de informar pelas companhias (**I.3.1.4**) e, ao mesmo, tempo, o conceito prevalecente na doutrina norte-americana de o que seria o investidor razoável e de materialidade, agora atentando-se a riscos que ultrapassam o mero aspecto financeiro dos investimentos⁴²².

Ocorre que há certificações e métricas das mais variadas formas, com foco em diferentes aspectos que compõem o ESG, estimando-se que existam mais de 35 métricas diferentes ao redor do mundo, o que torna a base comparativa comprometida pela existência de dados incomparáveis. Importa ter em mente, nesse contexto, as particularidades regionais, que podem afetar, como visto, as necessidades de implementação em diferentes graus para cada um dos fatores representados pela sigla ESG, também gerando métricas e notações de risco com bases incomparáveis entre si.

Tais especificidades regionais, inclusive, indicam existir espaço para que a mensuração ESG no Brasil se desenvolva, criando-se mecanismos mais específicos de métricas⁴²³.

De outro lado, visando, entre outros objetivos, a dar vistas a tal realidade, algumas iniciativas vêm sendo observadas.

Em encontro do Fórum Econômico Mundial realizado em Genebra, no ano de 2019, o *International Business Council* lançou projeto para que seus membros pudessem classificar, medir e divulgar os respectivos desempenhos em matérias ESG, partindo-se de bases consistentes e comparáveis⁴²⁴, resultando em relatório denominado

⁴²² Ver a respeito: SAAD, Aisha; STRAUSS, Diane. The new “reasonable investor” and changing frontiers of materiality. increasing investor reliance on ESG disclosures and implications for securities litigation. *Berkeley Business Law Journal*. v. 17(2), 2020, p. 397-439. Afirma-se que métricas de avaliação ESG devem ter bases comparáveis entre si, pelo que a tendência é a existência de regulação das agências de *rating* nessa matéria (DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In. CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 58).

⁴²³ PUPPE, Matheus. ESG: o verde do capital. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 11-16, 13.

⁴²⁴ WORLD ECONOMIC FORUM. *Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation*. consultation draft. Genebra: 2020, p. 5. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_IBC_ESG_Metrics_Discussion_Paper.pdf. Acesso em: 28 jan. 2023.

Measuring Stakeholder Capitalism: Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation.

Divulgado em setembro de 2020, o projeto prevê conjunto de métricas e divulgações que revelariam o *Stakeholder Capitalism Metrics*, focado em quatro pilares: pessoas, planeta, prosperidade e princípios de governança corporativa⁴²⁵.

Também o IFC disponibilizou dois documentos⁴²⁶ que elencam os Indicadores de Desempenho para serem seguidos por interessados em se tornarem clientes e obterem financiamentos da instituição ou, ainda, para serem considerados por outras partes interessadas, dividindo-os em socioambientais e governança corporativa, sendo que esses últimos são divididos conforme se trate de companhia listada em bolsa de valores, empresa de propriedade familiar ou envolvendo sócios fundadores, instituições financeiras, empresas estatais, fundos e pequenas e médias empresas⁴²⁷.

Entre outros inúmeros provedores de dados e de métricas ESG terceirizados, cita-se *Bloomberg ESG Data Service, Corporate Knights Global 100, DowJones Sustainability Index (DJSI), ISS, MSCI ESG Research, RepRisk, Sustainalytics Company ESG Reports e Thomson Reuters ESG Research Data*⁴²⁸.

Existem, contudo, certificações que visam, distinta e precipuamente, à obtenção de determinado selo de qualidade em aspecto ESG. Pelo caráter didático da distinção de tais métodos daqueles utilizados pelo mercado para precificação de ativos e riscos ESG, citam-se as empresas “B”, denominadas, em inglês, *benefit corporations*,

⁴²⁵ WORLD ECONOMIC FORUM. *Measuring Stakeholder Capitalism. towards common metrics and consistent reporting of sustainable value creation.* consultation draft. Genebra: 2020, p. 5. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_IBC_Measuring_Stakeholder_Capitalism_Report_2020.pdf. Acesso em: 28 jan. 2023.

⁴²⁶ IFC. *Padrões de Desempenho sobre Sustentabilidade Socioambiental.* Disponível em: <https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/2010/2012-ifc-performance-standards-pt.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023 e demais sobre governança corporativa. Disponíveis em: <https://www.ifc.org/en/what-we-do/sector-expertise/corporate-governance/cg-methodology-tools#cg-tools>. Acesso em 30 out. 2023.

⁴²⁷ Ver sobre o tema: STEFANELO, Fernanda; SANT’ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97.

⁴²⁸ Ver a respeito: HUBER, Betty Moy; COMSTOCK, Michael. ESG reports and ratings. what they are, why they matter. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. jul. 2017. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/07/27/esg-reports-and-ratings-what-they-are-why-they-matter/>. Acesso em: 9 ago. 2023.

que, nos Estados Unidos da América, contam com estatutos em grande parte de seus estados, podendo ser consideradas empresas com finalidade de lucro, mas que desenvolvam atividades, elas próprias sustentáveis, e focadas no desenvolvimento sustentável ou responsabilidade social, mesmo que sacrificando, com isso, parte dos lucros auferidos⁴²⁹.

Ainda que não seja constituída sob regras legais que a qualifiquem como empresa B, certo é que há possibilidade de contar com certificação como a conduzida por B Lab, certificadora relatada como de reputação nessa seara⁴³⁰.

Outro exemplo de caráter didático refere-se ao denominado *Campaign for Greener Arbitrations*⁴³¹. Trata-se de compromisso global que busca minimizar impactos ambientais nas arbitragens por meio de mudanças comportamentais.

Os aderentes ganham “selo” de sustentabilidade e se comprometem a adotar práticas no cotidiano profissional envolvendo a prática arbitral, incluindo, entre outros: otimização do espaço de trabalho para reduzir o consumo de energia e a produção de resíduos; priorização de correspondência eletrônica e utilização de papel apenas quando absolutamente necessário e o uso de videoconferências como alternativa às viagens, seja para reuniões ou entrevistas com testemunhas; escolha de fornecedores e prestadores de serviços comprometidos com a redução de suas pegadas ambientais; propor que testemunhas ou especialistas participem de audiências por videoconferência, em vez de viajar etc.

Agrega-se valor, portanto, mas sob uma perspectiva muito mais reputacional, por via indireta – e não propriamente por meio da maximização dos processos produtivos, como ocorre, tipicamente, com a redução do custo de capital obtido por meio de empréstimos etc.

⁴²⁹ HAZENT, Thomas L. Corporate and securities law impact on social responsibility and corporate purpose. *Boston College Law Review*. 2021, v. 62 n. 3, p. 851-904, 880-881.

⁴³⁰ HAZENT, Thomas L. Corporate and securities law impact on social responsibility and corporate purpose. *Boston College Law Review*. 2021, v. 62 n. 3, p. 851-904, 884.

⁴³¹ Ver em: <https://www.greenerarbitrations.com/sign-green-pledge#:~:text=The%20Green%20Pledge&text=The%20Campaign%20addresses%20the%20need,carbon%20footprint%20when%20resolving%20disputes>. Acesso em: 1 jul. 2024.

O que deve sempre estar presente é que tais métricas – sendo a governança corporativa e seu desdobramento, o *compliance*, os pilares da sustentação e da implementação das práticas ESG – devem conceber práticas de mensuração adequadas, e que, por si só, não tenham o condão de transformar as ações das sociedades em tema ESG. É preciso investigar materialmente – e não apenas formalmente – a adoção das práticas, sob pena de incerteza da avaliação.

É tema que, certamente, tal como acontece no âmbito de certificações ocorridas no mercado financeiro em geral, suscitará debates a respeito de responsabilidade e sua extensão, notadamente no que concerne aos provedores de dados e métricas ESG no âmbito do mercado de capitais e financeiro.

II.2.2. Valores mobiliários para inclusão social, promoção ambiental e resguardo dos direitos humanos

As dificuldades do setor público de, entre outras medidas, frear a desigualdade social fizeram surgir modelos alternativos junto ao setor privado capazes de reduzir a deficiência dos serviços de infraestrutura fornecidos às frentes sociais.

Embora as definições variem, tem-se, tipicamente, o investimento social responsável, tradução para o português de *socially responsible investment*, ou SRI, que corresponde àquele cujo propósito é ainda o de perseguir o lucro, mas de forma alinhada e consistente com determinados valores não financeiros e que pode ser atingido por meio da consideração de fatores ESG, notadamente por meio de investimentos que visam diretamente a contribuir para objetivos sociais ou ambientais⁴³².

Fala-se a este propósito e de maneira a englobar aspectos sociais e de governança, de *impact investments; ethical investments; community investments; green investments*, sempre atrelando-os às companhias que levem a cabo projetos com impacto

⁴³² DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86, 59.

positivo em temas ambientais, sociais ou de governança, significando que apostam em projetos que privilegiem fatores ESG⁴³³.

Nesse contexto surgem as *green bonds* ou *climate bonds*, investimentos considerados “verdes”, cujo foco é, explícita e diretamente, voltado a empreendimentos que visem à melhora do meio ambiente, como, por exemplo, apoiando ou empregando energia limpa, preservação de recursos naturais etc⁴³⁴.

Podem constituir valores mobiliários emitidos com a finalidade de angariar capital de um ou mais projetos, futuros ou já existentes, com específicos benefícios ambientais, tendo-se, por exemplo, a emissão de determinadas obrigações por A com o objetivo de financiar projeto de energia renovável ou de transporte coletivo de baixa emissão de carbono, podendo admitir diferentes tipos – conforme as obrigações e deveres assumidos pelo devedor e investidor, ou de acordo com a possibilidade de se voltar contra garantidor, ou, ainda, a depender das regras de remuneração e sua alocação etc., amoldando-se aos diferentes esquemas negociais⁴³⁵.

Geram obrigações adicionais pelos emissores dos títulos e devedores – ao que se acresce o risco do desenvolvimento do próprio empreendimento pelo investidor –, como a efetiva utilização do capital nos projetos ambientalmente sustentáveis, os quais devem ser adequadamente descritos, com a incorporação dos valores ESG que sustentam ter, ao que se acresce também o dever de informação norteado pela transparência, tanto

⁴³³ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Green bonds*. riscos e responsabilidade. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, maio 2019, p. 834-861, 837. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/green-bonds-riscos-e-responsabilidade-mafalda-miranda-barbosa/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

⁴³⁴ WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 701.

⁴³⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Green bonds*. riscos e responsabilidade. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, maio 2019, p. 834-861, 837-838. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/green-bonds-riscos-e-responsabilidade-mafalda-miranda-barbosa/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

no contexto pré-contratual como posteriormente à celebração do negócio jurídico, por meio da emissão de relatórios, entre outros⁴³⁶.

Ainda na década de 1990, os fundos que buscavam empresas socialmente responsáveis passaram a ganhar força, com concentração em suas respectivas carteiras de empresas de tecnologias limpas, movimentando, em 2010, cerca de US\$ 2 trilhões de dólares⁴³⁷. Outras projeções, apesar da dificuldade que se tem em se estimar com precisão os números, dão conta de que, em 2019, cerca de US\$ 30 trilhões estariam sendo gerenciados sob o prisma ESG⁴³⁸.

Em 2010, o Reino Unido criou o primeiro modelo de *Social Impact Bonds* (SIBs), conhecidos no Brasil como Contrato de Impacto Social. Desde então, cerca de 138 SIBs foram lançados ao redor do planeta⁴³⁹, com mais de US\$ 441 milhões captados e mais de um milhão de indivíduos beneficiados, existindo, ainda, cerca de outros 69 SIBs em andamento⁴⁴⁰.

A estruturação dos SIBs inicia-se com a identificação de determinada questão social com baixo ou inexistente amparo do governo competente, pela qual o governo ou o responsável financeiro tenha interesse em arcar com os custos, mas não com os riscos

⁴³⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Green bonds*. riscos e responsabilidade. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, maio 2019, p. 834-861, 839-840. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/green-bonds-riscos-e-responsabilidade-mafalda-miranda-barbosa/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

⁴³⁷ REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125, 68.

⁴³⁸ Para essa e outras diversas estimativas em diferentes anos, ver: MATOS, Pedro. *ESG and responsible institutional investment around the world*. a critical review. CFA Institute Research Foundation, 2020, p. 1; ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 196-197.

⁴³⁹ Cita-se, exemplificativamente, no Reino Unido, o *Innovation Fund*, criado pelo *Department of Work and Pensions* e voltados a projetos para o desenvolvimento da educação e empregabilidade dos jovens; o *Fair Chance Fund*, criado pelo *Department for Communities and Local Governance*, voltado a projetos relacionados à educação, emprego, moradia e pessoas em situação de rua, além do *Bridge SIBs Fund*, criado pelo *Bridge Ventures*, e focado na melhora da qualidade de vida de crianças, jovens adultos e idosos (URBAN, Mariana. ESG, *social impact bonds* e violação a direitos humanos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 151-160, 15)

⁴⁴⁰ URBAN, Mariana. ESG, *social impact bonds* e violação a direitos humanos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 151-160, 151.

de falhas no projeto, que ficam a cargo do investidor. Os projetos são tipicamente voltados a áreas como trabalho, emprego, habitação, saúde, bem-estar infantil e familiar, educação, pobreza e meio-ambiente⁴⁴¹. Acompanham-se, então, os resultados do investimento por métricas a serem estabelecidas com o modelo financeiro do SIB.

No âmbito nacional, as SIBs caminham em estágio inicial, tendo sido a primeira experiência realizada pela Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade – SEPEC, vinculada ao Ministério da Economia, em fevereiro de 2020. Tem por meta aprimorar a qualificação profissional de jovens de 18 a 29 anos, e pretende colaborar com ao menos 800 jovens para que conquistem empregos com duração de, no mínimo, 4 meses, com empregabilidade ao menos 8% superior ao grupo de controle, formado por 1200 jovens que serão a referência para comparação do sucesso, ou não, do projeto e, conseqüentemente, do retorno financeiro aos investidores.

Também os Estados do Ceará e de São Paulo iniciaram estudos de viabilidade de implementação de SIBs, respectivamente voltadas à redução de ocupação de leitos hospitalares destinados a pacientes crônicos de longa permanência e para a diminuição da evasão escolar⁴⁴².

Cabe narrar a experiência do Núcleo de Prática Jurídica da FGV Direito Rio ao Instituto JNG⁴⁴³, consoante relatado por Carlos Augusto Junqueira⁴⁴⁴. O Instituto JNG tem por meta promover a autonomia de adultos com déficit cognitivo para que possam morar sozinhos, com plena independência, mas com apoio individualizado, propiciando aos beneficiários qualidade de acomodações, tendo por base o modelo da *Ability Housing*,

⁴⁴¹ URBAN, Mariana. ESG, *social impact bonds* e violação a direitos humanos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 151-160, 152.

⁴⁴² URBAN, Mariana. ESG, *social impact bonds* e violação a direitos humanos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 151-160, 154-155.

⁴⁴³ Para saber mais: <https://www.institutojng.org.br/>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁴⁴⁴ JUNQUEIRA, Carlos Augusto. Valores mobiliários para inclusão social: moradia independente de pessoas com deficiência intelectual – breve nota sobre *Ability Housing* e o Instituto JNG. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 241-246.

mantenedora de mais de 700 moradias independentes, envolvendo mais de 1.000 moradores na Inglaterra.

Resumidamente, a estrutura jurídica para captação de recursos proposta ao Instituto JNG sugere a constituição de uma sociedade anônima de propósito específico, controlada, ao menos inicialmente, por associações sem fins lucrativos, na qual: (i) os valores mobiliários emitidos preveem cláusula de inclusão ou impacto social, possibilitando maior ou menor remuneração aos investidores de acordo com os resultados medidos, auditados e alcançados pelo projeto; e (ii) a controladora da emissora é associação do terceiro setor⁴⁴⁵.

O modelo traz a possibilidade de investidores, sabedores do risco assumido, alocarem recursos em projetos que, a um só tempo, facultam rendimento e geram impacto social.

Apesar da nomenclatura de *bonds*, existem diferenças entre *bonds per se* e os SIBs, principalmente no que tange à remuneração do valor investido, atrelado ao cumprimento de metas sociais, pelo que se sustenta que os SIBs podem ser considerados mais um contrato futuro para financiamento de determinados projetos de impacto social do que, propriamente, uma emissão voltada à captação de recursos para um governo ou companhia. O capital alocado é devolvido aos investidores se o projeto alcançar as diretrizes sociais e metas projetadas, hipótese em que o governo pagará aos investidores o valor esperado de retorno, consistente no principal e juros. Caso as metas não sejam atingidas, o governo ficará isento de pagamento, e o encargo caberá às instituições intermediárias, se houver, e investidores⁴⁴⁶.

Os denominados *social bonds* prescindem de uma plataforma ou determinado meio para que possam ser emitidos e adquiridos por potenciais investidores, quer seja via contratação com o poder público ou, ausente a participação da administração pública, se

⁴⁴⁵ JUNQUEIRA, Carlos Augusto. Valores mobiliários para inclusão social: moradia independente de pessoas com deficiência intelectual – breve nota sobre *Ability Housing* e o Instituto JNG. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 241-246, 243-244.

⁴⁴⁶ URBAN, Mariana. ESG, *social impact bonds* e violação a direitos humanos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 151-160, 152-153.

efetue como forma de investimento inteiramente privado, com emissão de valor mobiliário ou de título de dívida⁴⁴⁷, do que se extrairá a natureza do investimento.

Também podem servir de exemplo alguns *cases* brasileiros de *social bonds*, mas sem a participação do poder público, a saber:

(i) em 2020, por meio da emissão de letra financeira pelo BID Invest, ligado ao Banco Interamericano de Desenvolvimento, e emitido pelo Banco ACB Brasil S.A., com o objetivo de financiar carteiras de empresas médias geridas pelo Banco ABC, à luz da crise gerada pela COVID-19;

(ii) captação de recursos do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (“MST”) para financiamento da produção de alimentos orgânicos em cooperativas, com a emissão de certificado de recebíveis do agronegócio (“CRA”), passível de aquisição pelo público em geral, nos termos da Instrução CVM nº 400/2013;

(iii) captação externa de US\$ 1 bilhão, envolvendo a Suzano, com destinação de recursos vinculados à diversidade de gênero na liderança e economia de água, em que a Companhia se comprometeu a ter 30% dos cargos de liderança ocupados por mulheres até 2025 e a reduzir a utilização de água em 12,4% nas suas operações industriais até 2026, tendo como ano-base o de 2018. Caso não sejam atingidas as metas no período anunciado, os juros serão aumentados ao percentual de 12,5% ao ano.

Há que se considerar, por outro lado, que, no âmbito da criação de carteiras pelos investidores, utiliza-se estratégia típica de busca por *impact investments* e também de abstenção de investimentos em produtos financeiros que sejam moralmente reprováveis, o que exclui projetos contraditórios às diretrizes ESG (*negative screening*)

⁴⁴⁷ URBAN, Mariana. ESG, *social impact bonds* e violação a direitos humanos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 151-160, 152-153.

⁴⁴⁸, pelo que, sob tal perspectiva, a companhia deve considerar sua atuação ativa, com desenvolvimento de projetos alicerçados em ESG, mas também negativa, no sentido de que deve se abster de agir contraditoriamente aos fatores ESG.

Com a disponibilização de tais instrumentos, é de relevo a criação de um quadro legal sólido e que contenha critérios claros e transparentes de elegibilidade dos investimentos em iniciativas ESG⁴⁴⁹.

No Brasil, entre as regras e procedimentos para que determinado fundo de renda fixa e de ações possa ser considerado de investimento sustentável, cita-se a criada pela Associação Brasileira de Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (“ANBIMA”), do ano de 2022, denominada Regras e Procedimentos para Identificação de Fundos de Investimento Sustentável⁴⁵⁰. Trata-se de instrumento obrigatório para instituições associadas à ANBIMA, ou àquelas aderentes aos Códigos ANBIMA.

Tais espécies de fundos são regulados pela Resolução CVM nº 175/2022, sendo que art. 49 de referida norma estabelece que fundos cujo regulamento e o anexo descritivo da classe de cotas refiram-se a fatores ambientais, sociais e de governança, como ESG, ASG, ambiental, verde, social, sustentável, ou quaisquer outros termos correlatos à finança sustentável, deverão informar, em seus respectivos regulamentos, os benefícios esperados, eventuais entidades certificadoras responsáveis, entre outros dados⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Green bonds*. riscos e responsabilidade. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, maio 2019, p. 834-861, 835. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/green-bonds-riscos-e-responsabilidade-mafalda-miranda-barbosa/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

⁴⁴⁹ COSTA, Lígia Maura. ESG. caminho sustentável e inclusivo das empresas no mundo dos negócios jurídicos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 113-119, 119.

⁴⁵⁰ ANBIMA. Regras e Procedimentos para Identificação de Fundos de Investimento Sustentável. Disponível em: https://www.anbima.com.br/data/files/40/31/C5/25/AA40C710E480CEB76B2BA2A8/10.%20Regras_procedimentos_Fundos%20IS_AP.pdf. Acesso em: 7 ago. 2023.

⁴⁵¹ Art. 49. O regulamento do fundo e o anexo descritivo da classe de cotas cuja denominação contenha referência a fatores ambientais, sociais e de governança, tais como “ESG”, “ASG”, “ambiental”, “verde”, “social”, “sustentável” ou quaisquer outros termos correlatos às finanças sustentáveis, deve estabelecer:

I – quais os benefícios ambientais, sociais ou de governança esperados e como a política de investimento busca originá-los;

Em especial, segundo o parágrafo único do artigo 49 da mencionada Resolução, “caso a política de investimento integre fatores ambientais, sociais e de governança às atividades relacionadas à gestão da carteira, mas não busque originar benefícios socioambientais, fica vedada a utilização dos termos referidos no caput”.

II.2.3. Mercado de carbono

Sob a tutela da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, decidiu-se que era necessário estabelecer metas e técnicas concretas para redução de emissões de gases de efeito estufa, o que se deu, inicialmente, por meio do Protocolo de Quioto.

Referido Protocolo estabeleceu que os países constantes do seu Anexo I, qualificados como desenvolvidos e os de economia em transição para o capitalismo, conhecidos tecnicamente como Países Anexo I – em oposição àqueles países em desenvolvimento, chamados tecnicamente de Partes não-Anexo I, entre eles o Brasil –, deveriam implementar medidas para mitigação dos efeitos negativos das mudanças climáticas, assim como reduzir emissões, consoante as regras de seu artigo 3(1), que assim estabelece:

The Parties included in Annex I shall, individually or jointly, ensure that their aggregate anthropogenic carbon dioxide equivalent emissions of the greenhouse gases listed in Annex A do not exceed their assigned amounts, calculated pursuant to their quantified emission limitation and reduction commitments inscribed in Annex B and in accordance with the provisions of

-
- II – quais metodologias, princípios ou diretrizes são seguidas para a qualificação do fundo ou da classe, conforme sua denominação;
 - III – qual a entidade responsável por certificar ou emitir parecer de segunda opinião sobre a qualificação, se houver, bem como informações sobre a sua independência em relação ao fundo; e
 - IV – especificação sobre a forma, o conteúdo e a periodicidade de divulgação de relatório sobre os resultados ambientais, sociais e de governança alcançados pela política de investimento no período, assim como a identificação do agente responsável pela elaboração do relatório.

Parágrafo único. Caso a política de investimento integre fatores ambientais, sociais e de governança às atividades relacionadas à gestão da carteira, mas não busque originar benefícios socioambientais, fica vedada a utilização dos termos referidos no caput, devendo o regulamento dispor acerca da integração dos referidos fatores à política de investimento.”.

*this Article, with a view to reducing their overall emissions of such gases by at least 5 per cent below 1990 levels in the commitment period 2008 to 2012*⁴⁵².

O Protocolo de Quioto inaugurou, ainda, o que veio a ser denominado mercado de carbono, por meio de seu artigo 6⁴⁵³, ao possibilitar que as partes do acordo

⁴⁵² Tradução livre: “As Partes incluídas no Anexo I deverão, individual ou conjuntamente, garantir que as suas emissões antrópicas equivalentes de dióxido de carbono agregadas dos gases de efeito estufa listados no Anexo A não excedam as quantidades atribuídas, calculadas de acordo com seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões inscritos no Anexo B e de acordo com as disposições deste artigo, com vista a reduzir as suas emissões globais desses gases em pelo menos 5 por cento abaixo dos níveis de 1990 no período de compromisso de 2008 a 2012”.

⁴⁵³ “Article 6

1. For the purpose of meeting its commitments under Article 3, any Party included in Annex I may transfer to, or acquire from, any other such Party emission reduction units resulting from projects aimed at reducing anthropogenic emissions by sources or enhancing anthropogenic removals by sinks of greenhouse gases in any sector of the economy, provided that:
 - (a) Any such project has the approval of the Parties involved;
 - (b) Any such project provides a reduction in emissions by sources, or an enhancement of removals by sinks, that is additional to any that would otherwise occur;
 - (c) It does not acquire any emission reduction units if it is not in compliance with its obligations under Articles 5 and 7; and
 - (d) The acquisition of emission reduction units shall be supplemental to domestic actions for the purposes of meeting commitments under Article 3.
2. The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Protocol may, at its first session or as soon as practicable thereafter, further elaborate guidelines for the implementation of this Article, including for verification and reporting.
3. A Party included in Annex I may authorize legal entities to participate, under its responsibility, in actions leading to the generation, transfer or acquisition under this Article of emission reduction units.
4. If a question of implementation by a Party included in Annex I of the requirements referred to in this paragraph is identified in accordance with the relevant provisions of Article 8, transfers and acquisitions of emission reduction units may continue to be made after the question has been identified, provided that any such units may not be used by a Party to meet its commitments under Article 3 until any issue of compliance is resolved”.

Tradução livre:

“Artigo 6.º

1. Para efeitos de cumprir os seus compromissos nos termos do Artigo 3.º, qualquer Parte incluída no Anexo I pode transferir ou adquirir de qualquer outra Parte unidades de redução de emissões resultantes de projetos destinados a reduzir as emissões antropogénicas por fontes ou a aumentar as remoções antropogénicas por sumidouros de gases com efeito de estufa em qualquer setor da economia, desde que:
 - (a) Qualquer projeto desse tipo tenha a aprovação das Partes envolvidas;
 - (b) Qualquer projeto desse tipo proporcione uma redução nas emissões por fontes, ou um aumento nas remoções por sumidouros, que é adicional a qualquer outra que ocorreria de outra forma;

possam transferir ou adquirir de qualquer outra parte do Protocolo, unidades de redução de emissão, resultantes de projetos visando à redução de emissão, sob a condição de que o projeto em questão tenha a aprovação das partes envolvidas, resulte em diminuição de emissão e de que o adquirente dos créditos resultantes da redução observe outras obrigações essenciais do Protocolo, a saber, as constantes de seus artigos 3º, 5º e 7º.

Como explicado,

com o Protocolo de Kyoto, cresceu a possibilidade de o carbono tornar-se moeda de troca, a partir do momento em que países assinantes do acordo podem comprar e vender créditos de carbono. Obtidos em negociações internacionais, os créditos de carbono são adquiridos por países com emissão reduzida de CO₂, que fecham negócio com países poluidores. Para cada tonelada de carbono reduzida, o país recebe um crédito. A quantidade de créditos de carbono recebida varia, portanto, de acordo com o volume da redução de CO₂. Os países que mais negociam esses créditos são os da União Europeia e o Japão⁴⁵⁴.

Em outras palavras, a redução das emissões passa a ter valor econômico, correspondendo a um crédito de carbono que pode ser negociado no mercado internacional: os chamados mercados de carbono⁴⁵⁵.

-
- (c) Não adquire quaisquer unidades de redução de emissões se não cumprir as suas obrigações nos termos dos artigos 5.º e 7.º; e
- (d) A aquisição de unidades de redução de emissões será complementar às ações nacionais para fins de cumprimento dos compromissos nos termos do Artigo 3.º
2. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo poderá, em sua primeira sessão ou logo que possível, elaborar mais orientações para a implementação do presente artigo, inclusive para verificação e elaboração de relatórios.
3. Uma Parte incluída no Anexo I poderá autorizar pessoas jurídicas a participar, sob sua responsabilidade, em ações que levem à geração, transferência ou aquisição, nos termos deste Artigo, de unidades de redução de emissões.
4. Se uma questão de implementação por uma Parte incluída no Anexo I dos requisitos referidos neste parágrafo for identificada de acordo com as disposições relevantes do Artigo 8, as transferências e aquisições de unidades de redução de emissões poderão continuar a ser feitas após a questão ter sido resolvida, desde que tais unidades não possam ser utilizadas por uma Parte para cumprir os seus compromissos nos termos do Artigo 3 até que qualquer questão de conformidade seja resolvida”.

⁴⁵⁴ AGÊNCIA SENADO. *Protocolo de Kyoto..* Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/protocolo-de-kyoto>. Acesso em 13 dez. 2023.

⁴⁵⁵ SÁ, Aline Aparecida Lourenço Gomes de; TREVIZAN, Ana Flávia. Um breve panorama do mercado de carbono europeu. análise e lições aprendidas. In: SION, Alexandre Oheb; FRANÇA, Lucyléa Gonçalves (Coord.). *ESG. novas tendências do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Synergia, 2021, p. 43-49, 43.

Apesar dos esforços, o Protocolo de Quioto não atingiu os objetivos almejados, quer seja pela não adesão de países como Estados Unidos da América, quer seja porque excluiu, em grande parte, países em desenvolvimento, focando-se nos industrializados, tratando a questão climática de maneira regional – e não global, com mudança efetiva por todos os países do planeta –, quer seja porque não implementou sanções adequadas para sua não observância.

Subsequentemente, já com as lições aprendidas pelas deficiências existentes no Protocolo de Quioto, a emissão zero, prevista pelo Acordo de Paris – também firmado sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima –, a ser implementada até o ano de 2050, para evitar aquecimento global de 1.5°C, estabeleceu nova guinada, convencionalmente denominada *carbon pledge*, liderada por grandes companhias do mundo corporativo. Entre as consequências dos objetivos traçados, alinham-se a redução de emissão de gases causadores do efeito estufa, investimentos para atingimento da meta zero de emissão de carbono e, notadamente, a possibilidade de compensar emissões residuais com créditos de carbono, com aquisição de crédito no mercado⁴⁵⁶, essencialmente prevista por seu artigo 6º, parágrafo 4º⁴⁵⁷.

Por meio de tal mecanismo, “*a company in one country can reduce emissions in that country and have those reductions credited so that it can sell them to another*”

⁴⁵⁶ ASSUNÇÃO, Thiago. *Revista Mosaicos Estudos em Governança, Sustentabilidade e Inovação*. Curitiba, v. 3, n. 1, 2021, p. 17-34, 22-23.

⁴⁵⁷ Artigo 6º

4. Fica estabelecido um mecanismo para contribuir para a mitigação de emissões de gases de efeito estufa e apoiar o desenvolvimento sustentável, que funcionará sob a autoridade e orientação da Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Acordo, que poderá ser utilizado pelas Partes a título voluntário. O mecanismo será supervisionado por um órgão designado pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Acordo e terá como objetivos:
 - (a) Promover a mitigação de emissões de gases de efeito estufa, fomentando ao mesmo tempo o desenvolvimento sustentável;
 - (b) Incentivar e facilitar a participação na mitigação de emissões de gases de efeito de estufa de entidades públicas e privadas autorizadas por uma Parte;
 - (c) Contribuir para a redução dos níveis de emissões na Parte anfitriã, que se beneficiará das atividades de mitigação pelas quais se atingirão resultados de reduções de emissões que poderão também ser utilizadas por outra Parte para cumprir sua contribuição nacionalmente determinada; e
 - (d) Alcançar uma mitigação geral das emissões globais.”.

company in another country”⁴⁵⁸. A adquirente, então, pode valer-se do crédito adquirido para cumprir suas obrigações de redução de emissão, exigindo-se estruturação por parte dos interessados.

No âmbito europeu, por exemplo, a Diretiva 2003/87 cria, à luz de seu considerando 4⁴⁵⁹, e consoante seu artigo 1º, “um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade, (...) a fim de promover a redução das emissões de gases com efeito de estufa em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes”.

Criou-se mecanismo de obtenção de licenças que poderiam, a fim de dar cumprimento aos objetivos estabelecidos na Diretiva, ser transferidas entre pessoas dos Estados-Membros ou, mediante determinadas exigências, entre pessoas dos Estados-Membros e pessoas que não pertençam aos Estados-Membros⁴⁶⁰.

Em resumo, o que se criou foi um mercado de *cap-and-trade*, atuante como mecanismo econômico de controle de emissões, ou seja, por meio da política climática europeia, foi estruturado mercado regulado para redução das emissões de gases de efeito estufa. Há fixação de um *cap*, isto é, um teto impondo limite máximo de emissão para determinados setores da economia. Posteriormente, são alocadas permissões para os diferentes agentes econômicos, o que estimula a redução na emissão por determinados

⁴⁵⁸ UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Paris Agreement Crediting Mechanism*. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/article-64-mechanism>. Acesso em 13 dez. 2023. Tradução livre: “uma empresa em um país pode reduzir as emissões nesse país e ter essas reduções creditadas para que possa vendê-las a outra empresa em outro país”.

⁴⁵⁹ DIRECTIVA 2003/87/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO:

“O Protocolo de Quioto, aprovado pela Decisão 2002/ /358/CE do Conselho, de 25 de Abril de 2002, relativa à aprovação, em nome da Comunidade Europeia, do Protocolo de Quioto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas e ao cumprimento conjunto dos respectivos compromissos (7), logo que entre em vigor, obrigará a Comunidade e os seus Estados-Membros a reduzir as suas emissões antropogênicas agregadas de gases com efeito de estufa enumeradas no anexo A do protocolo em 8%, em relação aos níveis de 1990, no período de 2008 a 2012”.

⁴⁶⁰ DIRECTIVA 2003/87/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO:

“Artigo 12.º Transferência, devolução e anulação de licenças de emissão

1. Os Estados-Membros devem assegurar a possibilidade de transferência de licenças de emissão entre: a) Pessoas no interior da Comunidade; b) Pessoas no interior da Comunidade e pessoas de países terceiros nos quais essas licenças de emissão sejam reconhecidas nos termos do artigo 25.º, sem outras restrições que não sejam as estabelecidas na presente directiva ou aprovadas nos termos da mesma.”

setores e estimula a compra de permissão por empresas menos eficientes e que não atingiram o teto das emissões⁴⁶¹.

O Protocolo de Quioto contemplou três mecanismos de flexibilização, a saber, Comércio de Emissões⁴⁶², Implementação Conjunta⁴⁶³ e Mecanismo de Desenvolvimento Limpo⁴⁶⁴ (“MDL”), que é o único a permitir a participação dos países do não-Anexo 1 e objeto desse estudo.

Por meio do MDL, um país do Anexo 1 pode comprar créditos de carbono, denominados “reduções certificadas de emissões” (RCEs), resultantes de atividades de projeto desenvolvidas em qualquer país em desenvolvimento que tenha ratificado o Protocolo, desde que o governo do país onde ocorrem os projetos concorde que a atividade de projeto é voluntária e contribui para o desenvolvimento sustentável nacional. Em tal modalidade, o proponente deve elaborar, inicialmente, um documento de concepção do projeto, aplicando metodologia previamente aprovada pelo Comitê Executivo do MDL para definição de linha de base e monitoramento⁴⁶⁵.

Após a elaboração do documento, o projeto precisa ser validado por uma Entidade Operacional Designada e aprovado pela Autoridade Nacional Designada, que, no Brasil, até o ano de 2020, era a Comissão Interministerial de Mudança Global do

⁴⁶¹ SÁ, Aline Aparecida Lourenço Gomes de; TREVIZAN, Ana Flávia. Um breve panorama do mercado de carbono europeu. análise e lições aprendidas. In: SION, Alexandre Oheb; FRANÇA, Lucyléa Gonçalves (Coord.). *ESG. novas tendências do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Synergia, 2021, p. 43-49, 45.

⁴⁶²Ver a respeito: UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Emissions Trading*. Disponível em: <https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/mechanisms/emissions-trading>. Acesso em 13 dez. 2023.

⁴⁶³Ver a respeito: UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Joint Implementation*. Disponível em: http://unfccc.int/kyoto_protocol/mechanisms/joint_implementation/items/1674.php. Acesso em 13 dez. 2023.

⁴⁶⁴Ver a respeito: UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *El mecanismo para un desarrollo limpio del Protocolo de Kyoto puede marcar el camino hacia un futuro con bajo consumo de carbono: nuevo Presidente de la Junta Ejecutiva del MDL*. Comunicado de Prensa. Disponível em: https://unfccc.int/files/press/news_room/press_releases_and_advisories/application/pdf/20070216_eb2_9_cdm_press_release_leading_the_wayspanish.pdf. Acesso em 13 dez. 2023.

⁴⁶⁵ AGÊNCIA SENADO. *Protocolo de Kyoto*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/protocolo-de-kyoto>. Acesso em 13 dez. 2023.

Clima, criada pelo Decreto Presidencial de 7 de julho de 1999, hoje revogado pelo Decreto 10.233/2020.

Uma vez aprovados e validados, os projetos são submetidos ao Conselho Executivo da *United Nations Framework Convention on Climate Change* para registro. Inicia-se, então, o monitoramento e a verificação das reduções de emissões do gás de efeito estufa pertinentes ao projeto, para, finalmente, serem emitidas as Reduções Certificadas de Emissões.

Deve-se ter em vista que o mercado de carbono pode operar em diversas frentes, isto é, o crédito pode ser gerado por meio de diferentes iniciativas, como no âmbito florestal, o que traz grande potencial ao Brasil.

A *United Nations Framework Convention on Climate Change*, por meio da 13ª Conferência das Partes (COP 13⁴⁶⁶), em 2007, instituiu o mecanismo denominado Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação Florestal (“REED”), permitindo que áreas florestadas sejam consideradas para fins de redução de emissões. Posteriormente, o mecanismo foi ampliado e passou a englobar atividades de conservação, manejo sustentável e aumento dos estoques em países em desenvolvimento, originando o REED⁴⁶⁷.

Resulta do exposto a instituição de Cotas de Reserva Ambiental (CRAs), regulamentado, no Brasil, por meio do Decreto 9.640/2018, com previsão dos procedimentos de emissão, registro, transferência, utilização e cancelamento da CRA, inaugurada, por sua vez, pelo art. 44 da Lei nº 12.651/2012.

De relevo a instituição, pela Lei nº 13.576/2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio) e dá outras providências, do Crédito de Descarbonização (“CBIO”), que passa a ter caráter de ativo comercializável, mediante certificação por instituições financeiras. A lei é regulamentada pelo Decreto nº 9.888/2019, impondo metas de redução, além de ser objeto de portarias pelo Ministério

⁴⁶⁶ UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Disponível em: <https://unfccc.int/event/cop-13>. Acesso em 13 dez. 2023.

⁴⁶⁷ UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Disponível em: <https://redd.unfccc.int/>. Acesso em 13 dez. 2023.

de Minas e Energia e de resoluções pela Agência Nacional do Petróleo, visando dar exequibilidade à instituição das CBIOS e de sua comercialização. O regime impõe obrigatoriedade de aquisição de CBIOS por algumas empresas desenvolvedoras de produção de combustíveis fósseis.

Já a Lei nº 14.119/2021, que instituiu a denominada Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, prevê em seu artigo 3º, inciso III, entre outros dispositivos, a possibilidade de mercado de carbono na esfera florestal.

No caminho para a criação de um ambiente regulado de carbono no Brasil, faz-se menção ao Decreto 11.075/2022. Estabelece os procedimentos para a elaboração dos Planos Setoriais de Mitigação das Mudanças Climáticas, institui o Sistema Nacional de Redução de Emissões de Gases de Efeito Estufa (“SINARE”) para o Mercado Brasileiro de Registro de Emissões (“MBRE”).

O SINARE é a plataforma que viabilizará a negociação de títulos representativos das reduções, devidamente certificadas, no âmbito de projetos desenvolvidos nos programas de certificação a serem implementados.

Por sua vez, está em trâmite o projeto de lei nº 412/2022, que busca regulamentar o mercado de carbono no Brasil, tendo sido aprovado em 4 de outubro de 2023 por unanimidade na Comissão de Meio Ambiente do Senado Federal, em caráter terminativo, com aprovação também na Câmara dos Deputados.

Propõe-se a criação do Sistema Brasileiro de Comércio de Emissões de Gases de Efeito Estufa (“SBCE”), em ambiente regulado, a ser implementado por fases, com possibilidade de comercialização de ativos representativos de emissão, redução ou remoção de gases de efeito estufa, a serem considerados valores mobiliários nos termos da Lei das S.A., com o objetivo de cumprir, entre outros, os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

Existe, ainda, o projeto de lei, nº 1425/2022, regulando “a exploração da atividade de armazenamento permanente de dióxido de carbono de interesse público, em reservatórios geológicos ou temporários, e seu posterior reaproveitamento”, o que possibilita a criação de *hubs* de captura de carbono, por meio de outorgas governamentais,

denominadas “CCS”, com potencial reutilização em outros processos produtivos, em economia circular.

Entende-se ter o Brasil grande potencial para criação de tais *hubs*, com oportunidade de descarbonização para indústrias como as de óleo e gás.

Nota-se, portanto, que a importância do mecanismo e de sua regulação ultrapassa a mera comercialização de crédito, com movimentação econômica, pois assegura que determinadas indústrias, como a de petróleo, por exemplo, possam continuar a exercer suas atividades, ainda que potencial ou efetivamente poluidoras, a partir de contribuições de projetos que absorvam a atividade potencial ou efetivamente poluidora de tais segmentos econômicos.

II.3. Conclusões parciais

A adoção das práticas ESG veio ao encontro da geração de valor aos acionistas no longo prazo, visto que a consideração dos fatores ESG na escolha de investimentos não se limita ao espírito altruísta das companhias e dos investidores, tendo efeitos diretos nos bons resultados empresariais.

Organizações que verdadeiramente atuem em consonância com as premissas ESG têm a possibilidade de identificar riscos, antever oportunidades, incrementar valor aos bens e serviços prestados, diminuir custos financeiros atrelados à obtenção de capital etc., tudo impactando a longevidade empresarial – notadamente em momentos de crise, como de desastres naturais ou outros eventos catastróficos, valendo exemplificar com a pandemia de Covid-19 – e asseverando a competitividade. Há, por exemplo, na ação de determinadas práticas ambientais, aumento de eficiência que majora o valor de mercado daqueles que adotam – refletindo, ademais, no aumento da eficiência das contratações de cadeia de suprimentos.

Sob o aspecto social, em sua vertente de diversidade, sua implementação pode trazer ganhos consideráveis para as instituições que a empregam, traduzindo-se em vantagem competitiva, explicada pelo aumento da criatividade e pela capacidade de resolver problemas que surgem dos obstáculos presentes na economia capitalista fundada na competitividade.

Ignorar as práticas pautadas em ESG abalam, irrefutavelmente, ativo de extrema valia das pessoas, qual seja, a reputação, além de tender à obsolescência das práticas institucionais.

De outro lado, firmado que está o ESG na agenda dos negócios, tem-se a criação de novos ramos de exploração da atividade econômica, bem assim o aprimoramento de modelos de negócio pré-existentes. Criam-se, entre outros institutos, agências de notação de risco, intensifica-se a criação de valores mobiliários para inclusão social e focados em questões ambientais que maximizam o mercado de excedentes de carbono, o que permite, em última análise, a operação de diversas companhias relevantes para o desenvolvimento social e econômico.

PARTE B – CONTRATAÇÕES ESG E RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Em articulado texto⁴⁶⁸ (talvez um dos poucos⁴⁶⁹ estudos publicados no Brasil dedicados exclusivamente ao tema que perpassa a resolução contratual pela violação de contratações ESG), questionou-se quais seriam as consequências da violação, por um dos contratantes, das contratações ESG inseridas no corpo contratual, em particular se poderia configurar inadimplemento contratual a ensejar a resolução contratual, sob qual categoria dogmática e qual seria o bem jurídico prioritariamente afetado⁴⁷⁰. O texto se referiu, nesse âmbito, ao dever de proteção e à violação positiva do crédito⁴⁷¹.

De fato, segundo a concepção exposta, ocorreria um alargamento do âmbito conceitual do adimplemento e, por consequência, do inadimplemento⁴⁷², de tal modo que o inadimplemento não se restringiria aos interesses envolvidos direta e indiretamente na prestação principal.

⁴⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 316. .

⁴⁶⁹ Também se dedicaram ao assunto: TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 31, jan./mar. 2022, p. 135-165.

⁴⁷⁰ “i) quando Cláusulas ESG estiverem a compor o conteúdo contratual, ainda que em negócios jurídicos situados per relationem a determinado contrato, que consequências advêm de sua violação?”;

(ii) “Poderia, a sua violação, configurar inadimplemento contratual?”;

(iii) “Qual é a categoria dogmática adequada à sua qualificação jurídica?”;

(iv) “Que bem jurídico estará prioritariamente afetado?”;

(v) “Pode ser caracterizada a perda do interesse do credor na continuidade da relação, de modo a justificar a extinção, por resolução contratual?” (MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 316.

⁴⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 330.

⁴⁷² Ver também: NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 41.

Há interesses – e correspectivos deveres –, denominados laterais, pois se ligam apenas remotamente à dita prestação principal, mas que, não por isso, se mostram irrelevantes para que o plano contratual atinja sua finalidade, concebida a ideia de que a relação obrigacional não se resume ao elo de vinculação entre o sujeito credor e a prestação que à qual se obriga o devedor. A inobservância de tais deveres remonta ao grupo de casos que maior interesse dogmático desperta e que maiores desafios proporcionam ao intérprete-aplicador⁴⁷³.

A noção de adimplemento, consistente na realização da prestação a que o devedor se encontra vinculado, por sua abrangência e abstração, surge como conceito quadro, passível de concretizações diversas, a depender do que se conceba acerca da natureza da prestação e da própria natureza do cumprimento⁴⁷⁴.

Sob enfoque distinto, em outro escrito que abordou o assunto⁴⁷⁵, os autores indicam que a ação contrária aos ditames ESG suscita, se dessa forma previsto em cláusula resolutiva expressa, o comprometimento do interesse da parte na relação contratual, o que permitiria sua cessação⁴⁷⁶, pois subentende-se que deveres principais de prestação, embora constituam o centro do negócio, não são os únicos que demandam atenção pelos contraentes no momento da celebração e da execução do contrato⁴⁷⁷.

Inexiste referência direta à resolução contratual por violação de contratações ESG com esteio em afronta ao dever de prestar, propriamente dito, isto é, contemplando os deveres primários da prestação e os deveres acidentais da prestação.

⁴⁷³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutorio: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, 68.

⁴⁷⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 70.

⁴⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 316.

⁴⁷⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 31, p. 156, jan./mar. 2022.

⁴⁷⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 31, p.138, jan./mar. 2022.

Apesar disso, entende-se ser possível que contratações ESG não resguardem apenas interesses remotamente vinculados à prestação principal, os deveres laterais, podendo ser, elas próprias, o elemento definidor do negócio jurídico, integrando a prestação principal.

Apenas para exemplificação do problema, conceba-se a existência de contratos de gestão de recursos financeiros prevendo que o gestor⁴⁷⁸ apenas poderá alocar o patrimônio gerido em empresas que contenham projetos atrelados à responsabilidade social ativos, devendo realizar desinvestimento sempre que os projetos forem descontinuados. As contratações ESG aí presentes não se inserem à margem da prestação principal, mas as constituem. Note-se, para o primeiro exemplo citado, que a prestação principal, de investimento de recursos, está intimamente relacionada a um pacto que decorre de fatores ESG; ela qualifica o investimento a ser realizado. Parece cabível questionar, nesse contexto, se não seria mais adequado, dogmaticamente, fundar a eventual resolução contratual pela violação da obrigação de alocar e manter recursos apenas em companhias que tenham projetos sociais em funcionamento, em afronta ao próprio dever de prestar.

De outro lado, pode-se imaginar contratação análoga, mas prevendo que o gestor, *em seus investimentos próprios*, apenas aloque recursos em empresas que contenham projetos atrelados à responsabilidade social em funcionamento, devendo realizar desinvestimento sempre que os projetos forem descontinuados. Nessa hipótese, tem-se contratação ESG de função distinta daquela anteriormente relatada. É preciso perquirir, em caso de eventual descumprimento da obrigação relacionada à característica de investimento dos recursos próprios do gestor, intimamente ligada a um caractere pessoal do devedor, qual o interesse afrontado e correspectiva obrigação violada e se tal fato autorizaria a resolução contratual.

Tome-se, ainda, como exemplo, a contratação de empresa especializada na destinação de determinados resíduos potencialmente lesivos ao meio ambiente,

⁴⁷⁸Ver a esse respeito: WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 693-713.

resultantes do processo produtivo da contratante. Tem-se, aí, em tese, contratação ESG, mas em que medida e como é afetado o direito resolutivo do credor em caso de violação definitiva do avençado?

Os mesmos questionamentos se impõem ao se conceber determinado contrato de prestação de serviços que contemple a estruturação de programa de *compliance* de determinada instituição ou, ainda, de contrato de compra e venda de veículos elétricos de que determinada empresa passará a se valer, em substituição de sua frota de veículos à combustão.

Entender as variadas funções que podem ser exercidas pelas contratações ESG, quer seja em tese, quer seja concretamente no contexto de cada contratação em particular, é de grande relevância, pois auxiliará na identificação do bem jurídico que se pretende tutelar com sua integração ao texto contratual. É tema afeto ao direito das obrigações e com grande repercussão em diversas modalidades de contratações empresariais.

O direito obrigacional exerce grande influência na vida econômica, sendo que, por meio das *relações obrigacionais*, se estrutura o regime econômico da atividade produtiva e o regime de permuta de bens, o que é acentuado pela inexistência de limites, senão em princípios gerais que trazem à autonomia privada larga margem de provocação de efeitos jurídicos consoante os mais variados interesses que tutela⁴⁷⁹.

Nesse contexto, entra em cena a estrutura da obrigação, tema que não se mantém indiferente ao tempo nem à evolução dos negócios.

Em contraposição à concepção denominada monista⁴⁸⁰, que apresenta a obrigação como um vínculo pelo qual o credor tem o direito a uma prestação do devedor, reconhece-se que a relação obrigacional é formada pela articulação dinâmica de multiplicidade de pretensões, obrigações e interesses⁴⁸¹, sintetizada na formulação de Karl

⁴⁷⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8.

⁴⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 266.

⁴⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 328.

Larenz, qual seja a “obrigação como totalidade”, ao que se acresce a ideia de “obrigação como processo”⁴⁸².

Assim, marcada pela complexidade de deveres que abrange, a relação obrigacional é vista como uma totalidade complexa, pelo que os interesses envolvidos na relação contratual também são afetados por tal complexidade. Traduz-se a obrigação como organismo para exprimir sua complexidade interna⁴⁸³.

O mesmo caráter dinâmico da obrigação justifica avaliar a dogmática da estrutura da obrigação à luz das contratações ESG. De fato, a teoria clássica da obrigação evita explicar como o contraente pode ter direitos à conduta de sua contraparte sem invadir a pessoa do devedor⁴⁸⁴.

No Brasil, pode-se dizer que a concepção de que a relação obrigacional congrega as prestações principais, as secundárias e os deveres acessórios ou laterais ganhou força, mesmo sendo inexistente disposição legal específica nesse sentido⁴⁸⁵.

As diferentes acepções de interesses e deveres que dão caráter de organismo à relação obrigacional serão discutidas em tópico próprio mais adiante. Para o que diz respeito ao tema da presente exposição, deve-se ter em pauta que a relação obrigacional pode ser formada tendo por premissa que diversos são os feixes de interesses dos contraentes, superando-se a relação creditícia estática e fundada no binômio crédito-débito. Daí que exsurtem direitos e correspondentes deveres não relacionados especificamente à obrigação de prestar (a mera entrega da coisa vendida com o pagamento do respectivo preço, por exemplo).

⁴⁸² O termo tenciona sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. Explica Clóvis do Couto e Silva que, quer se defina a relação como complexidade, como estrutura ou como forma, como diferentes autores se propuseram a desenvolver, a mesma ideia sempre se reafirma (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20).

⁴⁸³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 303.

⁴⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 272-273.

⁴⁸⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24.

Consagra-se, assim, a obrigação em dois sentidos, sendo um estrito, abrangendo o direito de crédito e o correspondente dever de prestar, e outro mais amplo, abrangendo todo o conjunto de situações jurídicas geradas no âmbito da relação obrigacional entre o credor e devedor⁴⁸⁶.

Contratações ESG e, mais especialmente, *contratações ESG laterais*, como será delimitado ao longo do estudo, talvez sejam a verificação mais representativa de que a obrigação deve ser vista como um todo ou como um processo, não se limitando à prestação principal e à secundária, também envolvendo deveres laterais, com viés colaborativo e lastreado na boa-fé, de acordo com a função exercida pelo pacto. E ganham grande relevância, dado o contexto histórico e social a que as contratações hodiernas se submetem, aliado ao papel das instituições privadas na consecução dos objetivos do desenvolvimento sustentável.

Propõe-se que contratações ESG são a ponta visível de verdadeiro *iceberg*, que, por sua vez, compreende todas as políticas públicas e – posteriormente corporativas – tendentes à implementação dos ditames do desenvolvimento sustentável.

Como parte de implementação de tais políticas pelas administrações das companhias, para contratarem exige-se que determinados padrões de sustentabilidade sejam também observados por partes relacionadas ou por terceiros que com ela contratam. Tudo reciprocamente, deixando de importar, apenas, o contratante detentor de maior poderio econômico.

Em outros termos, os fatores ESG convertem-se em contratações ESG quando os contraentes pactuam o dever de adstrição a práticas ou condutas consideradas adequadas no domínio da ética empresarial, da sustentabilidade e do respeito aos Direitos Humanos⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. introdução da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 107.

⁴⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 327.

As contratações ESG podem assumir, assim, estrutura complexa, com feixe de atribuições, entre poderes e deveres, destinados tanto ao devedor quanto ao credor⁴⁸⁸. Vale ter em mente que as teorias relativas ao conceito e estrutura da obrigação não surgem de maneira isolada, mas procuram resolver problemas concretos, à luz do circunstancialismo que as viu nascer⁴⁸⁹. Nada mais coerente, pois, que estudar a pauta ESG, como fenômeno recente, à luz do direito das obrigações.

Fórmulas definitórias da obrigação, por envolverem fatores culturais e científicos, são evitadas na generalidade das legislações⁴⁹⁰, o que apenas ratifica que a concepção das obrigações é, efetivamente, fenômeno cultural e, pois, dinâmico.

Sob outro prisma, o direito das obrigações, por versar sobre aquilo que acontece ou vai acontecer, e não sobre aquilo que existe, possui diversidade substancial ímpar. No âmbito de tal área do direito privado, regulam-se as relações individuais entre as pessoas precisamente na área juridicamente relevante, qual seja, em que os contraentes podem exigir condutas uns aos outros, em relação humana, entre pessoas singulares, prendendo-se com a possibilidade de alguém exigir de outrem determinada atuação⁴⁹¹.

Feita tal introdução à Parte B do trabalho, serão tratadas as contratações ESG no Capítulo III, compreendendo-as com especial enfoque nos interesses das partes contratantes ao moldarem tal tipo de contratação. Note-se que os interesses ventilados e discutidos são aqui trazidos no campo abstrato, cabendo ao caso concreto e suas especificidades a devida moldura daquilo que buscaram os contraentes no momento da formação do negócio jurídico. Serão abordadas quatro modalidades distintas de contratações ESG, tudo a depender do grau de vínculo com a prestação principal do negócio jurídico firmado.

Subsequentemente, à luz da estrutura da obrigação e dos requisitos para se operar a resolução contratual por inadimplemento, o Capítulo IV tratará da resolução

⁴⁸⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 23.

⁴⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 299.

⁴⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 28.

⁴⁹¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 52-53.

contratual de contratações ESG, pormenorizando os deveres e interesses de que se reveste o vínculo jurídico, estabelecendo-se as necessárias correlações com as contratações ESG, após o que serão abordados diversos temas afeitos ao inadimplemento e à resolução contratual, visando à responder qual a dogmática que autoriza – e se autoriza – a resolução contratual por violação de obrigações pactuadas por meio de contratações ESG, conforme sua tipologia.

CAPÍTULO III – CONTRATAÇÕES ESG

A vultosa dissipação de modelos jurídicos advinda da globalização trouxe consigo novos paradigmas de valor, *standard* civilizatório que reverbera no tecido normativo, mas que desafia o direito contratual⁴⁹². A ideia é concretizada, entre outras, pela inclusão de valores ESG no âmbito dos negócios.

São vários os exemplos, relativamente recentes, que advém desses novos paradigmas de valor, na esfera do direito contratual privado⁴⁹³. No âmbito esportivo, mais recentemente, cita-se o caso da patrocinadora do Corinthians, VaideBet, que previa a aporte de R\$ 370 milhões na instituição. VaideBet decidiu romper o contrato sob o fundamento de que o Corinthians teria violado a assim denominada cláusula anticorrupção prevista no instrumento negocial⁴⁹⁴, tendo em vista a suspeita de pagamento de comissão pela contratação do patrocínio a um “laranja”.

⁴⁹² MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 320.

⁴⁹³ Ver, entre outros, os seguintes casos: a) do jogador de vôlei Maurício de Souza, ex-jogador da seleção brasileira de vôlei, por declarações homofóbicas veiculadas na *internet*; b) do jogador de futebol Robinho, por acusações e condenação por prática de estupro; c) do segurança do supermercado Carrefour, por ter assassinado consumidor preto, denunciando racismo estrutural e impactando, fortemente, o valor das ações do Carrefour na bolsa de valores – consultar a respeito: FARIAS, Aline Januário; BARREIROS, Nicolay. Análise da adoção da ASG (ambiente, social e governança) no mercado brasileiro e internacional. *Direito Internacional e Globalização Econômica*. 2020, v. 7, n. 7, p. 38-52, 47; d) envolvendo Apple, Microsoft, Alphabet, Dell e Tesla, requeridos em processo reparatório, por terem se beneficiado e ajudado a apoiar o uso de mão de obra de crianças para mineração de cobalto na República Democrática do Congo (MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 313-315); e) do jogador de futebol e ex-atleta da seleção brasileira Daniel Alves, que, em janeiro de 2023, após denunciado e preso por agressões sexuais na Espanha, teve rescindido seu contrato com o time Pumas, do México; f) das Americanas, que, após verificação de inconsistências contábeis, eclodidas no início do ano de 2023, tiveram seu valor de mercado reduzido a patamares ínfimos, acarretando o ajuizamento de recuperação judicial pela companhia. Para ver como os fatores ESG impactam a relação dos gestores de recursos, ver: WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 693-713.

⁴⁹⁴ Segundo o apurado pela imprensa, a cláusula em discussão tem a seguinte redação: “12.1 As partes declaram neste ato que têm conhecimento da legislação brasileira anticorrupção, de prevenção à lavagem de dinheiro e antitruste, incluindo, mas não se limitando, às leis nº 12.846, de 1º de agosto de 2012 (‘Lei Anticorrupção’), decreto federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (‘Lei de Improbidade Administrativa’), lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (‘Lei do CADE’), lei nº 12.813 de 16, de maio de 2013 (‘Lei de Conflitos de Interesses’), em conjunto denominadas as ‘Regras Anticorrupção Brasileiras’, e suas respectivas regulamentações, conforme em vigor nesta data, obrigando-se a cumprir

O direito contratual é desafiado porque, ao mesmo tempo em que é chamado para cumprir seu papel na reverberação de práticas ESG, deve adequar as soluções jurídicas aos novos tempos, dada a importância cada vez mais acentuada que as contratações ESG exercem no mundo dos negócios. Não se trata, hodiernamente e via de regra – a ser verificado caso a caso –, de mera contratação retórica, mas desenhada pelas mãos da governança corporativa, exercendo seu papel na dinâmica das organizações, tal como lhe foi incumbido por meio das demandas históricas relativas ao desenvolvimento sustentável, o que já foi objeto de estudo na Parte A.

Em verdade, os fatores ESG, em sua origem, especificamente no Relatório WCW, não detêm caráter vinculante nem obrigatório. Podem ter caráter obrigacional, contudo, por duas vias: *primeira*, por meio de legislação e regulação que passem a incorporar as recomendações nas normas jurídicas⁴⁹⁵; *segunda*, pela via contratual, em que as partes de um negócio jurídico decidem incluir obrigações nesse sentido em seus contratos⁴⁹⁶.

A capacidade que as disposições contratuais têm de regular, para melhor, aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável é explicada em excerto a seguir

integralmente com seus dispositivos, mediante a abstenção de qualquer atividade que constitua ou possa constituir a violação das Regras Anticorrupção.

12.2 As partes, por si só e por seus conselheiros, diretores, empregados, agentes, representantes, ou quaisquer terceiros se obrigam a conduzir suas práticas comerciais, durante a consecução do presente contrato, de forma ética e em conformidade com os preceitos legais aplicáveis. Na execução deste contrato, as partes declaram e garantem que nenhum de seus conselheiros, diretores, empregados, agentes, representantes, ou quaisquer outros terceiros irão dar, oferecer, prometer, pagar, ou autorizar o pagamento de, direta ou indiretamente, dinheiro ou qualquer coisa de valor a qualquer autoridade governamental, partido político ou candidato e cargo político, empregado da empresa detida ou controlada pelo Estado, empregado de organização internacional pública, consultores, representantes, parceiros, ou quaisquer terceiros, com a finalidade de influenciar qualquer ato, decisão ou omissão de atuar de agente ou governo, ou para assegurar qualquer vantagem indevida, ou direcionar negócios para qualquer pessoa que violem as Regras Anticorrupção Brasileiras.”. Disponível em: <https://ge.globo.com/futebol/times/corinthians/noticia/2024/06/08/tem-multa-qual-o-valor-entenda-o-que-diz-contrato-assinado-entre-corinthians-e-vaidebet.ghtml>. Acesso em: 11 jun. 2024.

⁴⁹⁵ Mesmo não sendo exemplo de norma jurídica refletida a partir do WCW, mas do conceito de desenvolvimento sustentável, o artigo 27 do Decreto nº 59.566/66 prescreve que a inobservância de cláusula asseguradora de recursos naturais enseja a possibilidade de término de contrários de arrendamento agrário. Veja-se: “Art 27. O inadimplemento das obrigações assumidas por qualquer das partes, e a inobservância de cláusula asseguradora dos recursos naturais, prevista no art. 13, inciso II, letra ‘c’, deste Regulamento, dará lugar facultativamente à rescisão do contrato, ficando a parte inadimplente obrigada a ressarcir a outra das perdas e danos causados (art. 92, § 6º do Estatuto da Terra). Sobre o tema da sustentabilidade em contratos agrários, consultar: TABARELLI, Liane. *Contratos agrários e sustentabilidade ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

⁴⁹⁶ MOURA, Anderson Luiz Martins de. ESG e novos riscos jurídicos nas cadeiras de fornecimento de bens e serviços. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 34-42, 35.

transcrito, sendo certo que a ação imediata independe de legislações impondo restrições, por exemplo, à emissão de carbono, facultando aos homens de negócio anteciparem-se ao caminho do carbono zero.

Lawyers advise across every sector of the economy and contractual law governs much of human activity on earth, shaping the economic relationships of our society. Yet contractual law pays little consideration to environmental issues and has not typically been a focus for climate action. Precedent clauses are used repeatedly without thought to their wider environmental or social impact and are the building blocks of contractual law. If you can change the precedent at the right point in the system, you can change contracts that regulate corporate activity and change the world. Businesses wanting to take a lead and transition to a low-carbon way of operating can use contracts to put themselves on a path to net zero without waiting for their greenhouse gas emissions to be regulated by government through legislation. Where laws are enacted, contracts will be required in almost every aspect of transitioning our economy towards net zero emissions. In this way, prior to legislative change, and afterwards, contractual law will be one of the main mechanisms through which net zero and other environmental targets will be realized. How contracts are wired will determine whether climate change and inequality are maintained or remedied⁴⁹⁷.

Vale citar, entre as ocorrências mais antigas, o contrato firmado em 1965 pelos *The Beatles* para suas *performances*, no qual se estabeleceu que o grupo não seria obrigado a se apresentar perante uma audiência segregada⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Tradução livre: “Os advogados aconselham em todos os setores da economia e o direito contratual rege grande parte da atividade humana na Terra, moldando as relações econômicas da nossa sociedade. No entanto, o direito contratual presta pouca atenção às questões ambientais e normalmente não tem sido o foco da ação climática. As cláusulas precedentes são usadas repetidamente sem levar em conta o seu impacto ambiental ou social mais amplo e são os alicerces do direito contratual. Se você conseguir mudar o precedente no ponto certo do sistema, poderá mudar os contratos que regulam a atividade corporativa e mudar o mundo. As empresas que pretendam assumir a liderança e fazer a transição para uma forma de operar com baixas emissões de carbono podem utilizar contratos para se colocar no caminho da neutralidade carbônica, sem esperar que as suas emissões de gases com efeito de estufa sejam reguladas pelo governo através de legislação. Onde as leis forem promulgadas, serão exigidos contratos em quase todos os aspectos da transição da nossa economia para emissões líquidas zero. Desta forma, antes e depois da mudança legislativa, o direito contratual será um dos principais mecanismos através dos quais serão alcançadas as emissões líquidas zero e outras metas ambientais. A forma como os contratos são celebrados determinará se as alterações climáticas e a desigualdade serão mantidas ou remediadas.” (RAMOS, Jennifer. Shifting the mindset of commercial lawyers to rewire contracts, to mitigate climate change more effectively in practice. *The Chancery Lane Project. Environmental Law Review*. v. 23., 2021, s.p. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/14614529211000152>. Acesso em: 25 jul. 2023). Ver também, no que se refere aos direitos humanos e à proteção de terceiros: PARELLA, Kishanthi. Protecting third parties in contracts. *American Business Law Journal*. v. 58, p. 327-386, 2021.

⁴⁹⁸ LIPSON, Jonathan. Promising Justice: contract (as) social responsibility. *Wisconsin Law Review*. 2019, p. 1109-1160. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3508766. Acesso em: 5 abr. 2024.

No âmbito da cadeia de fornecimentos, *supply chain*, ganham importância cláusulas contratuais firmadas por companhias globais que visam adequação dos diferentes fornecedores aos ditames ESG, como são os casos da companhia Maersk e Amazon. Em que pese cláusulas contratuais no âmbito da cadeia de fornecimento terem efeitos limitados sobre as condutas dos fornecedores, estudos demonstram que contratações ESG no âmbito dos contratos de fornecimento estão suficientemente disseminadas e permitem aliviar tensões sobre a prática de *greenwashing*⁴⁹⁹.

Grandes companhias participam de cadeias de fornecimento com inúmeros fornecedores, normalmente sediados em jurisdições sem leis ambientais adequadas ou em nas quais não haja possibilidade de aplicação das normas vigentes; sem falar na dificuldade dos governos locais de regularem tais *players*, resultando em atuação do setor privado no vácuo deixado por algumas autoridades públicas.

Em tais contratações, são comuns previsões determinando aos contraentes a facilitação de realização de auditorias, o dever de revelação de riscos ambientais e o cumprimento dos padrões das regras públicas e privadas em matéria ambiental⁵⁰⁰. Trata-se do braço da governança no âmbito das contratações ou, em outras palavras, “*some contracts are not just an agreement between the parties, but also a form of environmental governance*”⁵⁰¹.

Conquanto seja importante instrumento para alteração das normas sociais, não se deve entender como solução para todos os males, podendo-se, contudo, afirmar se

⁴⁹⁹ VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.

⁵⁰⁰ VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p. Ver também sobre o tema: MOURA, Anderson Luiz Martins de. ESG e novos riscos jurídicos nas cadeias de fornecimento de bens e serviços. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 34-42, 39 e ss.

⁵⁰¹ VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p. Tradução livre: “alguns contratos não são somente um acordo entre as partes, mas também uma forma de governança ambiental”.

tratar de uma nova e potente ferramenta para “*do well while also doing good*”⁵⁰². O recurso cresce em importância, o que é evidenciado pelo fato de que algumas instituições têm difundido cláusulas padrão a serem utilizados em seus negócios jurídicos com suas contrapartes. Alguns exemplos são aquelas resultantes de iniciativas como a *The Chancery Lane Project* (“TCLP”)⁵⁰³ e a atribuída à *American Bar Association*, relativamente aos direitos humanos⁵⁰⁴.

Vale citar nesse contexto interessante decisão proferida no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região⁵⁰⁵ envolvendo as Lojas Renner. Em primeiro grau, foi imposta às Lojas Renner responsabilidade subsidiária como integrante da cadeia de produção envolvendo contratos de fabricação, que, nos termos da decisão, “bastante difundido e distinto da terceirização, dá-se com a contratação de empresas que confeccionam determinados produtos, normalmente do ramo têxtil, e os entregam para as empresas contratantes, já acabados e na forma contratada”.

A sentença exarada em primeiro grau entendeu, para o que aqui importa, que as auditorias realizadas pelas Lojas Renner nos estabelecimentos dos prestadores de serviços caracterizariam ingerência e, portanto, não se trataria de relação puramente comercial, responsabilizando-a, no âmbito dos pleitos formulados pelo Ministério Público, subsidiariamente, como integrante da cadeia de produção.

As Lojas Renner sustentaram em seu recurso que as auditorias não revelariam forma de ingerência, mas se dariam em razão de seu compromisso com a “moda

⁵⁰² LIPSON, Jonathan. Promising Justice: contract (as) social responsibility. *Wisconsin Law Review*. 2019, p. 1109-1160, 1115. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3508766. Acesso em: 5 abr. 2024. Tradução livre: “fazer corretamente ao mesmo tempo em que se faz o bem”.

⁵⁰³ Ver a respeito: RAMOS, Jennifer. Shifting the mindset of commercial lawyers to rewire contracts, to mitigate climate change more effectively in practice. The Chancery Lane Project. *Environmental Law Review*. v. 23., 2021, s.p. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/14614529211000152>. Acesso em: 25 jul. 2023. Exemplo de cláusula de sustentabilidade em contratos de fornecimento. (Disponível em: <https://apps.chancerylaneproject.org/run/clause-search/#/5>. Acesso em: 25 jul. 2023).

⁵⁰⁴ Ver a respeito: DADUSH, Sarah. Contracting for human rights. looking to version 2.0 of the ABA model contract clauses. *American University Law Review*. 2021 v. 68, p. 1518-1554. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3420479>. Acesso em: 25 jul. 2023. A cláusula modelo pode ser acessada em: https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/business-law-today/2021-may/balancing-buyer-and-supplier-responsibilities/. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁵⁰⁵ Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, processo nº 0000440-96.2021.5.09.0094 (ROT), Des. Rel. Neide Alves dos Santos, j. em 14 jun. 2022.

sustentável”⁵⁰⁶, o que foi acolhido pelo voto da Desembargadora Relatora Neide Alves dos Santos, citando não só a vantagem competitiva de quem adota critérios ESG, mas que o padrão de comportamento adotado deveria ser prestigiado – e não o contrário. Veja-se:

Ademais, a ré esclareceu possuir compromisso com a "moda sustentável", que "está incorporada aos princípios e valores fundamentais adotados pela Lojas Renner, umbilicalmente atreladas às metas de ESG". Neste aspecto, de se ressaltar que a aplicação da ESG ("environmental, social and governance") em uma empresa considera os impactos de suas ações no ambiente e sob o ponto de vista social, sendo que uma empresa sustentável deve manter um ambiente saudável a seus colaboradores, garantindo de forma efetiva os direitos dos empregados.

ESG é um conjunto de ações e boas práticas que tem como objetivo definir se uma empresa é sustentável e socialmente consciente. As empresas que estão em conformidade com os critérios de ESG possuem vantagem competitiva, não apenas quanto à sua reputação e credibilidade, mas, também, em relação ao acesso a pessoal e capital cada vez mais qualificado. Destaque-se a existência de fundos de investimento e ações ESG que a empresa apenas pode ingressar se atender aos critérios determinados.

Assim, atitudes como a da ré, no sentido de fiscalizar e cobrar melhorias dos locais onde são confeccionadas peças que revende devem ser estimuladas e não servirem como um motivo para reconhecer sua responsabilidade por eventual descumprimento contratual das empresas contratadas para com seus empregados. Trata-se de uma prática que não apenas é boa financeiramente para a ré, mas, também, igualmente boa do ponto de vista social.

Por tudo, reformo a r. sentença, excluindo da condenação as obrigações de fazer e não fazer, bem como a indenização por danos morais coletivos, restando improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Pode-se dizer que a adoção de regras contratuais relativas a aspectos ESG são respostas a mudanças da economia global e que geraram perturbações sociais e

⁵⁰⁶ Assim consta da decisão: “seu compromisso com a moda sustentável está incorporado aos princípios e valores fundamentais adotados pela Lojas Renner, umbilicalmente atreladas às metas de ESG - sigla em inglês para *environmental, social and governance*. Em apertada síntese, trata-se de critério para avaliar o comprometimento empresarial com a preservação ambiental, responsabilidade social e boas práticas de governança administrativa. São três frentes simultâneas que exigem compromisso verdadeiro, pois a multiplicidade de informações disponíveis torna relativamente simples descobrir a chamada ‘*greenwashing*’, ou seja, mera maquiagem publicitária. É o compromisso com a sustentabilidade social, livremente assumido pela Lojas Renner, o pilar que fundamenta a exigência rígida do cumprimento da legislação trabalhista, bem como a promoção das melhores práticas socioambientais na base de seus fornecedores. Este compromisso está ratificado com a adesão e efetiva participação da recorrente junto ao INpacto e Pacto Global. É isto que motiva a realização de auditorias periódicas em fornecedores e seus contratados, e não o reconhecimento de qualquer responsabilidade subsidiária por danos decorrentes de descumprimentos”.

nivelamento das hierarquias organizacionais, sendo necessário, para o desempenho desse papel, estabelecer normas a terceiros contratantes⁵⁰⁷.

Grandes sociedades empresárias, como a Nestlé, entre tantas outras, por exemplo, impõem aos seus fornecedores um código de ética e conduta que, não observado, autoriza o encerramento do vínculo contratual, o que já se afirmou ser mais eficaz em termos de inibir ilícitos do que, propriamente, a assinatura de convênios internacionais⁵⁰⁸.

Introduzida a questão, passa-se a compreender do que se tratam contratações ESG, concebidas pelo presente estudo, bem assim as diferentes funções que podem exercer no contexto contratual.

III.1. Compreensão

Contratações ESG são regramentos contratuais que, refletindo um programa de governança corporativa ou equiparado, se referem a um ou mais conteúdos ESG, impondo aos contraentes, quer seja por via de regramento expresso, quer seja por referência expressa ou *per relationem* a determinadas normas preexistentes, a observância futura do quanto pactuado em temas ambientais, sociais e/ou de governança corporativa, criando entre as partes obrigações derivadas de sua pactuação.

Podem, normalmente, (i) constituir a prestação principal do contrato, (ii) vincular-se à prestação principal do contrato ao qualificá-la, exigindo adimplemento *conforme* o pactuado ou (iii) estarem desvinculadas do objeto da contratação, atrelando-se, pois, ora mais à conduta, ora mais à pessoa do devedor.

Passa-se a avaliar os elementos que compõem a definição proposta.

⁵⁰⁷ VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.

⁵⁰⁸ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 71-104, 79.

Como já se constatou doutrinariamente⁵⁰⁹ e é observado na prática contratual, fatores ESG podem vir a integrar o conteúdo contratual expressamente por meio de cláusulas contratuais que refiram, diretamente, a ações e a proibições relativas, por exemplo, a *standards* comportamentais na seara ambiental e de Direitos Humanos.

Também podem integrar o contrato por referência, *per relationem*, remetendo o conteúdo do contrato a determinadas normas de *compliance*, a códigos de ética e conduta etc., ainda que sem sua transcrição no corpo do instrumento negocial, hipótese em que se tem a conversão de *soft law* em *hard law*, sob a perspectiva contratual. Distingue-se o negócio jurídico *formalmente per relationem*, em verdade falso negócio jurídico *per relationem*, em que o conteúdo já está todo determinado em outro instrumento, não se repetindo ao longo do texto contratual por economia, do *substancialmente per relationem*, isto é, em que parte do conteúdo, no momento de sua perfeição, é deixada para ser determinada posteriormente, pois em branco, com determinabilidade de conteúdo⁵¹⁰.

Códigos de ética são documentos escritos que estabelecem valores e princípios que devem ser observados por funcionários, administradores e terceiros que se relacionem com a empresa, ao passo que códigos de conduta especificam, de maneira mais detalhada, as condutas vedadas e as autorizadas, fixando deveres concretos aos colaboradores, sendo que códigos de ética e de conduta podem integrar documento único⁵¹¹.

⁵⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 327.

⁵¹⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a rescisão unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. causa final dos contratos de trato sucessivo; rescisão unilateral e seu momento de eficácia; interpretação contratual; negócio *per relationem* e preço determinável; conceito de compra de contrato e abuso de direito (Parecer). In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287-310, 299. Ver também: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 137.

⁵¹¹ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 71-104, 97.

De igual modo, contratações ESG podem trazer para o corpo contratual certas prescrições legais – inicialmente aplicáveis aos contraentes, mas que não teriam, *a priori*, reflexo de descumprimento no programa contratual. Ao assim procederem, determinada obrigação legal de conteúdo ESG cria obrigação contratual, com alteração da fonte normativa abstrata e em tese das leis, para se tornar exigível entre os contraentes por meio de previsão contratual.

Exemplifica-se com o regramento expresso e pautado, exclusivamente, na autonomia privada das partes, a disposição de determinado acordo de acionistas em que se estabelece que os integrantes do conselho de administração deverão ser, na sua maioria, independentes. Constata-se, aqui, conteúdo ESG, especificamente de regras de governança corporativa, que, contudo, não contém referência, quer expressa, quer *per relationem*, a qualquer norma prévia.

A inexistência de referência pode se dar porque inexistente regramento que obrigue que os integrantes do conselho de administração de determinada companhia sejam, em sua maioria, independentes – exigindo-se, por exemplo, que apenas 20% por cento do conselho de administração seja formado por integrantes independentes –, quer seja porque as partes optaram por não referenciar a eventual norma que assim determinasse.

Podem os contraentes, por outro lado, vincular-se contratualmente referindo-se a prescrições legais cujo descumprimento, não fosse sua inserção no texto contratual, não traria, em princípio, qualquer consequência no domínio da relação dos contraentes, uma vez que não existe qualquer obrigação entre eles.

Tome-se a hipótese de determinado contrato de duração, tendo por objeto o fornecimento de insumos, prever que nenhuma das partes poderá praticar, durante a vigência do contrato, atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, tal como previsto no artigo 5º da Lei Anticorrupção. Verifica-se, aqui, cláusula ESG focada em governança corporativa, especificamente em seu braço do *compliance*.

Passa-se a avaliar outros elementos das contratações ESG.

III.1.1. Atendimento aos critérios *objetivo e subjetivo- funcional*

Para que as contratações ESG sejam tais quais as concebidas para a finalidade do presente estudo, propõe-se que devem atender, a rigor, a um critério *objetivo* e a um critério *subjetivo-funcional*.

O critério objetivo diz respeito ao conteúdo da obrigação pactuada, que deve se ater às prestações com identidade de objeto com os fatores ESG, relatados ao longo do presente trabalho, em todas as suas facetas, isolada ou conjuntamente.

Ao definir o que seria contrato socialmente responsável, estabeleceu-se que assim são qualificados os contratos que contenham instrumento que procure, expressamente, atingir objetivos sociais, econômicos ou ambientais por meio do cumprimento de tais pactos⁵¹².

Vale lembrar que o conteúdo dos fatores ESG, além de dinâmico, isto é, pode se alterar ao longo do desenvolvimento da História, também pode ter aplicações distintas a depender do cenário local, quer seja geográfico, quer seja político-social, pelo que eventual dúvida deve considerar fatores atinentes à situação concreta e ao contexto em que determinada prestação está inserida no contrato.

Nesse cenário, a mera declaração das partes – quer seja por meio de cláusulas contratuais específicas, quer seja pela designação dada ao tipo contratual, de que o pacto é ou tem substância ESG –, não é suficiente para a conclusão necessária de que assim o seja, pois a declaração das partes, em tal caso, tem valor meramente referencial, não se podendo a forma sobrepujar a essência.

É notório do ponto de vista da qualificação contratual, que o *nomen iuris* atribuído pelas partes à avença (aspecto estrutural) não se sobrepõe à concreta função do contrato para fins de identificação da sua natureza⁵¹³.

⁵¹² LIPSON, Jonathan. Promising Justice: contract (as) social responsibility. *Wisconsin Law Review*. 2019, p. 1109-1160, 1116. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3508766. Acesso em: 5 abr. 2024.

⁵¹³ SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, 2019, ano. 8, n. 2, p. 1-51, 38-39. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/443>. Acesso em: 10 abr.

Assim, é de relativa relevância o fato de determinado esquema contratual se referir expressamente ao termo ESG (o que dificilmente ocorrerá, em verdade) ou não fazer qualquer menção a expressões semelhantes. Estar-se-á diante de um pacto ESG sempre que se impuser aos contraentes obrigação atrelada a conteúdo ESG, atendendo-se ao critério objetivo, desde que preenchido o critério subjetivo-funcional.

Passando-se ao critério subjetivo-funcional.

Propõe-se que o aspecto subjetivo deva refletir aspectos direcionados aos interesses das partes que contratam ESG, aos *sujeitos* da obrigação, notadamente ao credor da prestação, o que pode coincidir com todas as partes contratantes, se a obrigação de conteúdo ESG for recíproca, isto é, impor determinada forma de conduta a ambos os contraentes.

Se, de um lado, o aspecto subjetivo requer seja apontada a lupa em face dos sujeitos da contratação ESG, de outro, o aspecto funcional determina o feixe de interesse que deve ser atendido pelos sujeitos das contratações ESG.

E, precisamente, deve-se perquirir qual a função exercida pela contratação ESG para *aquele* contraente, considerando não só o contexto da contratação, mas o seu interesse, isto é, a função atendida pela obrigação ESG *naquele* contrato, à luz *daquele* contexto. Daí porque, sugere-se a utilização do vocábulo funcional, ao lado de subjetivo, formando-se o elemento “subjetivo-funcional”.

Nesse contexto, é preciso estabelecer que não basta – pelo menos para os fins determinados pelo trabalho – que as contratações ESG detenham algum conteúdo ESG; é preciso que o refletido em contrato seja parte da implementação dos fatores ESG tal como concebido em sua origem, isto é, por meio de um sistema de governança corporativa ou equiparado que institucionalize as práticas ESG, observadas as peculiaridades de cada ramo da indústria e da própria contratação em que é inserida a cláusula.

2024. No mesmo sentido: GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Contrato de fiança. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti; PEREIRA E SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade; PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade (Org.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 409-419, 411; GOMES, Orlando. Seguro de crédito e negócio fidejussório. Cláusula “*solve et repete*”. In: *Novíssimas questões de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 267-280; p. 271-272.

Trata-se da própria lembrança à conceituação ESG. Devem integrar a maneira como as corporações conduzem seus negócios, desgarrando-se, nessa medida, da conceituação mais tradicional da responsabilidade social corporativa, com práticas que vão além das exigências legais, mas que não são implementadas com alinhamento aos negócios, objetivando a maximização dos resultados e redução de riscos atreladas à atividade exercida.

Vale relembrar, ESG ancora conceitos da responsabilidade social corporativa, mas que, se alinhando aos negócios, objetiva ganho de valor e de mercado das instituições privadas no longo prazo, além servir à redução dos riscos empresariais.

Dessa maneira, as contratações ESG devem refletir o braço da governança por meio do contrato⁵¹⁴, o que também traz luz ao papel da governança corporativa como instrumento para implementação de aspectos sociais e ambientais.

Nessa linha, em princípio também estão excluídas do conceito eventuais contratações ESG de estilo, comumente referidas como *boilerplate clauses*⁵¹⁵, visto que, além de não constituírem conteúdo preceptivo, podem não atender ao requisito subjetivo-funcional. Sobre cláusulas de estilo, explica Vincenzo Roppo:

*Il testo contrattuale è rilevante in quanto portatore di un regolamento contrattuale; le sue proposizioni interessano non per il loro valore letterario, ma perché esprimono disposizioni precettive su diritti e obblighi delle parti. Tuttavia può accadere che il testo contrattuale contenga proposizioni sfornite del valore di vero precetto contrattuale. Ciò può accadere con le c.d. clausole di stile: proposizioni che si presentano con l'apparenza appunto di 'clausole', cioè di precetti contrattuali; ma che in realtà non hanno valore precettivo, sicché la loro presenza nel testo non incide sulle posizioni delle parti*⁵¹⁶

⁵¹⁴ VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.

⁵¹⁵ “As vicissitudes da interpretação contratual fizeram com que se difundisse o hábito de incluir nos instrumentos contratuais, mais para o seu final, série de dispositivos standard ou padrão. São chamadas de ‘*boilerplate clauses*’ ou, simplesmente, ‘*boilerplate*’. Em português, ‘disposições gerais’ ou ‘disposições finais’. [...]. A principal indagação que se apresenta é como essas estipulações devem ser interpretadas, quais os limites da sua validade e até que ponto podem sobrepor-se às regras ditadas pela boa-fé e pela legítima expectativa das partes” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 85-86). Ver sobre tais cláusulas: MOSS-CORDERO, Giuditta. *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

⁵¹⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 433-434. Tradução livre: “O texto contratual é relevante como portador de uma norma contratual; suas proposições interessam não por seu

Em outras palavras, deve a cláusula contratual estar atrelada a um conjunto de ações exercidas pelo contratante e pelo credor daquela prestação que não se limitam à contratação específica ou ao mero cumprimento de dever legal – impõe-se seja parte da política organizacional adotada pelo contratante beneficiado pela cláusula, visando adequar-se à nova dinâmica mercadológica, que integra os fatores ESG em seus modelos de negócio como ferramenta para redução dos riscos de negócios ou para criação, para manutenção ou aperfeiçoamento de ativo próprio, de mecanismo destinado ao resguardo da boa reputação e da marca, todos voltados às respectivas causas motivadoras e legitimadoras da importância de se contratar tais modelos obrigacionais.

Assim, exemplificativamente e para além da possibilidade de constituir outros meios de defesa para afastar o inadimplemento que rompe o interesse creditício, apto a gerar o direito resolutivo à opção do credor, contratantes que reconhecidamente praticam modelos assemelhados ao *greenwashing* ou que são declaradamente anti-ESG não estão firmando contratações ESG se, elas próprias, não implementam nem demonstram interesse em implementar os correlatos fatores ESG.

É evidente que tais contratações são passíveis de produzir efeitos, mas apenas os seus efeitos podem, no todo ou em parte, ser distintos dos tratados pelo presente trabalho, pelo que, até mesmo sob o ponto de vista metodológico, contratações ESG que não se adequem ao conceito proposto não estão acolhidas pelas conclusões do presente estudo.

III.1.2. Espécies de contratações ESG conforme seu grau de proximidade com a prestação principal – *contratações ESG principais, conformativas e laterais*

Até o limite da pesquisa empreendida, a classificação ora proposta não é difundida nas discussões acadêmicas.

valor literal, mas porque expressam disposições preceptivas sobre direitos e obrigações das partes. No entanto, pode acontecer que o texto contratual contenha proposições sem o valor de um verdadeiro preceito contratual. Isso pode acontecer com as chamadas cláusulas de estilo: proposições que aparecem precisamente como 'cláusulas', ou seja, preceitos contratuais; mas que na realidade não possuem valor preceptivo, de modo que sua presença no texto não afeta as posições das partes”.

Assim como objetivado por todo trabalho classificatório na disciplina do Direito, especificar as espécies de contratações ESG mostra-se útil para apreensão da dogmática do direito resolutivo aplicável à circunstância de eventual incumprimento do pacto. A classificação apontará, na estrutura da relação obrigacional complexa e como processo, o dever e correspectivo interesse violado, caso descumprida a obrigação, repercutindo na dogmática jurídica aplicável ao direito resolutivo, se existente.

Reflexão sobre o tema e, especialmente, para o fim de bem investigar o interesse e correspectivo dever assumido nas contratações ESG, optou-se por esquematizar as contratações ESG consoante as obrigações assumidas se aproximam ou se distanciam do objeto contratual e de suas prestações principais, sendo de relevo, para tanto, também o estudo da estrutura da obrigação (IV.1), a que se remete o leitor.

Evidente que a classificação proposta não esgota outras possibilidades classificatórias, tampouco situações que, mesmo se adotando o critério de proximidade com a prestação principal, possam admitir outras estruturas, aqui não indicadas.

III.1.2.1. Contratações ESG atinentes à prestação principal

As contratações ESG podem estar umbilicalmente atreladas e constituir o próprio objeto obrigacional principal, aqui denominadas para fins de uniformização, *contratação ESG principal*, ou podem qualificar a prestação principal, atribuindo-lhe característica específica, aqui denominadas *contratação ESG qualitativa do objeto*.

III.1.2.1.1. Contratações ESG principal

Não é a espécie de maior relevo para fins do presente trabalho – isso porque as regras e dogmática de resolução por inadimplemento pelo credor seguirão, em essência, as regras aplicadas ao inadimplemento de prestações principais, isto é, resolução por inadimplemento absoluto.

Contratação ESG principal refere-se ao negócio jurídico que tem por prestação principal conteúdo ESG e que atenda ao critério subjetivo-funcional. Assim, por exemplo, a companhia que, refletindo seu programa de governança corporativa para implementação de melhoria em seus aspectos ambientais (requisito *subjetivo funcional*

da contratação ESG), contrata empresa para dar destinação mais adequada a seus resíduos sólidos, visando minorar o impacto do descarte de material nocivo ao meio-ambiente.

Note-se que o contrato de prestação de serviços referido tem como prestação principal a adequada destinação de resíduos sólidos de determinada companhia, o que não lhe retira o caráter de contratação ESG, tal como concebida no presente trabalho, desde que preenchido o requisito subjetivo-funcional.

Concebe-se que o requisito subjetivo-funcional se faz presente pela contratação que se efetivou no contexto de um programa de governança corporativa de implementação de melhorias ambientais – e não por mera determinação legal isoladamente considerada. O pressuposto objetivo se dá pela proteção ambiental visada pela contratação, coincidente com conteúdo ESG, especificamente ambiental.

Retomando-se o conceito amplo proposto, há plena adequação entre o que se denominou *contratação ESG principal* e contratações ESG, pois o exemplo citado é regramento contratual que, refletindo um programa de governança corporativa ou equiparado, refere-se a um ou mais conteúdos ESG, impondo observância futura do quanto pactuado em tema ambiental.

Também se enquadraria em contratação ESG principal a prestação de serviços jurídicos visando à criação de programa de *compliance* em determinada instituição ou, ainda, a aquisição, por determinada companhia, de frota de veículos elétricos em substituição a veículos movidos por combustão visando à redução da emissão de CO₂, e assim por diante.

Desde que sejam reflexo de um programa de governança corporativa visando à implementação de tais fatores ESG, o que exigirá a avaliação de cada caso concreto para aferição, tem-se contratações ESG em tais cenários.

III.1.2.1.2. *Contratações ESG qualitativas do objeto*

Podem, ainda, as contratações ESG servir ao propósito de qualificar a prestação principal, fixando-se a característica do bem ou serviço objeto da prestação a ser adimplida, com grau de pertinência que unifica o objeto contratual e a contratação ESG, sendo aqui referida como *contratação ESG qualitativa do objeto*.

As *contratações ESG qualitativas do objeto* podem referir-se à qualidade do bem ou do serviço a ser prestado – no contrato de gestão de recursos, deve-se alocar investimentos em companhias que atendam a este ou aquele critério ESG; na compra e venda de determinado produto, pode-se estabelecer que o material de que é composto o objeto da venda seja reciclado e reciclável, p. ex.; na aquisição de água para determinado evento, as garrafas devem ser de plástico reciclável etc.

Característica que distingue as *contratações ESG qualitativas do objeto* é que o *exato adimplemento* se dá com a realização da prestação revestida de determinadas qualidades que a ela se vinculam, embora não se confundam com a prestação. É um atributo (plástico reciclável e/ou reciclado) que se acresce à prestação principal, mas que pode resultar de uma abstenção (hortaliças produzidas sem o uso de pesticidas novíços), ou de uma ação (hortaliças produzidas em regime orgânico) etc., de caráter ESG, e que constitui exigência para o adequado adimplemento.

Tem-se, pois, também deveres que atinam com o objeto da prestação, isto é, com o que prestar, não com o como prestar⁵¹⁷, pelo que o regime jurídico de inadimplemento seguirá, essencialmente, o aplicável à prestação principal, ensejando, desse modo, preenchidos os demais requisitos, legais ou contratuais, a resolução por inadimplemento absoluto.

III.1.2.2. Contratações ESG parcial ou integralmente desatreladas da prestação principal

As contratações ESG comportam, ainda, na linha classificatória proposta – e sem ignorar a possibilidade de se conceber outras estruturas aqui não contempladas –, duas modalidades que se desvinculam, parcial ou integralmente, da prestação principal – embora com ela mantenham relação *mediata*, em maior grau quando parcialmente desatreladas e em menor intensidade quanto integralmente dissociadas da prestação principal. Dizem respeito, respectivamente, à *contratação ESG conformativa do meio* e à *contratação ESG lateral*.

⁵¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 241.

III.1.2.2.1. Contratações ESG conformativas do meio

Contratações ESG podem referir-se aos meios empregados à entrega do bem e serviço, hipótese em que se constituirão *contratações ESG conformativas do meio*.

O contrato de gestão de recursos pode estabelecer que os serviços de gestão devam ser prestados por equipe contendo, no mínimo, 50% de integrantes do gênero feminino; na aquisição de água, pode-se estabelecer que o seu transporte deva ser realizado por veículos elétricos não poluidores; determinado contrato para aquisição de bens e serviços pode prever que, no âmbito da entrega do bem ou da prestação de serviços, o fornecedor não poderá se valer de mão de obra escrava ou deverá atender, estritamente, às leis anticorrupção vigentes ou, ainda, deverá valer-se de energia limpa para cumprimento do escopo contratual.

Resulta uma obrigação com parcial desvinculação do objeto contratual – não constitui uma qualificadora do bem ou serviço a ser entregue, como ocorre nas contratações *ESG qualificadoras do objeto*, mas institui o meio pelo qual o bem será produzido ou o serviço prestado.

Tendo em vista apenas regularem o meio de produção do bem ou da prestação de serviços, não integram, a rigor, a prestação principal, pelo que o regime autorizador da resolução pelo credor seguirá o modelo aplicável à violação a deveres laterais – a saber, o da violação positiva do crédito, a que se remete o leitor (IV.3).

III.1.2.2.2. Contratações ESG laterais

Concebe-se, de igual maneira, que contratações ESG não tenham qualquer vínculo com a prestação principal propriamente dita, senão muito remotamente, hipótese em que será considerada como *contratação ESG lateral* – aludindo-se aos deveres laterais que conformam a obrigação como um processo.

Assim, por exemplo, determinada companhia pode exigir que, no âmbito da aquisição de bens e insumos para utilização em seu processo produtivo, seu fornecedor não seja implicado – quer seja no âmbito da contratação específica em si, quer seja em qualquer outra relação não relacionada ao contrato em discussão – em corrupção. Ainda,

que o fornecedor utilize apenas fontes renováveis de energia em seu processo de fornecimento como um todo, incluídos terceiros não relacionados ao contrato.

As *contratações ESG laterais* criam obrigação atinente à pessoa do contratante independentemente da prestação principal e do escopo contratual. O foco, pois, não é o objeto da prestação principal, mas volta-se às características da pessoa contratada, à forma com que faz uso de seus meios de produção e, mais amplamente, à maneira como se relaciona em todos os seus ambientes, quer sejam eles profissionais, sociais, familiares etc. Estabelece, no mais das vezes, padrões de probidade mínimos.

Já nas *contratações ESG conformativas do meio* não é dado relevo estrito à pessoa do contratante, mas à qualificação do meio pelo qual determinado bem será entregue ou dado serviço será prestado, exigindo-se que determinados conteúdos ESG sejam observados no âmbito daquele programa contratual específico. Assim, se deixar, por exemplo, de se valer de energia limpa para a produção de outros bens e serviços fora do escopo daquele contrato específico, não implicará, em princípio, em repercussão no negócio jurídico firmado.

Como há maior preocupação com a pessoa da contraparte contratante e suas condutas do que, propriamente, com a prestação principal isoladamente considerada, acentua-se a função preventiva de dano à reputação da contraparte em tal modalidade de contratação ESG.

Para bem ilustrar a diferença, selecionou-se trecho da denominada cláusula anticorrupção firmada no já citado caso envolvendo Corinthians e VaideBet:

12.2. Na execução desta contrato, as partes declaram a garantem que nenhum de seus conselheiros, diretores, empregados, agentes, representantes, ou quaisquer outros terceiros irão dar, oferecer, prometer, pagar, ou autorizar o pagamento de, direta ou indiretamente, dinheiro ou qualquer coisa de valor a qualquer autoridade governamental, partido político ou candidato e cargo político, empregado da empresa detida ou controlada pelo Estado, empregado de organização internacional pública, consultores, representantes, parceiros, ou quaisquer terceiros, com a finalidade de influenciar qualquer ato, decisão ou omissão de atuar de agente ou governo, ou para assegurar qualquer

vantagem indevida, ou direcionar negócios para qualquer pessoa que violem as Regras Anticorrupção Brasileiras⁵¹⁸.

Logo de início, prevê-se que as condutas ali descritas devem relacionar-se “a execução deste contrato”, isto é, não abrange, outros negócios jurídicos, por exemplo, em que os contraentes estejam envolvidos. Há, assim, nessa parte da cláusula, *contratação ESG conformativa do meio*.

Em outra pactuação (cláusula 12.1), na qual a parte se obriga por si – e não por terceiros a ela vinculados (conselheiros, agentes etc.), como ocorre na cláusula 12.2 –, há *contratação ESG lateral*, visto que estipula:

As partes declaram neste ato que têm conhecimento da legislação brasileira anticorrupção, de prevenção à lavagem de dinheiro e antitruste, incluindo, mas não se limitando, às leis nº 12.846, de 1º de agosto de 2012 (‘Lei Anticorrupção’), decreto federal nº8.429, de 2 de junho de 1992 (‘Lei de Improbidade Administrativa’), lei nº12.529 de 30 de novembro de 2011 (‘Lei do CADE’), lei nº 12.813 de 16 de maio de 2013 (‘Lei de Conflitos de Interesses’), em conjunto denominadas as ‘Regras Anticorrupção Brasileiras’, e suas respectivas regulamentações, conforme em vigor nesta data, obrigando-se a cumprir integralmente com seus dispositivos, mediante a abstenção de qualquer atividade que constitua ou possa constituir a violação das Regras Anticorrupção⁵¹⁹.

Diferentemente, pois, da cláusula 12.2, a obrigação prevista na cláusula 12.1 deve ser cumprida, mas para abranger as atividades dos contratantes como um todo, sem necessária vinculação ao contrato, pelo que sem tem *contratação ESG lateral*.

Tratando-se das cláusulas transcritas, vale aproveitar o ensejo para corroborar uma característica, por mais que pareça óbvia: toda *contratação ESG lateral* é, também, *contratação ESG conformativa do meio*. A parte que se obriga a não corromper no âmbito de suas operações (*contratação ESG lateral*, cláusula 12.1 do caso Corinthians) está obrigada, de igual modo, a não corromper no âmbito do contrato (*contratação ESG conformativa do meio*, cláusulas 12.1 e 12.2 do mesmo contrato).

⁵¹⁸ Disponível em: <https://ge.globo.com/futebol/times/corinthians/noticia/2024/06/08/tem-multa-qual-o-valor-entenda-o-que-diz-contrato-assinado-entre-corinthians-e-vaidebet.ghtml>. Acesso em: 11 jun. 2024.

⁵¹⁹ Disponível em: <https://ge.globo.com/futebol/times/corinthians/noticia/2024/06/08/tem-multa-qual-o-valor-entenda-o-que-diz-contrato-assinado-entre-corinthians-e-vaidebet.ghtml>. Acesso em: 11 jun. 2024.

Assim, o fato de determinado pacto obrigar a parte a não corromper no âmbito geral de suas atuações não a exonera do dever de não corromper também no âmbito do negócio jurídico em que se pactuou a contratação ESG; ao contrário, abrange-o (ver **III.1.4**).

É preciso esclarecer algumas situações que podem suscitar dúvidas no âmbito prático, aqui classificadas como limítrofes.

Primeiro, podem ocorrer contratações em cujo instrumento exista apenas *contratação ESG conformativa do meio*, sem que a prestação principal, isoladamente considerada, revele conteúdo ESG. Questiona-se, assim, se as diretrizes do presente trabalho são aplicáveis ao dito contrato quando violada a prestação principal (pois, se violada a *contratação ESG conformativa do meio*, aplica-se, nessa medida, a sistemática da resolução contratual objeto do presente trabalho).

A rigor, não. Existindo em determinado contrato apenas a *contratação ESG conformativa do meio*, mas não sendo a prestação principal de conteúdo ESG, o inadimplemento absoluto da prestação principal não se submeteria ao regime exposto no estudo, pois não se trata, efetivamente, de violação de contratações ESG de qualquer espécie. Não há, em princípio, espécie de transmissão de conteúdo ESG à prestação principal, pois a função exercida pela contratação das prestações principais será, ao menos em tese, distinta e autônoma em relação à função exercida pelas *contratações ESG conformativas do meio*.

De outro modo, concebe-se que determinado contrato possa conter *contratação ESG qualitativa do objeto* e, conquanto preveja certo meio para a entrega da prestação principal, referida obrigação não se classificaria como ESG, ausente seu pressuposto de objeto. É a hipótese, por exemplo, em que determinado gestor de recursos se valha de tecnologias inovadoras, como a inteligência artificial, para alocação de recursos em boas oportunidades de investimentos atrelados à ESG, o que, aliás, tem sido prática cada vez mais adotada⁵²⁰.

⁵²⁰ Ver a respeito, entre outros: MA, Winston. Finance, sustainability and technology. In: BRIL, Herman; KELL Georg; RASCHE Andreas (Ed.). *Sustainability, technology and finance. rethinking how markets integrate ESG*. Routledge: Nova Iorque, 2023, p. 184-192; GELDEREN, Eduard Van.; OUELLET, David. Technology-supported investment management. In: BRIL, Herman; KELL Georg; RASCHE

Estreme de dúvida que a violação ao dever de alocar recursos em companhias com práticas ESG atrai as diretrizes propostas pelo presente estudo.

Ponto de indagação é se deixar de adotar os meios tecnológicos para direcionamento das alocações dos recursos faria incidir a exame pressupostos concernentes às contratações ESG.

A resposta parece ser positiva. Difícil tratar com autonomia o meio empregado para a alocação de recursos (valendo-se de inteligência artificial, por exemplo) à própria prestação principal (alocação de recursos em investimentos relacionados à ESG), de modo que a prestação principal de conteúdo ESG, no caso citado, estenderia tal conteúdo ESG ao meio a ser utilizado; sob outra perspectiva, a prestação principal, propriamente, não estaria exatamente adimplida, pois os recursos alocados não o foram em razão das conclusões que a inteligência artificial previu – pelo que poderiam ser outros os investimentos realizados caso utilizada a ferramenta acordada.

Outro ponto a ser observado é a possibilidade de existência de *contratação ESG qualitativa do objeto* que, implícita, mas necessariamente, estabelece forma de *contratação ESG conformativa do meio*, independentemente de previsão expressa no respectivo instrumento.

Elucidativo é o exemplo da aquisição, por determinada rede de supermercados, de hortaliças orgânicas, do que se extrai *contratação ESG qualitativa do objeto* – a alface, objeto da venda, deve se revestir de determinadas qualidades químicas, isto é, não pode conter agrotóxicos, resíduos de fertilizantes etc., qualificando o bem a ser entregue.

De outro lado, a qualidade do bem a ser entregue, isto é, orgânico, por sua própria definição, impõe que sejam “cultivad[as] sem a adição de insumos químicos, fertilizantes ou pesticidas [as fontes de nutrientes são esterco, adubo verde, cinzas, rochas]

(...) diz-se método, processo”⁵²¹, pelo que há verdadeira *contratação ESG conformativa do meio*, ainda que não expressamente conste do instrumento contratual.

Entregues as hortaliças sem a qualidade pactuada, o devedor viola, de uma só vez, o dever de prestação principal (*contratação ESG qualitativa do objeto*) e o dever de prestação lateral que implicitamente decorre da qualidade da prestação principal (*contratação ESG conformativa do meio*).

III.1.3. Distinções e intersecções: contratações ESG e cláusulas de declaração e garantias

É preciso distinguir contratações ESG de cláusulas de declarações e garantias, pois há possibilidade de, por vezes e a depender da concepção a ser admitida a declarações e garantias, haver coincidência ou se distinguirem as modalidades.

Apenas para demonstrar a preocupação que o tema exige, imagine-se a declaração, não incomum, diga-se, de uma parte a outra de que cumpre as diretrizes da Lei Anticorrupção, tudo a ensejar maior simetria de informações e redução dos custos de transação. Ter-se-ia contratações ESG em tal hipótese ou seria a esse pacto atribuído o regime jurídico das declarações e garantias?

O que se tem, em verdade, é a declaração de observância aos ditames legais (no exemplo citado, envolvendo a Lei Anticorrupção), havendo remédios específicos para o caso de a declaração dada pelo devedor não corresponder à realidade, até porque é motivadora da declaração de vontade expressa no contrato. Há em tal dispositivo conteúdo ESG, porém, como declaração que é, não regula nem dispõe a observância futura do quanto pactuado em termos de temas ESG. Não é, pois, contratação ESG, mas declarações e garantias.

Inspiradas nas denominadas *representations and warranties* dos modelos contratuais dos Estados Unidos da América, as declarações e garantias são consagradas pelo uso empresarial domesticamente, sobretudo em contratos de compra e venda de

⁵²¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauros de Sales. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2078.

participações societárias. Ao distinguir as definições dadas a declaração e garantia, com diferenciação mais presente na sua origem da *common law* inglesa⁵²², tem-se que a declaração influencia diretamente a formação do contrato, versando sobre fatos passados ou relativos ao momento em que o contrato é instrumentalizado, inexistindo declarações sobre fatos futuros. Almejam as partes de um contrato de compra e venda de participação societária que sejam estabelecidos, expressamente, os principais pressupostos de fato com relação à empresa cujo controle é alienado. Traduz-se na essência do negócio alienado em particular momento temporal⁵²³.

Sendo assim, não constituem, para nenhuma finalidade, uma prestação – quem declara não se obriga a prestar algo, diferentemente do que ocorre com as contratações ESG.

As declarações e garantias compreendem, separadamente, declarações detalhadas do vendedor e do comprador, sendo que as primeiras mostram-se mais desenvolvidas, incidindo sobre, entre outros:

- (i) a capacidade e legitimidade do vendedor para celebrar o negócio;
- (ii) a empresa, incluindo pormenores sobre licenças e autorizações administrativas, situação laboral, propriedade industrial, impacto no meio ambiente, e outras questões relevantes para a avaliação dos riscos associados ao desenvolvimento do projeto empresarial;
- (iii) a sociedade visada e;
- (iv) as participações sociais objeto de transmissão⁵²⁴.

⁵²² GOMES, José Ferreira. *M&A. Aquisição de empresas e de participações sociais*. Lisboa: AAFDL, 2022, p. 251.

⁵²³ PARGENDLER, Mariana; GOUVÊA, Carlos Portugal. As diferenças entre declarações e garantias e os efeitos do conhecimento. In. _____; _____; MINZI-LEVI, Maurizio (Org.). *Fusões e aquisições*. pareceres. São Paulo, Almedina, 2022, p. 277-316, 284-288.

⁵²⁴ GOMES, José Ferreira. *M&A. Aquisição de empresas e de participações sociais*. Lisboa: AAFDL, 2022, p. 252. Para essas e outras disposições comumente presentes, ver, igualmente: GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 63-64. Para visão mais aprofundada das cláusulas de declarações e garantias em espécie, ver: VON ADAMEK, Marcelo Vieira; CONTI, André Nunes. *A cláusula de declarações e garantias em aquisições de empresas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 123 e ss.

Relativamente ao comprador, as declarações e garantias tendem a ser mais sintéticas, cobrindo questões como:

- (i) a capacidade e legitimidade do comprador para celebrar o negócio;
e
- (ii) a sua capacidade, não só jurídica, mas também financeira, para o consumir⁵²⁵.

Entende-se, portanto, aplicável às declarações passadas, exemplificada pela declaração de que não *foram* praticados atos de corrupção, o regime decorrente da falsidade de declarações e garantias, porquanto estabelece estado de coisas pretérito. Também não se enquadrariam como contratações ESG disposições a respeito de cumprimento de metas ESG *pretéritas*⁵²⁶.

Ter-se-ia, nesse caso, declarações e garantias representativas de verdadeira obrigação de garantia, ensejando o dever de reparar independentemente de culpa do devedor, eis que visariam a eliminar um risco, elemento, por si só, fortuito⁵²⁷, distinguindo-se, pois, das obrigações de meio e de resultado⁵²⁸.

Apesar disso, são parte integrante do conteúdo das declarações de vontade emitidas pelas partes, concorrendo para a formação da vontade negocial e ampliando a certeza do negócio jurídico firmado⁵²⁹.

Já as *warranties* constituem no Direito estadunidense afirmação por uma parte em um contrato sobre a existência de um fato, no qual a outra parte possa confiar,

⁵²⁵ GOMES, José Ferreira. *M&A. Aquisição de empresas e de participações sociais*. Lisboa: AAFDL, 2022, p. 252.

⁵²⁶ Conforme exemplos extraídos de: VON ADAMEK, Marcelo Vieira; CONTI, André Nunes. *A cláusula de declarações e garantias em aquisições de empresas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 132-133.

⁵²⁷ PARGENDLER, Mariana; GOUVÊA, Carlos Portugal. As diferenças entre declarações e garantias e os efeitos do conhecimento. In: _____; _____; MINZI-LEVI, Maurizio (Org.). *Fusões e aquisições*. pareceres. São Paulo, Almedina, 2022, p. 277-316, 292.

⁵²⁸ A esse respeito, ver: COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 4, p. 63-78.

⁵²⁹ PARGENDLER, Mariana; GOUVÊA, Carlos Portugal. As diferenças entre declarações e garantias e os efeitos do conhecimento. In: _____; _____; MINZI-LEVI, Maurizio (Org.). *Fusões e aquisições*. pareceres. São Paulo, Almedina, 2022, p. 277-316, 290-292.

retirando-se da parte destinatária da garantia o ônus de determiná-lo por si própria, equivalendo à promessa de ser indenizada por qualquer perda caso o fato garantido se prove falso. Sendo uma promessa, uma garantia – diferentemente de uma mera declaração – poderia ser dada em relação a eventos futuros⁵³⁰, o que também é admitido por Giacomo Grezzana ao qualificar, por exemplo, como cláusula de declaração e garantia a obrigação de entrega das participações societárias com determinadas características⁵³¹.

Mesmo assim, esclarece Giacomo Grezzana que, embora exista de fato uma diferença ontológica entre *representations* e *warranties* do ponto de vista do momento temporal a que cada uma se refere, como as partes acabam dando a ambas o mesmo tratamento jurídico, a díade merece ser tratada como *fattispecie* única, não se justificando a separação, mesmo porque, consoante entendimento do autor, atualmente, a expressão sintetiza sistema unitário de declarações, visto que normalmente a elas estão atreladas as mesmas consequências jurídicas nos respectivos contratos⁵³².

Destaca-se, contudo, que, sob outra perspectiva, as cláusulas de declarações e garantias apenas abrangem afirmações de fatos presentes ou passados, não incluindo previsões⁵³³.

O problema passa pela identificação exata da conceituação das cláusulas de declarações e garantias no direito brasileiro, cuja natureza jurídica poderá variar, até mesmo, conforme as funções específicas a serem exercidas nas contratações concretas, atraindo regimes jurídicos distintos⁵³⁴.

⁵³⁰ PARGENDLER, Mariana; GOUVÊA, Carlos Portugal. As diferenças entre declarações e garantias e os efeitos do conhecimento. In. _____; _____; MINZI-LEVI, Maurizio (Org.). *Fusões e aquisições*. pareceres. São Paulo, Almedina, 2022, p. 277-316, 292.

⁵³¹ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 53 e 55.

⁵³² GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 53 e 55.

⁵³³ FORGIONI, Alessandra. *A cláusula de declarações e garantias nos contratos de compra e venda de participações societárias de controle*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 35.

⁵³⁴ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 53 e 55.

Gera questões fundamentais, entre as quais como aplicar um instituto de origem estrangeira, inicialmente corpo estranho no conjunto do novo sistema, de forma a adaptá-lo para categoria jurídica distinta da que originalmente provém⁵³⁵?

É certo, de um lado, que contratações de declarações e garantias podem ser formatadas sob diferentes aspectos, exercendo, por exemplo, função assecuratória, assumindo a natureza jurídica de obrigação de garantia⁵³⁶ – o que impossibilita sua confusão com as contratações ESG.

De outro lado, é controverso que cláusula de declarações e garantias possam, de fato, servir à função conformativa, de entrega das participações societárias revestidas de determinadas características, situação em que atuariam fazendo com que do contrato nascesse uma obrigação de entregar a participação societária dotada de determinadas qualidades especificadas no contrato, atraindo-se o regime de inadimplemento contratual⁵³⁷. Nessa hipótese, a qualidade prometida deixaria de ser obrigação distinta da obrigação de dar a participação societária, nela se fundindo, qualificando-a e atraindo, em caso de inadimplemento, os remédios clássicos: o cumprimento específico, indenização e resolução do contrato⁵³⁸.

Tal função é repudiada por Alessandra Forgioni, para quem “cláusulas de declarações e garantias não exprimem o valor preceptivo de confirmação da obrigação de dar do vendedor para fins de atrelá-la a supostas ‘qualidades’ das participações societárias de controle”⁵³⁹.

⁵³⁵ VON ADAMEK, Marcelo Vieira; CONTI, André Nunes. *A cláusula de declarações e garantias em aquisições de empresas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 23.

⁵³⁶ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 173.

⁵³⁷ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 173; VON ADAMEK, Marcelo Vieira; CONTI, André Nunes. *A cláusula de declarações e garantias em aquisições de empresas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 98.

⁵³⁸ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 215-216.

⁵³⁹ FORGIONI, Alessandra. *A cláusula de declarações e garantias nos contratos de compra e venda de participações societárias de controle*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 184.

Cite-se, nesse contexto, as denominadas declarações e garantias impróprias⁵⁴⁰, suscitando o debate sobre se, de fato, são cláusulas de declarações e garantias, por envolverem exclusivamente obrigações – daí porque a adjetivação *imprópria*. Ainda que atribuída pelas partes a alcunha de declarações e garantias, poderiam constituir contratações ESG, bastando estarem presentes o critério objetivo e subjetivo-funcional.

Reitere-se que, por vezes, as partes atribuem ao contrato um *nomen iuris* que não corresponde à sua natureza; designando-o por ignorância ou equívoco, por uma falsa denominação. O nome dado é de pouca importância porque é regra usual de interpretação que se deve à vontade real das partes, não às palavras e expressões empregadas sem propriedade. A imprecisão da linguagem jurídica deixa intacto o conteúdo prático a que se quer chegar, segundo o almejado pelos contraentes⁵⁴¹.

De qualquer forma, a discussão apenas ratifica o entendimento do autor. Integrando, ou não, cláusulas de declarações e garantias em suas diferentes abrangências,

⁵⁴⁰ Explica Alessandra Forgioni: “a cláusula de declarações e garantias consiste numa parcela do modelo mundialmente difundido de instrumento contratual de compra e venda de participações societárias de controle. A despeito desse fato ser verdadeiro, não há nada que impeça as partes de fugirem do padrão, estipulando, sob a denominação de ‘declarações e garantias’, acordos de diferentes tipos. Caso se considerasse que todo e qualquer item inserido em uma cláusula intitulada de ‘declarações e garantias’ é uma ‘declaração e garantia’, o estudo desse dispositivo contratual seria impossível”. Exemplifica com a seguinte cláusula obtida a partir de pesquisa empírica realizada pela autora:

“4.1. A Vendedora e [o interveniente-anuente] declaram e garantem à Compradora o que segue:

4.2. A Vendedora e [o interveniente-anuente] se comprometem, por um período de 2 (dois) anos a partir desta data, a não competir com a [sociedade], direta ou indiretamente (por meio de interposta pessoa, natural ou jurídica), comprometendo-se a não atuar em atividades similares ou correlata as ora exercidas pela [sociedade], pelo referido período, seja a que título for.

4.3. Similarmente ao disposto em 4.2 acima, a Vendedora e [o interveniente-anuente] se comprometem, por um período de 2 (dois) anos a partir desta data, a não aliciar nenhum cliente, empregado ou colaborador da [sociedade], direta ou indiretamente (por meio de interposta pessoa, natural ou jurídica), comprometendo-se a não persuadir ou tentar persuadir ou contratar qualquer pessoa que seja empregado, prestador de serviço ou colaborador a qualquer título da [sociedade].

(...)

4.5. O descumprimento específico destas cláusulas 4.2 e 4.3 implicará no pagamento de multa pela Vendedora no valor correspondente a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser atualizado desde a presente data até o efetivo pagamento pelas variações do IGP-M, sem prejuízo de perdas e danos, e outras medidas legais cabíveis visando à cessação da concorrência e do ilícito contratual.” (FORGIONI, Alessandra. A cláusula de declarações e garantias nos contratos de compra e venda de participações societárias de controle. Dissertação [Mestrado em Direito Comercial] – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 33-35).

⁵⁴¹ FERRARA, Francesco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Tradução de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 238.

ter-se-á regime diferenciado, atinente ao direito das obrigações, nomeadamente atraindo o regime do inadimplemento. Se, portanto, cláusulas como as discutidas, isto é, que imponham obrigações futuras de lado a lado, referirem-se à conteúdo ESG (pressuposto objetivo), e observado o requisito subjetivo-funcional, está-se diante de contratações ESG, ainda que sob a alcunha contratual de declarações e garantias.

III.1.4. Distinções e intersecções: contratações ESG e *moral clauses*

No direito norte americano, *morality clauses*, *moral clauses* ou *good conduct clauses* são pactos que, como o nome sugere, impõem padrões comportamentais adotados por grandes companhias visando a proteger a imagem de sua marca de dano reputacional em caso de má-conduta do “embaixador da marca”, garantindo-se, assim, o direito de resolver o contrato nas hipóteses de referida pessoa comportar-se de maneira a atingir negativamente sua imagem e, conseqüentemente, a reputação do titular da marca ou do produto⁵⁴².

À luz de caso envolvendo rompimento de contrato de patrocínio do nadador olímpico americano Ryan Lochte, por ocasião das olimpíadas do Rio de Janeiro, no ano de 2016, – o atleta mentiu ao ter declarado ter sido assaltado em episódio noturno, quando, em verdade, perambulava com colegas atletas, embriagados, pela cidade do Rio de Janeiro – avaliou-se a compatibilidade da cláusula com o Direito brasileiro, bem assim a possibilidade de rompimento da avença em caso de seu descumprimento⁵⁴³.

Ao lado, portanto, das prestações positivas e negativas, comumente atreladas ao objeto do contrato, é cada vez mais comum a inserção de disposições contratuais relativas à conduta do contraente⁵⁴⁴, como também pode ocorrer em contratações ESG.

⁵⁴² BHATTACHARYA, Tanushree. Morality clauses. a corporate’s boon or athlete’s bane? *Global Sports Policy Review*. v. 1. n. 2, 2021, p. 76-83, s.p.. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgblspr1%26collection%3Djournals%26id%3D228%26startid%3D228%26endid%3D235>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁴³ Ver a respeito: LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, 2017, v. 12, p. 37-58.

⁵⁴⁴ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 488.

Em se tratando de deveres laterais, o contrato de patrocínio reserva destaque ao dever de fidelidade, pois é intensa a relação fiduciária que se estabelece entre os contratantes. Nesse contexto, a imagem que uma parte assume perante o público pode reverberar em proveito ou arruinar o seu parceiro, citando-se, por exemplo, nessa última hipótese, a situação de campeões olímpicos envolvidos com drogas ou comentários homofóbicos, bem como de atletas acusados de crime hediondo. Assim sucedendo, o escopo do patrocínio não é alcançado, gerando-se péssima publicidade para o patrocinador. É a razão pela qual se pactuam, com frequência, cláusulas que condicionem qualquer das partes a boas práticas sociais⁵⁴⁵.

Em outros termos, a *moral clause* é definida como a previsão contratual que outorga a uma das partes contratantes, normalmente uma sociedade, o direito unilateral de resolver o contrato ou adotar medidas punitivas contra a outra parte (normalmente um indivíduo de quem se pretende a imagem) na hipótese de o indivíduo comportar-se de maneira repreensível ou adotar condutas que possam impactar negativamente a sua própria imagem e, por consequência, a reputação da sociedade contratante⁵⁴⁶.

Normalmente a organização é figura que tem interesses a serem protegidos, ao mesmo tempo em que pretende fortalecer, consolidar ou expandir sua marca e sua reputação, atrelando-se a pessoas que causam clamor social favorável, em diferentes segmentos. Tais pessoas podem abranger artistas, celebridades, esportistas, influenciadores digitais, iniciantes em modalidades esportivas, artísticas e culturais, seus próprios empregados, diretores etc., ora contratados, ora patrocinados por sua contraparte contratual, com possibilidade de encerrar diferentes objetos obrigacionais, como a cessão de direito de imagem, a publicidade, o *marketing* etc.

Em modalidade abrangida pelo contrato de patrocínio em sentido amplo, os *endorsement agreements* constituem modalidade contratada por uma organização visando à expansão de sua marca e vendas – não há, como no patrocínio estritamente considerado,

⁵⁴⁵ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos*. temas atuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 103-104.

⁵⁴⁶ EPSTEIN, Caroline. Moral clauses: past, present and future. *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*. v. 5. n. 1, 2015, p. 72-106, 73. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fnyuinpe5%26collection%3Dusjournals%26id%3D77%26startid%3D77%26endid%3D111>. Acesso em: 3 fev. 2023.

intenção precípua de incentivo à prática de determinada atividade, evento etc. –, atrelando-se a alguma celebridade e se aproveitando de sua boa reputação junto ao mercado de consumo, podendo envolver campanhas publicitárias, lançamentos promocionais e exclusivos (quem não se lembra do “Air Jordan”?), exposição e uso pela celebridade dos itens de determinada marca durante os eventos de que participe (muito comum ocorrer com influenciadores digitais, nos esportes etc.). E, nessas modalidades, contratam-se *moral clauses*, exatamente porque:

‘Reputations take a lifetime to build and seconds to destroy’ so goes this famous aphorism. The role of celebrity endorsement exerts a pivotal role in influencing the sales of a product in the market. Everyone wishes to emulate their favourite celebrity's lifestyle and sense of fashion. One always associates their favourite actor with the character he has played and mimics his dialogues. This is why brands and production houses wisely choose a celebrity to represent them since the celebrity extends their values. At times the conduct of the celebrity can be incongruous with society's prevalent standards of morality, which can malign the company's public image. This can leave long-lasting scars on companies' and production houses' image in the public eye⁵⁴⁷.

A primeira aparição de tais contratações nos Estados Unidos da América data de 1920, na indústria *hollywoodiana* de entretenimento, em decorrência de diversos escândalos sucedidos em Hollywood, gerando grande repercussão pública e demandando maiores padrões de moralidade no cinema, destacando-se o episódio do comediante Rosco Arbuckle, que tinha com a Paramount Pictures contrato assinado por três anos, quando uma mulher, Virginia Rappe, foi encontrada morta no quarto do hotel em que o ator estava hospedado. Em resposta, a *Universal Studios*, ciente do impacto

⁵⁴⁷ SETH, Nandika. Watch your steps: role of morality clauses in talent and endorsement agreements. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 5. n. 5, 2022, p. 933-941, 933. Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fijlmhs%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029>. Acesso em: 3 fev. 2023. Tradução livre: “‘Reputações levam uma vida inteira para serem construídas e segundos para serem destruídas’, assim diz este famoso ditado. O papel dos contratos firmados com celebridades exerce um papel fundamental em influenciar as vendas de um produto no mercado. Todo mundo deseja imitar o estilo de vida e artigos de moda de sua celebridade favorita. Sempre se associa seu ator favorito ao personagem que interpretou e se imitam seus diálogos. É por isso que marcas e produtoras escolhem sabiamente uma celebridade para as representar, uma vez que a celebridade amplia seus valores. Às vezes, a conduta da celebridade pode ser incongruente com os padrões de moralidade predominantes na sociedade, o que pode prejudicar a imagem pública da empresa. Isso pode deixar cicatrizes duradouras na imagem das empresas e produtoras aos olhos do público”.

causado à reputação dos envolvidos, passou a prever *moral clauses* nos contratos com suas celebridades⁵⁴⁸.

Em 1922, adotou-se no contrato do jogador de beisebol Babe Ruth⁵⁴⁹, do *New York Yankees*, entre outras restrições, uma cláusula exigindo que o jogador se abstinhasse de beber, bem assim que fosse dormir antes de 1 hora da manhã durante a temporada, gerando controvérsias sobre a validade de tais cláusulas, consideradas irrazoáveis ao impor restrições comportamentais aos jogadores profissionais, para além de suas obrigações no estádio⁵⁵⁰.

Sua utilização, igualmente, foi adotada para regular condutas políticas de celebridades, desde os anos 1940, nos Estados Unidos da América. Em 1947, alguns atores, diretores, produtores etc. foram chamados a depor em Washington e em Los Angeles por alegadamente divulgarem ideias comunistas no cenário *hollywoodiano*, o que era contrário aos interesses políticos da ocasião. Alguns desses profissionais, especificamente 10 dos 47 investigados, tiveram seus depoimentos considerados como “não amigáveis”. Os “*popular ten*”, então, tiveram contra si invocações de *moral*

⁵⁴⁸ Sobre o tema, ver: SETH, Nandika. Watch your steps: role of morality clauses in talent and endorsement agreements. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 5. n. 5, 2022, p. 933-941, 934-935. Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fjlmhs5%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029>. Acesso em: 3 fev. 2023. Ver, igualmente: EPSTEIN, Caroline. Moral clauses: past, present and future. *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*. v. 5. n. 1, 2015, p. 72-106, 76. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fnyuinpe5%26collection%3Dusjournals%26id%3D77%26startid%3D77%26endid%3D111>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁴⁹ Para saber mais da contratação e dos termos da *moral clause* pactuada, inclusive envolvendo outros atletas, ver: KATHERIA, Tushar. Importance of moral clause in sports contracts. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 3. n. 3, 2020, p. 2025-2034. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fjlmhs5%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁵⁰ BHATTACHARYA, Tanushree. Morality clauses. a corporate’s boon or athlete’s bane? *Global Sports Policy Review*. v. 1. n. 2, 2021, p. 76-83, s.p.. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgblspr1%26collection%3Djournals%26id%3D228%26startid%3D228%26endid%3D235>. Acesso em: 3 fev. 2023.

clauses provocadas pela indústria do cinema, informando que não contrataria nenhum dos *popular ten*, a menos que, sob juramento, se autodeclarassem não comunistas⁵⁵¹.

O uso das cláusulas aqui estudadas mostra-se perfeitamente possível e pertinente nos dias de hoje. Em verdade, são de ainda maior utilidade, se considerada a velocidade e a letalidade com que as informações transitam nas redes sociais, nas diferentes formas de mídia etc., correndo o planeta em questão de segundos. Há verdadeira potencialização dos danos a que as partes contratantes estão sujeitas em tais modalidades de contratação, sendo certo que muitos representantes de companhias se valem de redes sociais pessoais para emitir opiniões, expor valores etc., podendo acarretar resultados catastróficos à reputação dos envolvidos.

A propósito, em artigo sobre o tema, consta a seguinte alusão às redes sociais:

Imagine you are the chief executive of a major news network. You have just signed a multi-million dollar contract with your top news anchor, Fred Fabricate. Just as you are congratulating yourself on your shrewd negotiations, you notice a troubling headline trending on Facebook, Twitter, and your Daily Beast Cheat Sheet: "Fred Fabricate's Web of Lies!" According to the articles, your golden boy has falsified details of past news reports. You call your lawyers in distress, and thankfully they have a solution. Fabricate has a morals clause in his contract with the network, and his conduct is grounds for termination of the agreement. You sigh in relief, thankful that this disaster can be resolved with minimal financial liability⁵⁵².

⁵⁵¹ SETH, Nandika. Watch your steps: role of morality clauses in talent and endorsement agreements. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 5. n. 5, 2022, p. 933-941, 935. Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Ffilmhs5%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029>. Acesso em: 3 fev. 2023. Ver, igualmente: EPSTEIN, Caroline. Moral clauses: past, present and future. *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*. v. 5. n. 1, 2015, p. 72-106, 76, 77. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fnyuinpe5%26collection%3Dusjournals%26id%3D77%26startid%3D77%26endid%3D111>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁵² EPSTEIN, Caroline. Moral clauses: past, present and future. *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*. v. 5. n. 1, 2015, p. 72-106, 72. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fnyuinpe5%26collection%3Dusjournals%26id%3D77%26startid%3D77%26endid%3D111>. Acesso em: 3 fev. 2023. Tradução livre: “Imagine que você é o CEO de um grande canal de notícias. Você acabou de assinar um contrato multimilionário com seu principal âncora de notícias, Fred Fabricate. No momento em que você está se parabenizando por suas negociações astutas, você toma ciência de manchete preocupante no Facebook, no Twitter e no Daily Beast: ‘A Teia de Mentiras de Fred Fabricate!’ De acordo com os artigos, o seu menino de ouro falsificou detalhes de notícias anteriores. Você liga para seus advogados e, felizmente, eles têm uma solução. Fabricate possui

As *moral clauses*, ao estabelecer padrões de conduta a determinados representantes da companhia, também servem ao propósito de evitar o ajuizamento de demandas por acionistas que se sintam lesados pelos comportamentos lesivos dos representantes da instituição. Veja-se a exposição do problema:

Um acionista pode processar praticamente qualquer violação de dever percebida pela administração ou pelo conselho de administração. O que acontece quando uma ação cai em percentual enorme no mesmo período de notícias envolvendo a má conduta de um funcionário ou gerente? Ou o que acontece quando um magnata da mídia comete algum ato flagrante durante o trabalho? Os acionistas provavelmente irão processar. Por que? Para proteger o seu investimento da reputação manchada da empresa.

Um ‘magnata dos meios de comunicação social’, para efeitos desta discussão, significa uma pessoa que ocupa uma posição de liderança significativa em empresa de entretenimento. Quando um magnata da mídia comete uma infração de comportamento, tudo pode estar em jogo – e tudo isso pode incluir todo o valor e a existência da própria empresa. A má conduta comportamental pode custar danos de muitos milhões; pode custar danos duradouros à reputação; pode custar muitos milhões de danos colaterais às empresas parceiras; pode custar danos colaterais a indivíduos inocentes que fazem parte da mesma equipe de produção ou de uma equipe de produção relacionada, que podem não lucrar mais com a participação nessa produção. Os danos podem estender-se para cima e para baixo na linha de produção de várias maneiras, até mesmo fazendo com que uma propriedade intelectual que deveria ter décadas de valor e na qual muitas empresas e pessoas investiram de boa-fé se torne instantaneamente inútil. Os danos podem ser tão extensos que não existe uma forma confiável de estimá-lo⁵⁵³.

cláusula moral em seu contrato com a rede televisiva, e sua conduta é motivo para término do contrato. Você suspira de alívio, agradecido porque a tragédia pôde ser resolvida com impacto financeiro mínimo”.

⁵⁵³ Tradução livre. MORRIS, Rick G. Media moguls risking it all: contract-clauses in the entertainment business in the age of #METoo. *Arizona State University Sports and Entertainment Law*. v. 9, n. 1. 2019, p. 1-47, 6. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fselj9%26collection%3Dusjournals%26id%3D1%26startid%3D1%26endid%3D47>. Acesso em: 3 fev. 2023. Original: “A shareholder can sue over practically any perceived breach of duty by management or the board of directors. What happens when a stock falls by a huge percentage within the same timeframe of breaking of news involving the misconduct of an employee or manager? Or what happens when a media mogul commits some egregious act while on the job? Shareholders are likely to sue. Why? To protect their investment from the company's tarnished reputation.

A ‘media mogul’, for the purpose of this discussion, means a person in a significant leadership position in an entertainment company. When a media mogul commits a significant breach of behavior, it may all be on the line - and that all can include up to the entire value and existence of the company itself. Behavioral misconduct may cost damages of many millions; it may cost enduring reputational damage; it may cost collateral damage to partner companies in many millions; it may cost collateral damage to innocent individuals part of the same or related production team that may no longer profit from being on that production. The damage can extend up and down the line of production various ways, even causing intellectual property that should have decades of value and in which many companies and

Em vista, também, da proteção dos interesses das pessoas contratadas ou patrocinadas, é concebida a *reverse-morality/moral clause*⁵⁵⁴⁻⁵⁵⁵, pela primeira vez utilizada nos Estados Unidos da América em 1968⁵⁵⁶, exigindo, também, das organizações contratantes ou patrocinadores determinados padrões de conduta, sob pena de, violada a cláusula, possibilitar ao contratado ou ao patrocinado decretar o término do vínculo obrigacional. Assim, contratados ou patrocinados igualmente passam a ter interesse na proteção de sua reputação, pois agrega valor e atinge, muitas vezes, a sua remuneração e sucesso de carreira (não apenas para carreiras de famosos, mas também na prática de profissionais liberais etc.).

São cláusulas, portanto, que, reciprocamente, ou não, com vistas aos deveres de conduta aplicáveis ao contratado ou patrocinado, pretendem proteger a reputação das celebridades de comportamentos negativos, antiéticos, imorais e criminais do ente contratante/patrocinador. Assim como organizações protegem sua reputação, os beneficiários da *reverse-moral clauses* também pretendem buscar se desassociar de certas condutas adotadas por contratantes e patrocinadores que possam ser repudiadas moralmente⁵⁵⁷. Eis aqui o interesse que enseja a contratação do modelo obrigacional.

people have invested in good faith, instantly worthless. The damage can be so extensive that there is no reliable way to estimate it”.

⁵⁵⁴ KRISHNA, Rohit. The need to reset morality clause in athlete contracts. *Global Sports Policy Review*. v. 2. n. 1, 2021, p. 70-79, s.p. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgblspr%26collection%3Djournals%26id%3D70%26startid%3D70%26endid%3D79>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁵⁵ Para detalhes da contratação específica, envolvendo o ator e cantor Pat Boone, ver: SETH, Nandika. Watch your steps: role of morality clauses in talent and endorsement agreements. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 5. n. 5, 2022, p. 933-941, 935-936. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fijlmhs%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁵⁶ Para consultar a trajetória da utilização das *moral clauses* até a germinação das *reverse moral clauses* ver: SETH, Nandika. Watch your steps: role of morality clauses in talent and endorsement agreements. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 5. n. 5, 2022, p. 933-941. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fijlmhs%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁵⁷ SETH, Nandika. Watch your steps: role of morality clauses in talent and endorsement agreements. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 5. n. 5, 2022, p. 933-941, 935. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fijlmhs%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029>.

Importante observar que os deveres do ente que expande a marca vão além do contexto de um ambiente de trabalho (no caso de atletas profissionais, das quadras, das pistas; no caso dos influenciadores digitais, suas redes sociais; etc., conforme o caso), ditando a maneira como a pessoa deve portar-se em todos os momentos, mesmo para além das fronteiras do exercício da profissão objeto do contrato, em especial porque, como personalidades famosas, estão sempre sob o juízo de valor do público⁵⁵⁸.

A premissa é a de que uma pessoa continua a representar a organização a que se vincula mesmo fora do expediente de trabalho, incluindo-se o ambiente digital, contexto em que, sabedores de que a imagem da marca não é a prova de bala, os detentores do direito contratam critérios restritos de proteção contratual⁵⁵⁹, evitando-se riscos reputacionais decorrentes do comportamento coibido ou esperado.

Por outro lado, discute-se como a vagueza e, algumas vezes, alguns direitos fundamentais do atleta ou de qualquer celebridade são afetados por tais modalidades de cláusulas em alguns cenários, incluindo-se a eventual hipossuficiência do indivíduo que negocia com a grande corporação⁵⁶⁰.

[ndle%3Dhein.journals%2Fijlmhs5%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029](https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fijlmhs5%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029). Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁵⁸ BHATTACHARYA, Tanushree. Morality clauses. a corporate's boon or athlete's bane? *Global Sports Policy Review*. v. 1. n. 2, 2021, p. 76-83, s.p. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgblspr1%26collection%3Djournals%26id%3D228%26startid%3D228%26endid%3D235>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁵⁹ BHATTACHARYA, Tanushree. Morality clauses. a corporate's boon or athlete's bane? *Global Sports Policy Review*. v. 1. n. 2, 2021, p. 76-83, s.p. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgblspr1%26collection%3Djournals%26id%3D228%26startid%3D228%26endid%3D235>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁶⁰ Ver a respeito: BHATTACHARYA, Tanushree. Morality clauses. a corporate's boon or athlete's bane? *Global Sports Policy Review*. v. 1. n. 2, 2021, p. 76-83. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgblspr1%26collection%3Djournals%26id%3D228%26startid%3D228%26endid%3D235>. Acesso em: 3 fev. 2023; KRISHNA, Rohit. The need to reset morality clause in athlete contracts. *Global Sports Policy Review*. v. 2. n. 1, 2021, p. 70-79, s.p. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgblspr2%26collection%3Djournals%26id%3D70%26startid%3D70%26endid%3D79>. Acesso em: 3 fev. 2023; BUONO, Kira N. Athletes sacked by moral turpitude clauses: presumed guilty unless proven innocent. *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2015, v. 41, p. 367-394. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fnejcc41%26collection%3Dusjournals%26id%3D381%26startid%3D381%26endid%3D408>. Acesso em: 3 fev. 2023; ABRIL, Patricia Sánchez; GREENE, Nicholas. Contracting correctness: a rubric for analyzing morality clauses. *Wash and Lee Law Review*, 2017, v.

Embora não se pretenda discorrer sobre o tema, que extrapola o escopo do presente trabalho, tem-se que respeitar, por exemplo, o livre exercício de pensamento, de voto, de religião, a privacidade, enfim, direitos e garantias fundamentais no âmbito da Constituição Federal brasileira.

Ao se estabelecer, portanto, que as *moral clauses* (e também as *reverse moral clauses*) regulam o comportamento *off-field* do devedor, isto é, fora do “campo” e do âmbito de atuação do devedor que fundou a contratação, exigindo-lhe condutas éticas e morais, em sintonia com as normas sociais, sob pena de resolver-se o contrato⁵⁶¹, tem-se larga similaridade com os interesses que permeiam as *contratações ESG laterais*.

Vale lembrar que, nas contratações ESG laterais, para além de o devedor estar subordinado a comportar-se ou a agir de determinada maneira no âmbito do objeto do contrato específico, este deve seguir o comportamento exigido pela cláusula também no âmbito de suas outras contratações e no seio de suas operações como um todo. Dessa forma, tal qual as *moral clauses*, as *contratações ESG laterais* englobam o comportamento *off-field*, mas para ser entendido como fora do campo do contrato – e não do campo de futebol, de beisebol etc.

Nesse contexto, pode-se presumir quase perfeita identidade de interesses que permeiam as contratações ESG laterais com aqueles que motivam contratações de *moral clauses*, reservando-se importância à pessoa da contraparte contratual – e não ao escopo contratual propriamente dito.

É evidente que a identidade referida dependerá do contexto das respectivas contratações, a ser avaliado como um todo, mas é possível, em tese, estabelecerem-se analogias voltadas à determinar o interesse buscado pelas *contratações ESG laterais* e os interesses almejados pelas partes quando da contratação de *moral clauses*, o que poderá afetar, essencialmente, a avaliação da perda do interesse útil do credor na contratação, em

74, n. 1, p. 3-76. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fwaslee74%26collection%3Dusjournals%26id%3D19%26startid%3D19%26endid%3D92>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁵⁶¹ KRISHNA, Rohit. The need to reset morality clause in athlete contracts. *Global Sports Policy Review*. v. 2. n. 1, 2021, p. 70-79, s.p. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgbspr2%26collection%3Djournals%26id%3D70%26startid%3D70%26endid%3D79>. Acesso em: 3 fev. 2023.

caso de descumprimento contratual dos deveres de ditas figuras contratuais e, conseqüentemente, se está, ou não, o credor, autorizado a resolver o negócio jurídico em discussão.

Tem-se, em ambos os casos, ademais, sob o ponto de vista da estrutura das obrigações, que tanto as *contratações ESG laterais* quanto as *moral clauses* enquadram-se, a rigor, em deveres laterais de conduta.

Assim, fica mais fácil perceber a possibilidade de determinadas *moral clauses* serem, também, sob o ponto de vista classificatório do presente trabalho, *contratações ESG laterais*. Para tanto, o dever de procedimento idôneo do atleta ou do patrocinado, conforme o caso, deverá ter conteúdo ESG (requisito objetivo) e a contratação deverá refletir, nesse caso pelo ente contratante do atleta ou do ente patrocinador, políticas ESG incorporadas em sua atuação (requisito subjetivo-funcional).

As *moral clauses*, entretanto, também podem redundar em *contratação ESG conformativa do meio*, estabelecendo, novamente, a presença dos requisitos de tais modalidades. Como visto, as *moral clauses* abrangem determinado modelo de conduta do atleta/celebridade/funcionário/representante – com quem quer que seja firmado e qualquer que seja o negócio jurídico em que inserida a cláusula – a ser observado fora do domínio de sua atuação, isto é, como explicado, *off-field*, o que não significa estarem desobrigados a adotar o modelo adequado de conduta quando nas respectivas posições que motivaram a celebração do contrato.

Assim, o jogador de basquete a quem é vedado participar de conflitos físicos, não poderá fazê-lo nem dentro, nem fora do domínio das quatro linhas. O mesmo se aplica ao jogador de beisebol que se obrigou a não beber durante a temporada. Não poderá fazê-lo nem dentro nem fora do campo. Deve-se excetuar, aqui, a situação do boxeador ou do lutador de MMA que, a quem é vedado brigar, por força das *moral clauses*, evidentemente poderá agredir o seu oponente durante a luta.

Significa, assim, que as *moral clauses* podem abranger concomitantemente, presentes seus requisitos, *contratações ESG laterais* – ao vedar comportamentos ou estabelecer padrões de conduta aos devedores fora do âmbito contratual – e *contratações ESG conformativas do meio* – ao regular o mesmo, mas abrangendo a área de atuação do devedor que fundamentou a contratação em que inserida a cláusula.

Tem-se, nesse último caso, como peculiar às *contratações ESG conformativas do meio*, um modo de conduta do dever de prestar, que é jogar beisebol, mas sóbrio ou sem brigar com o atleta adversário ou ofender a torcida oponente.

Tal constatação é mera consequência do fato já demonstrado de que toda *contratação ESG lateral* encerra, em si, de igual modo, *contratação ESG conformativa do meio*, pois aquele que se compromete a não corromper autoridades públicas no âmbito de suas operações (*contratação ESG lateral*), independentemente ou não de estar atrelada ao contrato, também assume o compromisso de não corromper autoridades públicas no âmbito do negócio jurídico específico (*contratação ESG conformativa do meio*).

III.2. Funções das contratações ESG

Para adequada avaliação da possibilidade e para se estabelecer o fundamento legitimador da resolução contratual pautada em inexecução de obrigações que estão à margem do objeto contratual propriamente dito, a exemplo do que ocorre, em menor grau, com as *contratações ESG conformativas do meio* e, em maior grau, com as *contratações ESG laterais*, é preciso compreender os interesses jurídicos que as contratações ESG pretendem preservar.

Como se afirmou no que se refere à contratos de fornecimento contendo cláusulas visando à preservação do meio ambiente – estendendo-se às contratações ESG em geral –, é de primordial importância entender a motivação para regulação de tais pactos que afetam o comportamento das empresas⁵⁶².

Fábio Konder Comparato afirma inexistir “inteligência exata das regras jurídicas empresariais sem a compreensão dos interesses econômicos em causa”⁵⁶³, pois, como sintetiza Paula Forgioni, “se as partes não contratam meramente pelo prazer de

⁵⁶² VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.

⁵⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. Alienação de controle de companhia aberta. In: _____. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 76.

trocar declarações de vontade, o contrato é concebido como uma função (= função econômica = causa) e a interpretação da avença deve levar à sua consecução⁵⁶⁴.

No âmbito ESG, mais importante do que patrimonialidade da prestação é que a prestação vise ao atendimento de interesse juridicamente relevante, isto é, não pode atender a um simples capricho do credor⁵⁶⁵. Admite-se, pois, que o credor tenha interesses extrapatrimoniais a serem alcançados por meio da prestação do devedor em cumprimento a uma obrigação cujo objeto é econômico, sendo, exatamente, o interesse finalístico do credor – que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial -, e a pedra de toque da avaliação do (in)adimplemento de dada obrigação⁵⁶⁶.

Vejam-se, em abstrato, quais interesses permeiam a prática de contratações ESG, sem prejuízo de outros, a serem, sempre, apreciadas caso a caso.

III.2.1. Resguardo à boa reputação e à marca

Entende-se que as contratações ESG representam o interesse que as pessoas jurídicas têm no resguardo à boa reputação e à marca, juntamente a seus investidores, consumidores, bancos, credores, agências de medição de risco etc.⁵⁶⁷.

Sabe-se que a reputação constitui grande parte do valor de muitas companhias, sendo que os benefícios que tais tipos de cláusulas trazem à imagem do contratante perante seus investidores, financiadores, seguradores, consumidores,

⁵⁶⁴ FORGIONI, Paula A. Apontamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais. Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. jan./mar. 2006, v. 141, p. 31-40, 37-38.

⁵⁶⁵ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 101.

⁵⁶⁶ FURTADO, Gabriel Rocha. Inadimplemento por perda do interesse útil para o credor. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 51-82, 58, 59.

⁵⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 315. No mesmo sentido: CAMPOS, Vinicius Medina; BERTACCHINI, Yago Alves; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Empresas ESG. uma nova perspectiva para enfrentar os desafios do capitalismo além da renda mínima. *Scientia Iuris*: Londrina, v. 26, n. 1, mar. 2022, p. 89-104, 98 e ss.

empregados, gerentes, comunidades locais etc. podem ser precisamente os valores que as promessas de cunho ESG da contraparte são desenhadas para suprir⁵⁶⁸.

Em questões como mudança climática, considera-se que os benefícios reputacionais de uma imagem ambiental positiva supera qualquer custo com contratações ESG nos contratos de fornecimento, sendo que a contratação com terceiros sediados em países com poucas exigências ambientais não é mais uma maneira de se evitar pressão reputacional⁵⁶⁹.

Não custa lembrar que, em matéria de direitos humanos, por exemplo, um dos desafios enfrentados é exatamente a sede e local de operação das companhias, localizadas em Estados que, muitas vezes, são permissíveis em matérias humanitárias (e também de

⁵⁶⁸ VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.

⁵⁶⁹ VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p. Em matérias de Direitos Humanos, o mesmo se verifica: “take the case of transnational corporations. Their legal rights have been expanded significantly over the past generation. This has encouraged investment and trade flows, but it has also created instances of imbalances between firms and States that may be detrimental to human rights. The more than 2,500 bilateral investment treaties currently in effect are a case in point. While providing legitimate protection to foreign investors, these treaties also permit those investors to take host States to binding international arbitration, including for alleged damages resulting from implementation of legislation to improve domestic social and environmental standards - even when the legislation applies uniformly to all businesses, foreign and domestic. A European mining company operating in South Africa recently challenged that country’s black economic empowerment laws on these grounds”. Tradução livre: “vejamos o caso das corporações transnacionais. Os seus direitos legais foram ampliados significativamente ao longo da última geração. Isto incentivou o investimento e os fluxos comerciais, mas também criou casos de desequilíbrios entre empresas e Estados que podem ser prejudiciais aos direitos humanos. Os mais de 2.500 tratados bilaterais de investimento atualmente em vigor são um exemplo disso. Ao mesmo tempo que proporcionam proteção legítima aos investidores estrangeiros, estes tratados também permitem que esses investidores levem os Estados anfitriões a uma arbitragem internacional vinculativa, incluindo por alegados danos resultantes da implementação de legislação para melhorar os padrões sociais e ambientais nacionais – mesmo quando a legislação se aplica uniformemente a todas as empresas, nacionais e estrangeiras. Uma empresa mineradora europeia que opera na África do Sul contestou recentemente as leis de empoderamento econômico negro daquele país com base nestes motivos”. (UNITED NATIONS (DIGITAL LIBRARY). *CDH. Guiding Principles on Business and Human Rights*:: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, p. 5. 17ª sessão. 7 abr. 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/625292>. Acesso em: 31 jan. 2023).

meio ambiente), especialmente se têm interesse na atração de investimentos estrangeiros⁵⁷⁰.

Contudo, se a ideia é resguardar a boa reputação em razão da integridade, as contratações ESG são mecanismos que atendem, quase que plenamente, ao resguardo de tal interesse, ainda que a legislação local seja permissiva em matérias ESG.

Contratações ESG principal e qualitativas do objeto alavancam a reputação da companhia, ao adquirir bens e serviços que incrementam suas práticas ESG. Assim, por exemplo, na aquisição de veículos que reduzam a emissão de poluentes ou na contratação, por determinada organização, de serviços jurídicos para aprimoramento de determinado programa de *compliance*. É natural esperar do mercado consumidor, dos investidores e dos *stakeholders* em geral a melhora na percepção da reputação daquele ente quando tais investimento chegam ao domínio público.

Da mesma forma, *contratações ESG laterais e conformativas do meio* também desnudam objetivo de resguardo à boa reputação e marca das companhias, pois têm o condão de evitar ou, ao menos, possibilitar a adoção de remédios contratuais, a fim de que a parte lesada possa se desvincular da imagem pouco íntegra de sua contraparte na condução de seus negócios em matérias ESG.

Basta imaginar que, tomado conhecimento da violação de determinada contratação que veda a utilização de mão de obra infantil por um de seus fornecedores, a parte contratante poderá defender-se publicamente sob o argumento da existência de cláusula impeditiva de tal prática⁵⁷¹.

Sob o viés de evitar a ocorrência do evento danoso, em si, há possibilidade de se contratar o monitoramento, pela parte contratante, das práticas empregadas pelo

⁵⁷⁰ UNITED NATIONS (DIGITAL LIBRARY). *CDH. Guiding Principles on Business and Human Rights:: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, p. 6. 17^a sessão. 21 mar. 2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/121/90/PDF/G1112190.pdf?OpenElement>. Acesso em: 31 jan. 2023.

⁵⁷¹ Como noticiado, o contrato padrão de fornecedores da General Motor requer que os fornecedores não se valham de trabalho infantil, por exemplo. (LIPSON, Jonathan. Promising Justice: contract (as) social responsibility. *Wisconsin Law Review*. 2019, p. 1109-1160, 1111. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3508766. Acesso em: 5 abr. 2024

fornecedor em suas relações trabalhistas, tudo para evitar a ocorrência do evento e, conseqüentemente, do dano reputacional subseqüente.

Assinale-se que a possibilidade de monitoramento das atividades do devedor para o cumprimento da obrigação ESG assumida é traço importante e deve ser visto como meio de evitar o rompimento do pacto, como também prerrogativa que acresce ao interesse de resguardo à boa-reputação e marca do credor.

As *contratações ESG laterais* são as que revelam com maior nitidez o interesse de resguardo à reputação pelos contratantes. Basta notar que o comportamento esperado ou vedado pelo devedor não guarda qualquer grau de conexão com a prestação principal do negócio jurídico.

Sobressai nítida a intenção de que não só interessa qual o bem jurídico objeto da prestação principal do negócio jurídico, mas em especial quem entregará tal bem ao credor, do que exsurge a preocupação com a boa reputação. Não se quer contratar apenas pelo bem da vida, mas quer-se o bem entregue por quem detenha comportamentos minimamente íntegros sob o ponto de vista reputacional.

III.2.2. Criação, manutenção ou aperfeiçoamento de ativo empresarial próprio

Mais do que elemento de preservação dos interesses relativos à marca e ao bom nome, contratações ESG têm, tal qual os fatores ESG e sua implementação pelas companhias, função de proteger outro ativo empresarial: a organização empresarial, incrementada pela implementação e prática organizada e institucionalizada de medidas de sustentabilidade alinhada aos interesses da coletividade pela companhia.

Como já se indicou, “*the social, economic and environmental spheres are thus interconnected such to create a circular supply value chain within the firm*”⁵⁷².

⁵⁷² Tradução livre: “as esferas social, econômica e ambiental estão, portanto, interligadas de modo a criar uma cadeia de valor de fornecimento circular dentro da empresa”. LUCIA, Caterina De; PAZIENZA, Pasquale; BARLETT, Mark. Does good ESG lead to better financial performance by firms? machine learning and logistic regression models of public enterprises in Europe. *Sustainability*. v. 12, 2020, p. 2. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/13/5317>. Acesso em: 30 jan. 2023.

Fazem, dessa forma, parte da organização empresarial, constituindo ativo, ainda que intangível.

De outro lado, ao manter boa reputação, estabelecendo bons relacionamentos com *stakeholders* como funcionários, consumidores, comunidades, as companhias carregam o valor para o acionista por meio da criação de patrimônio intangível⁵⁷³.

O Relatório WCW explica, no contexto de materialidade dos aspectos ESG a criar valor ao acionista, que “*it uses a broader definition of materiality than commonly used — one that includes longer time horizons (10 years and beyond) and intangible aspects impacting company value*”⁵⁷⁴.

A integração de questões ESG ao processo das companhias, além de ser processo infinito de aprimoramento e adequação às conjunturas regulatórias, legais, políticas etc. (verdadeiro *work in progress* contínuo), não é processo que se faz do dia para a noite, por meio de simples padrão ou manual, mas, ao revés, trata-se de procedimento evolutivo a ser incorporado à cultura dos agentes, de maneira organizada, estruturada, documentada⁵⁷⁵, e com grande dispêndio de recursos, que se troca por outro ativo – a implementação dos fatores ESG à estrutura organizacional.

A implementação dos fatores ESG constitui, portanto, verdadeiro ativo empresarial, de modo que as contratações ESG, um braço dos fatores ESG, têm também o papel aqui observado.

⁵⁷³ ZUMENTE, Ilze; BISTROVA, Jūlija. ESG importance for long-term shareholder value creation. literature vs. practice. *Journal of Open Innovation. Technology, Market and Complexity*. v. 7, 2021, s.p.

⁵⁷⁴ Tradução livre: “utiliza uma definição de materialidade mais ampla do que a normalmente utilizada – uma que inclui horizontes de tempo mais longos (10 anos ou mais) e aspectos intangíveis que impactam o valor da empresa”. The Global Compact. Who cares wins. connecting financial markets to a changing world. New York, United Nations, 2004. Disponível em: https://pt.scribd.com/fullscreen/16876740?access_key=key-16pe23pd759qalbnx2pv. Acesso em: 26 jan. 2022.

⁵⁷⁵ WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 702.

III.2.3. A escolha da figura da contraparte contratual

O contato social entre partes que celebram negócios jurídicos não se esgota na troca de prestações, mas é, em si, motivação ou causa de uma relação *especial* entre as *pessoas*⁵⁷⁶, o que se sobressai no contexto das contratações ESG, notadamente as laterais.

O papel das pessoas, designadamente da contraparte contratual, é primordial, na visão do autor, para compreensão dos contornos e alcance do direito resolutivo exercitável pelo credor: ao estipular que sua contraparte contratual observará determinadas regras atreladas ao desenvolvimento sustentável no âmbito de todas as suas operações, pretende-se determinar com *quem* se está a contratar. A causa aqui aludida é bastante nítida ao se perquirir a razão de ser das *contratações ESG laterais*.

Em matéria contratual, a liberdade se desdobra em quatro aspectos, a saber, a liberdade, ou não, de contratar, a liberdade de estipular o conteúdo do negócio jurídico, a liberdade de escolher a forma pela qual o negócio jurídico é formado, sendo exceção a forma prescrita em lei e, para o que interessa ao tema em discussão, a liberdade de escolher o outro contratante⁵⁷⁷.

As modalidades contratuais de execução continuada pressupõem relação de confiança e de colaboração estreitas, ou demandam certas qualidades de honorabilidade, lealdade, confidencialidade etc., que são fundamentais para a consecução da finalidade contratual. Em tais espécies, surge obrigação de conteúdo mais amplo: de abstenção de qualquer comportamento que faça desaparecer aquela relação de confiança, um dever genérico de correção, lealdade e boa-fé a que, dado o seu caráter de meio indispensável à consecução do fim do contrato, pode-se conferir o valor de uma obrigação principal⁵⁷⁸.

Como se verá, os deveres laterais podem consubstanciar relação legal de proteção entre pessoas que são oneradas com específicos deveres de conduta por causa

⁵⁷⁶ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 129.

⁵⁷⁷ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, 228.

⁵⁷⁸ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: _____. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1, p. 125-193, 141.

do contato social muito estreito que entre si estabelecem, e em razão da confiança que depositam umas nas outras⁵⁷⁹.

A pessoa da contraparte contratual é também de relevância no âmbito do adimplemento das obrigações, como por exemplo no interesse do credor em ver-se indenizado. Constitui, pois, a escolha da contraparte um interesse legítimo, resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro, especificamente pelo Direito Privado.

Em obrigações de fazer, por exemplo, se a prestação não for realizada, o devedor indenizará o credor por perdas e danos, consoante o artigo 247 do Código Civil, desde que só ele possa realizá-la, por força do contrato ou em razão da reputação profissional ou de suas habilidades pessoais, sendo o conteúdo da obrigação que determinará o grau de pessoalidade que o credor tenha pretendido.

Esse procedimento também é acolhido ao se constatar que, em se tratando de obrigação pessoal infungível ou, com maior razão, personalíssima, a recusa formal do dever de prestar constitui inadimplemento absoluto⁵⁸⁰.

Assim, se couber ao devedor executar pessoalmente a obrigação, não está obrigado o credor a aceitá-la se executada por terceiro, por meio de adimplemento *in natura*, mesmo que realizada a contento, cabendo indenização por perdas e danos ao credor⁵⁸¹. É a pessoa do devedor impactando o dever obrigacional.

Tudo isso sem falar nos muitos casos em que o credor pode não estar interessado, efetivamente, na indenização. Ao revés, pode simplesmente querer se desvencilhar do contrato com mínimo risco de litígio porque sua contraparte não cumpre os requisitos ambientais exigidos pelo credor e pelo contrato, o que desencoraja o devedor de litigar em face do credor quando do término do vínculo contratual, função que pode se sobrepor aos demais remédios contratuais ou legais cabíveis ao credor⁵⁸².

⁵⁷⁹ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 133.

⁵⁸⁰ AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977, p. 33.

⁵⁸¹ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104-105.

⁵⁸² VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.

Em resumo, a determinação da pessoa da contraparte contratual e a manutenção de seu *status* enquanto viger o vínculo jurídico estabelecido é uma das causas que fundamentam a contratação ESG, notadamente as *contratações ESG laterais*.

III.3. Natureza da obrigação sob o ponto de vista de seu objeto e as contratações ESG

Adentrando o tema classificatório, é sempre pertinente esclarecer que o interesse pela classificação não é puramente abstrato.

O processo de classificação das obrigações, em verdade, denota indisfarçável conteúdo prático, pois quem tem de enfrentar um problema no arraial da obrigação deverá logo distinguir o tipo a que pertence, enquadrando-a em categoria conhecida, para encontrar os preceitos aplicáveis à espécie⁵⁸³.

Imagine-se que determinada contratação ESG consubstancie obrigação de não fazer. Exige-se, em tal circunstância, a fim de se verificar o inadimplemento absoluto da prestação, a observância ao artigo 390 do Código Civil, ao estatuir que o devedor é inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

De igual maneira, é preciso bem avaliar a divisibilidade das obrigações consistentes em obrigações de fazer, para a adequada aplicação da resolução objetivamente parcial do negócio jurídico.

É que, em função das características específicas das obrigações de dar, de fazer e de não fazer, cria-se regime jurídico próprio para cada espécie, conforme o tipo do comportamento devido. Assim, além daquilo que impacta propriamente a disciplina da resolução contratual, são distintas as regras, entre outras, relativas à execução forçada e ao risco de perecimento do objeto⁵⁸⁴.

A classificação das obrigações quanto ao objeto divide-se, num primeiro momento, entre prestações positivas e negativas, por envolverem ação e abstenção,

⁵⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. teoria geral do direito civil. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 45.

⁵⁸⁴ VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidade das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89-119, 91.

respectivamente. As obrigações positivas abrangem as obrigações de dar coisa certa e incerta (e de restituir coisa certa e incerta) e a de fazer. Já as obrigações negativas englobam a obrigação de não fazer⁵⁸⁵.

Embora, em sentido amplo, tanto o dar, como o fazer, como o não fazer caracterizem-se por comportamento humano, visto que o objeto da obrigação é sempre o comportamento humano devido, caracterizando-se pelo seu objeto. A obrigação de dar tem por prestação a entrega de alguma coisa, no que se distingue das obrigações de fazer e de não fazer, cuja prestação é um comportamento do devedor ou a abstenção de um comportamento. Nessa linha de interpretação, nas obrigações de dar a prestação é uma coisa; nas obrigações de fazer e de não fazer é um fato, comissivo ou omissivo⁵⁸⁶.

Contrata-se a necessidade de determinada parte realizar investigações periódicas sobre as condições de trabalho de seu fornecedor (obrigação de fazer), com a incumbência de entrega de relatório de vistoria (obrigação de fazer, qual seja, preparar o relatório e de dar, consistente na entrega do relatório ao credor). Também podem vincular o devedor à abstenção, isto é, não fazer algo, como não corromper autoridades públicas, não poluir etc.

Contratações ESG podem constituir obrigações de fazer, de não fazer e de dar, pelo que se aplicam as peculiaridades atinentes à natureza da prestação específica. Daí que se passa a descrever as principais características das modalidades das obrigações, segundo o critério objetivo, isto é, que atine com o objeto da prestação.

III.3.1. Obrigação de fazer

A obrigação de fazer é aqui referenciada como espécie – e não gênero –, já que todas as obrigações civis são, em geral, obrigações de fazer⁵⁸⁷. Envolve ação humana até o limite de aptidão física e psíquica ou até onde o Direito admita⁵⁸⁸. Ao contrário da

⁵⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. teoria geral do direito civil. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 45 e ss.

⁵⁸⁶ VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidade das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89-119, 90.

⁵⁸⁷ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

⁵⁸⁸ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

obrigação de dar, em que o devedor deve entregar uma coisa, na obrigação de fazer há prestação de fato⁵⁸⁹.

Em sentido amplo, a obrigação de fazer abrange a obrigação de não fazer e de tolerar, isto é, de se abster de reação ou de oposição ao fazer do outorgado⁵⁹⁰.

A prestação de fazer pode ter caráter físico ou psíquico, como o de construir uma casa ou escrever obra literária, respectivamente, abrangendo o campo do setor de serviços, dos contratos de empreitada, de depósito, de transporte, entre outros⁵⁹¹.

De maneira similar distingue-se entre obrigação que tenha um resultado material e imaterial. No primeiro caso, a construção de um edifício; já o resultado imaterial é exemplificado pela sustentação oral do advogado ao seu cliente, pela obra literária etc⁵⁹².

Também há referências, nesse contexto, de prestação de fazer jurídica, em que o devedor é obrigado a realizar um ou mais atos jurídicos, como no caso do mandatário que celebra negócios jurídicos em nome do mandante⁵⁹³.

O adimplemento é ato-fato jurídico e não, necessariamente, ato jurídico, de modo que o ato inconsciente que perfaça a prestação, sua entrega, é suficiente para o adimplemento da obrigação de fazer; por outro lado, isso nada tem a ver com a pessoalidade do ato, pois o interesse do credor pode consistir em que o ato ou série de atos de adimplemento partam do devedor e não de outrem⁵⁹⁴, incorrendo “na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”, nos termos do artigo 247 do Código Civil.

⁵⁸⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137, 121.

⁵⁹⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

⁵⁹¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

⁵⁹² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137, 122.

⁵⁹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 694.

⁵⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial, tomo XXII: direito das obrigações*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 151.

Tem-se a possibilidade de que uma pessoa prometa a realização de prestação por um terceiro, sem estar autorizada a agir como seu representante, procedimento sobre o qual incidiria, como regra legal, o artigo 439 do Código Civil.

Não há vinculação do terceiro, estranho à relação, mas o promitente responsabiliza-se por que esse terceiro efetue a prestação. Há obrigação do devedor de um fato próprio: conseguir o fazer do terceiro, podendo apenas comprometer-se a empregar os seus bons ofícios para que o terceiro realize a prestação ou, mais radicalmente, prometer a realização da prestação, garantindo-a⁵⁹⁵. E, sendo a prestação passível de execução por terceiro, “será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível”, consoante artigo 249 do Código Civil.

A disciplina se aplica, por exemplo, se em determinada contratação ESG o devedor promete a realização de vistorias periódicas em fornecedores por determinado terceiro, com o propósito de verificar as condições de trabalho dos funcionários envolvidos na cadeia de suprimentos.

Ilustrativa é a hipótese da cláusula 12.2. do contrato envolvendo o Corinthians e seu então patrocinador VaideBet (**III.1.2.2.2**), em que o clube se obrigou por ações de terceiros, seus agentes, diretores, representantes etc., a não praticarem atos de corrupção no âmbito daquela contratação.

Concebe-se estar conjugada a obrigação de fazer com a prestação de dar, como se exemplifica com o depósito: a guarda, sem uso da coisa, constitui obrigação de fazer, ao passo que o dever de restituição da coisa depositada expressa obrigação de dar⁵⁹⁶.

O mesmo se admite no caso antes mencionado em que o devedor se obriga à preparação e entrega de relatório de vistoria das condições de trabalho de seu fornecedor.

Em situações tais, o interesse do credor é suscitado para fundamentar qual será a natureza da obrigação, de maneira que “[s]e o interesse principal do credor está no

⁵⁹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 695.

⁵⁹⁶ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

fazer, a obrigação terá essa natureza. Se o interesse estiver na simples entrega, a obrigação será de dar”⁵⁹⁷.

Em outro estudo, referente ao mesmo problema, deu-se a solução pelo critério da preponderância, que se atenta ao núcleo predominante da prestação, embora, ao final, tenha prevalecido o fato de que “é o interesse do credor (...) que indicará, no caso concreto, o que tem mais importância (...) naquela obrigação. (...). Se, no caso concreto, o que interessa ao credor é a coisa, pouco importando quem a vai entregar”, tem-se obrigação de dar, mas, se, por outro lado, “o que interessa ao credor é a atividade realizada pelo devedor, ainda que dela resulte uma coisa a ser entregue”, a obrigação é de fazer⁵⁹⁸.

Aplicando-se o conceito às contratações ESG, conceba-se a obrigação cujo objeto é a entrega de relatório das condições de trabalho dos fornecedores do devedor.

Se, de um lado, ao credor apenas interessa, sob ponto de vista formal, ter em sua posse o dito relatório, para que possa apresentar às autoridades fiscalizadoras o preenchimento de tal documentação, tem-se essencialmente que o interesse do credor é a simples entrega do relatório – e não, propriamente, a sua confecção. Constitui, pois, obrigação de dar.

De outro lado, se o intento do credor, mais do que cumprimento formal de exigências fiscalizatórias, é de fazer uso do documento para aprimorar o ambiente de trabalho no âmbito de sua cadeia de suprimentos, ou mesmo se pretende, a partir do relatório, verificar o eventual descumprimento de obrigação contratual por sua contraparte, então o interesse do credor está voltado à preparação e conteúdo do relatório – e não ao mero ato de entrega. Afigura-se, assim, obrigação de fazer.

Ponto importante – que impacta a resolução parcial dos negócios jurídicos (IV.5) –, diz respeito à divisibilidade da obrigação de fazer. A assertiva de que é, sempre, indivisível é falsa. Conquanto, por exemplo, nos contratos de empreitada se possa querer o todo, isto é, o resultado advindo da feitura da obra, em especial nos contratos de empreitada de infraestrutura, em que o todo pode ser composto por partes individuadas,

⁵⁹⁷ VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidade das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89-119, 91.

⁵⁹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137, 121-122.

a obrigação de fazer há que se considerar divisível⁵⁹⁹, do que se admite, inclusive, a resolução parcial objetiva do negócio jurídico.

Na entrega de relatório com escopo ESG, pode-se ter seções destinadas à parte ambiental, outras às condições de trabalho etc. É possível conceber o interesse do credor de, eventualmente, não querer o todo, interessando-lhe a entrega parcial (por exemplo, a seção relativa às condições de trabalho, contratando terceiro para execução das demais rubricas), considerando-se a divisibilidade de matéria ínsita ao relatório, no que fica explicitada a divisibilidade da própria obrigação de fazer.

III.3.2. Obrigação de não fazer

As obrigações de não fazer (também obrigação de fato) podem revelar-se das seguintes formas: pela pura omissão ou não fazer ou abstenção, pela tolerância e pela permissão, considerada situação híbrida, a remeter ao interesse do credor para se determinar a natureza preponderante da obrigação pactuada⁶⁰⁰.

No primeiro caso, há omissão pura, sendo que o devedor deixa de fazer algo que poderia lícitamente fazer, citando-se o exemplo do devedor que se obriga a não concorrer, a não revelar certas informações etc. Na segunda hipótese, tem-se obrigações de tolerar, em que o devedor se compromete a consentir, sem protesto ou resistência, com aquilo a que poderia legitimamente se opor caso o vínculo obrigacional não existisse⁶⁰¹.

É uma omissão qualificada⁶⁰². É o que ocorre na servidão de passagem, obrigando o dono do imóvel a tolerar o trânsito pelo titular da servidão que nele transite⁶⁰³, embora a tolerância, propriamente dita, somente se efetive quando há possibilidade de se optar por situação diversa, o que não é, exatamente, a hipótese de servidão.

⁵⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 755.

⁶⁰⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137, 128-130.

⁶⁰¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 696.

⁶⁰² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137, 129.

⁶⁰³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

Assim que se diferencia⁶⁰⁴ a tolerância motivada por deveres legais das fundadas na autonomia privada, isto é, livremente pactuadas, que verdadeiramente representam tolerância da perda de direito que o contratante, não fosse sua livre disposição, poderia usufruir em sua plenitude.

Em contratações ESG, se pactuada a possibilidade de que, em determinado contrato de fornecimento, o adquirente realize vistorias nas dependências do fornecedor, a fim de se certificar das condições de trabalho dos empregados do fornecedor, deverá o fornecedor *tolerar* as visitas realizadas pelo adquirente ou por terceiro por ele indicado.

Permitir, por outro lado, pode envolver, para a materialização da prestação, a realização de atos materiais de remoção de obstáculos para a consecução do resultado útil perseguido pelo credor da obrigação, exigindo colaboração do devedor, como a retirada de obstáculos em determinada servidão de passagem⁶⁰⁵.

Nas obrigações de não fazer, tem-se prestação negativa, de omissão, de abstenção, de modo que se cumprem não se realizando ato que o devedor poderia realizar. Nos contratos de depósito, o depositário não poderá fazer uso da coisa depositada sem licença expressa do depositante, hipótese em que o não fazer decorre de lei – mas pode decorrer também da vontade das partes⁶⁰⁶. A promessa de não aquisição de algum direito, de não alienação de determinado bem, de não concorrência, de não abrir ou fechar caminhos, de não pôr cartaz à porta do edifício e de não concretização de negócio jurídico⁶⁰⁷.

O devedor se compromete, por meio de contratação ESG, a não descartar resíduos nocivos ao meio-ambiente em seu processo produtivo, quer seja no âmbito daquela contratação (*contratação ESG conformativa do meio*), quer seja no âmbito de suas operações como um todo (*contratação ESG lateral*).

⁶⁰⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137, 128.

⁶⁰⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137, 121-122.

⁶⁰⁶ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

⁶⁰⁷ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

A abstenção adimple a prestação, extinguindo a dívida e a obrigação, sendo que na abstenção continuada, o termo final de tempo constituirá a extinção da obrigação, assim como o distrato⁶⁰⁸.

Em regra, diante da prática de um ato específico que se pretendia afastar por um dever de omissão, um *non facere*, tem-se que a realização do ato positivo implicará a impossibilidade definitiva da prestação⁶⁰⁹⁻⁶¹⁰. Assim também assevera Agostinho Alvim, para quem “não pode haver mora nas obrigações negativas”. Nessa linha estabelece o artigo 390 do Código Civil que o devedor é inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Discute-se, contudo, no seio das obrigações de não fazer, a possibilidade de a abstenção em retardo mostrar-se, ainda assim, útil ao credor e ao atendimento da função da relação contratual, citando-se o exemplo do credor que se obrigue a não concorrer com o credor e, eventualmente, o faça, nada impedindo que, purgando a mora, volte a se abster⁶¹¹.

De fato, sendo a obrigação de não fazer contínua ou permanente, se o devedor realizar o ato proibido, sua conduta não implica o inadimplemento absoluto da obrigação, possibilitando a purgação da mora com utilidade ao credor⁶¹².

Se impossível o desfazimento, como na hipótese de alienação de coisa fungível, ter-se-á inadimplemento absoluto⁶¹³. Em geral, em se tratando de obrigações instantâneas, por ter por objeto fato transeunte, a simples prática do ato implica perda da possibilidade ou da utilidade de seu desfazimento⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

⁶⁰⁹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 54; PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 137.

⁶¹⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 16-17.

⁶¹¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110.

⁶¹² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Obrigações de fazer e de não fazer*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137, 132.

⁶¹³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110.

⁶¹⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Obrigações de fazer e de não fazer*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137, 133.

É lícito ao credor, com esteio no parágrafo único do artigo 251 do Código Civil, desfazer ou mandar desfazer o ato proibido, hipótese em que a obrigação de não fazer converte-se em obrigação do devedor de dar ao credor o valor correspondente ao necessário para o desfazimento⁶¹⁵.

III.3.3. Obrigação de dar

Tem-se na obrigação de dar a entrega de uma ou várias coisas, tanto móveis como imóveis, revestindo-se de triplo sentido: um dar propriamente dito, um prestar ou um restituir⁶¹⁶.

O pintor que pinta um quadro sob encomenda a ser entregue ao contratante, após a realização do trabalho, tem o dever de dar o quadro ao credor. A pintura, propriamente dita, constitui obrigação de fazer e, como tal, não se pode constranger alguém, inclusive judicialmente, à realização da pintura. Mas, feita a pintura, a obrigação de dar o quadro é exigível, mediante execução forçada. Assim, tem-se na obrigação de dar prestação a *fortiori* de fazer algo⁶¹⁷.

Nessa concepção, a obrigação de fazer seria gênero, compreendendo-se as espécies de obrigação de fazer, em sentido estrito, e a obrigação de dar⁶¹⁸. É que as obrigações de dar podem ter por objeto a prestação de coisa certa ou incerta, excepcionando-se a hipóteses de restituição, em que a coisa a ser dada (restituída) é certa⁶¹⁹.

O credor da coisa certa não pode ser obrigado a aceitar outra coisa ou aceitar a coisa deteriorada. Assegura-lhe a lei a alternativa de resolver a obrigação pura e

⁶¹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110.

⁶¹⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 691.

⁶¹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110.

⁶¹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

⁶¹⁹ VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidade das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89-119, 102.

simplesmente; ou, se mesmo assim ela lhe for prestada, poderá recebê-la no estado em que se ache⁶²⁰.

Estabelece o artigo 235 do Código Civil que, deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos, consoante artigo 236 do Código Civil.

Além disso, a entrega da coisa certa, pelo que se extrai do artigo 233 do Código Civil, implicará entrega conjunta do bem principal e de seus acessórios, excetuadas hipóteses previstas no próprio Código Civil⁶²¹.

Também até a entrega da coisa certa, ou sua restituição, as benfeitorias e melhoramentos da coisa pertencerão ao credor, sejam elas necessárias, úteis ou voluptuárias, desde que pague o respectivo aumento do preço. Havendo discordância pelo credor, poderá o devedor resolver o negócio jurídico. Também é garantido ao devedor, qualificado como possuidor de boa-fé, o direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis que tiver realizado, podendo excepcionar o dever de dar enquanto delas não for ressarcido. Quanto às benfeitorias voluptuárias, poderá o devedor exercer o direito de levantá-las, se não prejudicarem a coisa devida⁶²².

Na restituição, o bem a ser dado não é do devedor nem de terceiros, mas do próprio credor ou de alguém que ao credor outorgou a entrega. Assim, quem restitui dá, porém dá o que não é seu, nem de terceiro⁶²³.

No caso de restituição, se perdida ou deteriorada a coisa a ser restituída, sem culpa do devedor, será resolvida a obrigação, *ipsu iure*, cabendo ao credor o que lhe seria

⁶²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. teoria geral do direito civil. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 51.

⁶²¹ Ver a respeito: VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidade das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89-119, 95.

⁶²² LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

⁶²³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial, tomo XXII: direito das obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 163.

devido na data da perda ou deterioração da coisa⁶²⁴. É o caso, por exemplo, do carro alugado que vem a ser roubado; fica desonerado o devedor de devolver o bem, mas não de pagar os valores decorrentes da locação até a data da perda do veículo⁶²⁵.

Havendo culpa do devedor na deterioração da coisa a ser restituída, a regra é a da prestação de dar, em que o credor poderá exigir o equivalente da coisa, além de perdas e danos, mas não se poderá pretender a resolução da obrigação, por impossibilidade óbvia⁶²⁶.

Nas obrigações de dar coisa incerta, o objeto da prestação é determinável. Inexistindo a possibilidade de se determinar, não há, verdadeiramente, obrigação, por absoluta indeterminabilidade⁶²⁷.

Alicerçado no fato de que o gênero não perece (*genus nunquam perit*), no regime de dar coisas incertas, até a concentração da prestação – que se dá com a cientificação do credor da escolha feita pelo devedor – “não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito”, consoante artigo 246 do Código Civil. Com a concentração da prestação, prevista no artigo, altera-se o regime aplicável ao das coisas certas, nos termos do artigo 245 do Código Civil.

Podem, evidentemente, as partes concertar que a escolha da concentração será do credor⁶²⁸, casos em que a pendência da concentração da prestação, por ato de um dos contraentes que dá ciência ao outro de sua escolha, obsta a atualidade da prestação, afetando sua exigibilidade, sem a qual o exercício do direito resolutivo não poderá ser exercido (**IV.2.2**).

Tratamento diverso reserva-se às obrigações de dar coisa certa futura, não existente no momento da contratação, mas cuja individualidade é dada por sua certeza e

⁶²⁴ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115-116.

⁶²⁵ VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidade das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89-119, 104.

⁶²⁶ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115-116.

⁶²⁷ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118. Ver a respeito da determinabilidade do objeto à luz da validade dos negócios jurídicos: GUILHARDI, Pedro. Garantias genéricas ou omnibus no direito brasileiro. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Processo, jan./jun. 2020, v. 26, n. 1, p. 213-249.

⁶²⁸ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118.

determinação, cabendo avaliar, contudo, caso a coisa não venha a existir, se a intenção das partes era de celebrar negócio aleatório, hipótese em que o risco da inexistência da coisa futura é transferido ao credor⁶²⁹.

III.4. Conclusões parciais

Os fatores ESG, em sua origem, especificamente no relatório WCW, não detêm caráter vinculante nem obrigatório. Podem ter caráter obrigacional, contudo, por duas vias: *primeira*, por meio legislação e regulação que passem a incorporar as recomendações nas normas jurídicas; *segunda*, pela via contratual, em que as partes de um negócio jurídico decidem incluir obrigações nesse sentido em seus contratos.

Assim, a partir das exigências do desenvolvimento sustentável que serviram de pilar aos fatores ESG, o direito contratual foi desafiado, porque, ao mesmo tempo em que é chamado para cumprir seu papel na reverberação de práticas ESG, deve adequar as soluções jurídicas aos novos tempos, dados a importância e os interesses cada vez mais acentuados que as contratações ESG exercem no mundo dos negócios.

As contratações ESG representam os braços da governança corporativa exercendo seu papel na dinâmica – de contratações – da companhia, constituindo a ponta visível de um *iceberg*, ele todo composto por fatores ESG.

Contratações ESG constituem regramentos contratuais que, refletindo um programa de governança corporativa ou equiparado, refiram-se a um ou mais conteúdos ESG, impondo ao contraente, quer seja por via de regramento expresso, quer seja por referência expressa ou *per relationem* a determinadas normas preexistentes, a observância futura do quanto acordado em tema ambiental, social e/ou de governança corporativa, criando entre as partes obrigações derivadas de sua pactuação.

Podem (i) constituir a prestação principal do contrato (*contratações ESG principal*), (ii) vincular-se à prestação principal do contrato ao qualificá-la, (*contratações ESG qualitativas do objeto*) ou (iii) estar desvinculadas do objeto da contratação, atrelando-se, pois, aos meios pelos quais determinado bem ou serviço será entregue

⁶²⁹ LÔBO. Paulo. *Direito civil*: obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

(*contratações ESG conformativas do meio*) ou à pessoa do devedor (*contratações ESG laterais*).

Para que sejam contratações ESG tal como concebidas pelo presente estudo, hão de estar presentes dois critérios: o objetivo, concernente ao conteúdo da obrigação pactuada, que deve se ater às prestações com identidade de objeto com os fatores ESG, em todas as suas facetas, isolada ou conjuntamente; e o subjetivo-funcional, não bastando que as contratações ESG detenham algum conteúdo ESG – é preciso que o refletido em contrato seja parte da implementação dos fatores ESG tal como concebido em sua origem, isto é, por meio de um sistema de governança corporativa ou equiparado que institucionalize as práticas ESG, observadas as peculiaridades de cada ramo da indústria e da própria contratação específica, refletindo-se a governança por meio do contrato.

Em outras palavras, deve a contratação ESG estar atrelada a um conjunto de ações pelo contratante e credor daquela prestação e que vão além da contratação específica ou de mera exigência legal. Deve ser parte da política organizacional da parte contratante para os fins de se adequar à nova dinâmica mercadológica, que integra os fatores ESG em seus modelos de negócio como ferramenta para redução dos riscos de negócios, criação, manutenção ou aperfeiçoamento de ativo, resguardo da boa reputação e da marca, entre outras funções socioeconômicas motivadoras e legitimadoras da importância de se contratar tais modelos obrigacionais.

Assim sendo, a mera declaração das partes, quer seja por meio de cláusulas contratuais específicas, quer seja pela designação dada ao tipo contratual, de que o pacto é – ou tem substância – ESG não é suficiente para a conclusão necessária de que assim o seja, devendo, em sua essência, restar presentes os pressupostos objetivo e subjetivo-funcional. Da mesma maneira, a referência, ou não, ao termo ESG ou equivalente não tem o condão de determinar sua natureza, que se revela objetiva e subjetivamente.

Exercem, em abstrato, funções, como por exemplo, de resguardo à boa reputação e à marca, de criação, manutenção ou aperfeiçoamento de ativo empresarial próprio, qual seja, a existência de um programa efetivo de governança corporativa, integrante do funcionamento da atividade empresarial e, como tal, elemento intangível de seu ativo.

No que se refere à distinção das contratações ESG com outras figuras contratuais, surgem dificuldades para a exata conceituação das cláusulas de declarações e garantais, típicas dos contratos de compra e venda de participação acionária.

A natureza jurídica de tais regramentos irá variar conforme as funções específicas a serem exercidas nas contratações concretas, podendo referida figura ser formatada sob diferentes aspectos, exercendo, por exemplo, função assecuratória, constituindo verdadeira obrigação de garantia, ou mesmo função conformativa, situação em que atua fazendo com que do contrato nasça uma obrigação de entregar a participação societária dotada de determinadas qualidades especificadas no contrato, atraindo o regime de inadimplemento contratual.

Conquanto em sua atribuição de garantia as cláusulas de declaração e garantia não se confundam com contratações ESG, em seu propósito conformativo, concebe-se a possibilidade de coincidência entre o que se exprime por contratações ESG e cláusulas de declaração e garantia. Para tanto, a obrigação de entrega da participação societária deve se referir a qualidades de conteúdo ESG (pressuposto objetivo) e, sob o ponto de vista do adquirente, atender ao requisito subjetivo-funcional.

No que se refere às *moral clauses* (e também às *reverse moral clauses*), o estudo de sua criação facilita a compreensão do interesse do credor em tais pactos, elemento tão caro ao direito obrigacional.

Por disciplinar o comportamento dito *off-field* do devedor, isto é, fora do “campo” e do âmbito de sua atuação, que alicerçou a contratação, exigindo-lhe condutas éticas e morais, em sintonia com as normas sociais em todos os aspectos de suas relações (pessoais, profissionais, sociais, nas redes etc.), sob pena de resolver-se o contrato, tem-se larga similaridade com os interesses que permeiam as *contratações ESG laterais*.

Nesse contexto, pode-se vislumbrar uma quase perfeita identidade de interesses que permeiam as contratações ESG laterais daqueles que motivam contratações de *moral clauses* e *reverse moral clauses*, no sentido de iluminar padrões de conduta mínimos da contraparte contratual.

Tem-se, em ambos os casos, ademais, sob o ponto de vista da estrutura das obrigações, que tanto as *contratações ESG laterais*, quanto as *moral clauses*, se enquadram, a rigor, em deveres laterais de conduta.

Dessa forma, fica mais fácil perceber a possibilidade de que determinadas *moral clauses* ou *reverse moral clauses* enquadrem-se, também, sob o ponto de vista classificatório do presente trabalho, em *contratações ESG laterais*. Para tanto, o dever de comportamento do devedor, conforme o caso, deverá ter conteúdo ESG (requisito objetivo) e a contratação deverá refletir políticas ESG incorporadas à atuação do credor (requisito subjetivo-funcional).

As *moral clauses* também podem redundar em *contratação ESG conformativa do meio*. Ao abranger determinado modelo de conduta do devedor, a ser observado fora do domínio de sua atuação, ou seja, *off-field*, estão também tais devedores vinculados à obrigação quando nas respectivas posições que motivaram a celebração do contrato.

A constatação é mera consequência do fato já demonstrado de que toda contratação *ESG lateral encerra*, em si, de igual modo, *contratação ESG conformativa do meio*, pois aquele que se compromete a não corromper autoridades públicas no âmbito de suas operações, independentemente de estar atrelado ao contrato, ou não (*contratação ESG lateral*), também assume o compromisso de não corromper autoridades públicas no âmbito do negócio jurídico específico (*contratação ESG conformativa do meio*).

Sob o ponto de vista da classificação das obrigações quanto ao seu objeto, as contratações ESG exprimem obrigações de dar, de fazer e de não fazer, sendo adequada a identificação prévia de qual espécie obrigacional se está a tratar para o fim de bem determinar, no que couber em específico, as regras que afetam o direito resolutivo do credor, como é o caso da discussão a respeito da (in)divisibilidade da obrigação de dar e do inadimplemento das prestações negativas, que se presume havida desde o dia em que praticado o ato vedado, ressalvadas hipóteses menos corriqueiras em que ainda se mostre útil a prestação ao credor, inobstante a violação da obrigação negativa.

CAPÍTULO IV – RESOLUÇÃO CONTRATUAL E CONTRATAÇÕES ESG

A relação gênero espécie e de dependência entre fatores ESG e as contratações ESG – impossível admitir a própria existência de contratações ESG se ausente o seu pressuposto, os fatores e práticas ESG – não implica, em absoluto, irrelevância de tal modalidade de contratação.

Ao contrário, tem especial importância no âmbito dos negócios jurídicos empresariais, pois, além de preservar interesses muito específicos por parte dos contraentes, exige, muitas vezes, em caso de seu descumprimento, decisões comerciais e jurídicas rápidas pelos envolvidos, como a de resolver ou não determinado contrato.

Podem significar, na prática, a escolha entre a crise reputacional perante o mercado ou a exposição patrimonial (e também comercial e reputacional) perante a contraparte, caso se decida pela resolução do negócio sem fundamento, em especial tratando-se de transação de grande vulto.

De um modo geral, contudo, estando em jogo a crise reputacional, é de pouca relevância a vultuosidade da avença. Reflete que, em muitos casos, a violação a contratações ESG, mediante a simples realização da conduta proibida pelo devedor, é grave o suficiente para o exercício do direito resolutivo.

Tudo é catalisado pela expansão das mídias sociais, significando globalização da difusão das informações, em velocidades exorbitantes e impossíveis de serem controladas, tornando incalculável o risco de dano reputacional.

O *damage control*, antes utilizado para casos midiáticos, já não se mostra efetivo, pelo que o *adapt or die* tornou-se o novo paradigma, com a sedimentação das práticas ESG⁶³⁰.

⁶³⁰ PUPPE, Matheus. ESG: o verde do capital. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 11-16, 13.

No âmbito específico de contratações de matéria ambiental em contratações de *supply chain*, mas que, em verdade, se aplica também a parcela considerável das contratações ESG que compõem o presente trabalho, asseverou-se que “[w]ith the growth of global supply chains and social media, the behavior of suppliers can be monitored, attributed to buying firms, and communicated to important stakeholders at low cost and in a matter of minutes”⁶³¹.

Surgem riscos e danos que derivam da relação contratual, como, por exemplo, o pagamento de uma indenização caso o término do vínculo se mostre, posteriormente, abusivo ou ilegal; além da necessidade de se sopesar riscos exógenos à relação contratual em si, os que se originam e são perceptíveis para além do contrato, pelos diferentes agentes de mercado, pela sociedade, pelos consumidores, entre outros, cujos danos, quer seja a curto, quer seja a longo prazo, podem ser incalculáveis e, mesmo, levar a crise irremediável.

Todo o cenário acima, de riscos externos e internos à contratação deve ser sopesado, ainda, à luz dos termos do contrato no que atine aos assuntos ESG, isto é, se é silente, ou não, se especifica e em qual grau de detalhamento o ato vedado ou o comportamento esperado, entre outras formas de regramentos, como a previsão de descumprimento do pacto ESG em cláusula resolutiva expressa. Constituirá função do departamento jurídico opinar sobre a possibilidade de êxito em eventual demanda.

Deverá o profissional, em tal tarefa, avaliar a dogmática e a evolução da estrutura da obrigação que alterou, com o entendimento da obrigação como processo, importantes premissas que norteiam a noção de adimplemento.

Ressalte-se, como exemplo, que o remédio resolutório passa a ter por fundamento o defeito funcional da causa que compromete a idoneidade do programa contratual inicial para realizar os interesses dos contraentes, não estando em jogo, apenas,

⁶³¹ Tradução livre: “com o crescimento das cadeias de fornecimento globais e das mídias sociais, o comportamento dos fornecedores pode ser monitorado, atribuído a empresas compradoras e comunicado a partes interessadas importantes a baixo custo e em questão de minutos.” (VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.).

o incumprimento de prestação sinalagmática⁶³², o que se mostra de primordial importância nas *contratações ESG laterais e conformativas do meio*.

Trata-se da manifestação da evolução da dogmática da estrutura da obrigação que, em sua percepção mais moderna, traz relevo à proteção do interesse⁶³³, assim concebido a partir da sua utilidade, isto é, da função exercida pela obrigação, a ser aferida caso a caso. Necessário, portanto, compreender a estrutura da obrigação, na qual deveres e correspectivos interesses são formados, avaliando-os em espécie.

Passando à delimitação do objeto deste Capítulo, é preciso esclarecer que a resolução contratual é uma entre as opções do credor perante inadimplemento definitivo da prestação debitória imputável ao devedor⁶³⁴. Ao mesmo tempo, é uma das muitas possíveis causas de extinção da relação jurídica obrigacional.

Tem-se, grosso modo, causas ditas naturais, designadamente o adimplemento satisfatório e o alcance do termo, com adimplemento. Quanto às causas não naturais, dividem-se entre as ligadas ao plano da existência e da validade, como a nulidade, a anulabilidade, a lesão (artigo 157 do Código Civil), o estado de perigo (artigo 156 do Código Civil) e aquelas atreladas ao plano da eficácia, como a revogação, a redibição (artigo 441 do Código Civil), o implemento da condição resolutiva (artigo 128 do Código Civil), a impossibilidade superveniente da prestação (artigos 234 a 250 do Código Civil), o distrato (artigo 472 do Código Civil), a denúncia (artigo 473 do Código Civil), mais a resolução por inadimplemento em sentido amplo, abrangendo a resilição e a resolução em sentido estrito (artigos 474 segunda parte e 475 do Código Civil), além da resolução por onerosidade excessiva superveniente (artigos 478 a 480 do Código Civil)⁶³⁵.

Em relação às figuras que dizem respeito ao plano da eficácia, embora, em comum, atuem supervenientemente à formação do negócio jurídico, levando à cessação

⁶³² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 16.

⁶³³ “A relação obrigacional está colimada à satisfação do interesse do credor, nela encontrando o seu sentido final e existencial.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24.).

⁶³⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 84.

⁶³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 726-727.

dos efeitos contratuais, distinguem-se em sua causa, na sua forma operativa e nos efeitos particulares produzidos. Explica-se: no distrato e na revogação, retira-se a voz em que se exprimiu a manifestação de vontade primeira, com retorno ao estado anterior e com eficácia *ex nunc*⁶³⁶.

O exercício do direito extintivo da denúncia, quando permitido por lei ou contrato, com justa causa – denúncia cheia – e sem justa causa – denúncia vazia –, coloca fim às relações duradouras⁶³⁷.

Ainda, distingue-se o inadimplemento dotado de gravidade, com perda da utilidade da prestação para o credor (artigo 395, parágrafo único, combinado com o artigo 475 do Código Civil), com resguardo dos efeitos já havidos até o inadimplemento, em obrigação duradoura, ao passo que o inadimplemento, sem o resguardo da eficácia até então havida, com efeitos *ex tunc*, ocorre nos contratos em que o adimplemento é instantâneo no tempo⁶³⁸.

Por sua vez, a extinção decorrente da impossibilidade de prestar por culpa do devedor, acarreta efeitos análogos à resolução em sentido amplo⁶³⁹.

É a resolução decorrente de inadimplemento dotado de gravidade que interessa ao presente estudo. Demanda, como se verá, a existência de incumprimento definitivo, bem assim de grave violação, sob a ótica do credor, de seus interesses, o que não se confunde com a existência, maior ou menor, de culpa pelo devedor, admitindo-se, pois, violação grave, mas não culposa⁶⁴⁰.

Em resumo, interessa-nos o elemento nuclear do suporte fático resolutivo, que é o inadimplemento contratual, mais especificamente, o inadimplemento das

⁶³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 727.

⁶³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 727.

⁶³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 727.

⁶³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 727.

⁶⁴⁰ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 86.

contratações ESG, em suas diferentes espécies, a fim de se determinar a dogmática aplicável à resolução contratual por violação de tais pactos.

A estrutura da obrigação compreende deveres de prestação, gênero que abriga as espécies de dever principal e secundário, bem assim de deveres laterais, que se apresentam por meio dos deveres de informação, de proteção e de cooperação e de lealdade em geral. Far-se-á, sempre que adequado, correlação às espécies de contratações ESG propostas pelo presente trabalho, quais sejam, *contratações ESG principais, qualitativas do objeto, conformativas do meio e laterais*.

Também será abordado o inadimplemento, gênero que designa o inadimplemento relativo ou a mora, e a violação positiva do crédito, sendo que apenas o inadimplemento absoluto e a violação positiva do crédito constituem opções conferidas ao credor de resolver o negócio jurídico.

Tendo em conta que o inadimplemento absoluto deve ser aferido frente à frustração definitiva do interesse creditório ou diante da impossibilidade de a prestação atingir o interesse visado concretamente pelo credor no negócio jurídico, o que será discutido, também serão avaliados, nesse contexto, a fonte legal ou contratual que confere o direito resolutivo, bem assim as figuras do adimplemento substancial e do inadimplemento anteriormente à época designada para o cumprimento.

IV.1. A formulação da estrutura da obrigação e contratações ESG

O trabalho já repercutiu a função estruturante e a qualidade de ativo empresarial dos fatores ESG. Reverberam na prática empresarial de diversos contratantes, exigindo-se esforços para adoção de práticas sustentáveis de desenvolvimento, com gestão e mecanismos de *compliance* eficientes – tarefa das mais árduas, como já se mencionou.

Não é difícil imaginar que grande parte do ativo empresarial poderia desmoronar em caso de violação de contratações ESG nos negócios jurídicos das mais diferentes espécies, cabendo questionar, portanto, sob o ponto de vista do credor, quais os feixes de atribuições das contratações ESG. Podem estar em jogo, de fato, diferentes esferas de interesse.

O interesse visado por uma determinada obrigação, para o propósito aqui discutido, se concebe pela realidade que, pelo seu próprio teor, a obrigação vise proporcionar ao contratante, sendo que nas obrigações negociais, o interesse em jogo depende da autonomia privada, enquanto nas legais, haverá que se interpretar a fonte⁶⁴¹.

Calhando ser de interesse a realidade pretendida, a função exercida pela contratação ESG no negócio específico não pode ser negligenciada, aludindo-se, aqui, ao denominado princípio da causalidade que rege o direito das obrigações, no sentido de que as obrigações só existem e subsistem quando acompanhadas pela sua fonte, a causa, pelo que a melhor forma de se reportar a uma obrigação é referir e exhibir o fato que lhe deu origem, isto é, sua fonte ou causa⁶⁴². Permite extrair a função útil do negócio, o seu escopo prático e econômico⁶⁴³.

A relação como complexidade e cujo conteúdo não se restrinja às diferentes *actiones* cria a implicação de que o ponto de relevo não seja, propriamente, a proteção jurídica, mas o fim a que se dirige o vínculo. Os atos praticados pelas partes repercutem no mundo jurídico, nele ingressando e se dispondo segundo uma ordem específica. Tais atos, evidentemente, tendem a um fim, que é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo⁶⁴⁴. A relação obrigacional complexa também pode ser referenciada como relação obrigacional em sentido amplo ou, nos contratos, relação contratual⁶⁴⁵.

A relação jurídica, que evolui da existência de mero vínculo jurídico para a relação obrigacional, complexa e dinâmica, constituiu-se a partir da jurisprudência e dogmática germânicas, valorizando o todo, concretizado por vários elementos que se encadeiam processualmente com vistas a uma finalidade⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 306.

⁶⁴² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 70.

⁶⁴³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

⁶⁴⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19-20.

⁶⁴⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 73.

⁶⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 220-221, 232.

Em suma, em uma visão global⁶⁴⁷ da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos deveres de prestação – tanto os deveres principais de prestação, como deveres secundários –, deveres laterais, em que todos esses elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional⁶⁴⁸.

Os elementos constitutivos da relação contratual não consubstanciam simples adição de elementos independentes, com a mera conexão resultante desse insignificativo dado causal, mas, antes, é determinada por consideração de caráter funcional, a identidade do fim, comum a créditos, débitos, deveres acessórios, laterais, potestativos etc., estabelecendo-se íntima correlação⁶⁴⁹. São conteúdos de prestação variáveis em que avulta uma relação-quadro constante, no interior da qual se podem exercer os mais variados poderes⁶⁵⁰.

A obrigação deixa de ser vínculo jurídico estático, em que somente a denominada relação obrigacional simples é concebida, para tornar-se mutável, com modelação pela História e, por isso, variante⁶⁵¹. A relação significa, então, um plano, que não decorre sempre de uma forma linear e precisa e que, por isso mesmo, é acompanhado de um complexo instrumental de poderes e deveres, propiciando a realização desse plano em forma patrimonial adequada, mesmo que falhe a deslocação de bens inicialmente prevista⁶⁵².

A relação simples é visualizada por seus elementos estruturantes principais, quais sejam, o crédito e o débito, contrapondo-se ao dever de prestar, pelo devedor, o direito de exigir a prestação, pelo credor⁶⁵³. A ideia, conquanto hoje superada em

⁶⁴⁷ Termo de que se vale, entre outros: FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 119.

⁶⁴⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 74.

⁶⁴⁹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 81-82.

⁶⁵⁰ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 119.

⁶⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 217-218.

⁶⁵² FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 120.

⁶⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 217-218.

diferentes planos, ainda é realidade em diversas salas de aula, manuais de direito civil e, mais gravemente, em decisões judiciais – um verdadeiro “ranço”⁶⁵⁴.

Larenz explica que o pensamento que acolheu a relação jurídica como processo não é, como pensam alguns, irreal, datado ou puramente imaginário. Ao contrário, entende a ordem jurídica como algo vivo, tanto como as pessoas, e em particular como os órgãos da administração da justiça⁶⁵⁵.

A relação obrigacional representa um conjunto de vínculos emergentes do mesmo fato jurídico, encarando-os como um sistema, organismo ou processo, dirigido à satisfação do interesse do credor⁶⁵⁶.

A partir de tal ideia, concebe-se que a cada obrigação corresponde um interesse, o que enriquece o conteúdo da obrigação. Adere-se à vantagem, protegida pelo Direito, ampliando a esfera de direitos do credor e se admitindo, assim, compreender o interesse também como vantagem⁶⁵⁷.

A relação obrigacional como processo é vislumbrada como sucessão de atos entre si relacionados e dirigidos a uma finalidade, sendo o conjunto de atividades necessárias para a satisfação do interesse do credor, pelo que torna-se inerente ao vínculo obrigacional a noção de adimplemento, isto é, de que o fim da relação obrigacional é a satisfação da totalidade dos interesses envolvidos na relação⁶⁵⁸.

O exato adimplemento é feição primordial para que o interesse do credor seja satisfeito. É o interesse do credor que define a função da obrigação, sendo que o interesse deve ser investigado à luz da necessidade ou situação de carência em que se encontre o credor e na possibilidade de a prestação satisfazer tal necessidade ou carência. Encontra

⁶⁵⁴ FAORO, Guilherme de Mello Franco. As novas fronteiras do inadimplemento. critérios para um exame funcional da distinção entre mora e inadimplemento absoluto. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 3-27, 4.

⁶⁵⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 38.

⁶⁵⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 73, 75.

⁶⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 323.

⁶⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 223.

amparo, em nosso Direito, no artigo 313 do Código Civil⁶⁵⁹, regra que fundamenta o princípio da identidade da prestação, da pontualidade, da exatidão ou da correspondência, sendo complementada pela norma do artigo 314 do mesmo Código⁶⁶⁰, que corresponde ao princípio da integralidade da prestação⁶⁶¹.

Desse modo, sendo o escopo da relação obrigacional a satisfação da totalidade dos interesses envolvidos, não há concretização de tal finalidade, tão somente, com uma prestação, senão englobando outros interesses, além dos interesses de prestação: assim o interesse de proteção contra danos, para o que exsurtem deveres de proteção, apenas mediatamente ligados aos interesses de prestação, como também instrumentalizando os deveres de prestação, sendo imediatamente vinculados à prestação⁶⁶².

Essa concepção ampla do vínculo obrigacional importou dinamismo criador de ônus jurídicos e deveres laterais, no sentido de que vivem *a latere* do dever de prestação⁶⁶³. Não à toa, designou-se *contratações ESG laterais* aquelas que não se vinculam à prestação, mas que residem em sua lateralidade.

Passa-se a avaliar em espécie os elementos que compõem⁶⁶⁴ a obrigação como um todo ou como processo.

⁶⁵⁹ “Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.”.

⁶⁶⁰ “Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.”.

⁶⁶¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 31-33.

⁶⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 233.

⁶⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 220-221, 232.

⁶⁶⁴ Para além dos deveres aqui discutidos e que merecem reflexão sob o ponto de vista do presente estudo, a realidade complexa da obrigação pode abranger, ainda, *sujeições* a algumas situações jurídicas potestativas que competem ao credor, bem assim *poderes ou faculdades* que o devedor tenha sobre o credor e *exceções*, que possibilitam a paralisação eficaz do direito de crédito. (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. introdução da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 107). No mesmo sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 74.

IV.1.1. Deveres de prestação e as contratações ESG

Correspondem aos interesses vinculados direta ou imediatamente à prestação, englobando o dever principal e os deveres secundários e anexos à obrigação principal⁶⁶⁵. Quer a prestação principal, quer as prestações secundárias integram a ideia do dever de prestar, em sentido próprio, derivando da fonte contratual⁶⁶⁶.

Ambas as modalidades de prestação, em princípio, são determinadas ou determináveis, sendo que os contratantes conhecem tais deveres ou podem conhecê-los, eis que com eles contaram quando da contratação ou, pelo menos, quando da conjugação de fatos que levaram à contratação⁶⁶⁷.

Explicitam, assim, deveres antevistos ou passíveis de consideração pelas partes no momento da contratação ou em razão da conjugação das circunstâncias da formação do vínculo jurídico, em especial, acresça-se, se o dever não resulta diretamente do texto contratual.

Subdividem-se, como referido, em deveres de prestar principal ou primário e secundários ou acidentais, avaliados na sequência.

IV.1.1.1. Dever principal ou primário e as contratações ESG

Considerando-se a obrigação como um sistema que unifica, em torno de um ponto de vista unitário, as diversas prestações que sirvam ao seu propósito, a prestação principal será aquela que serve de arrimo às demais atuações dos contraentes. Constitui o fulcro ou núcleo dominante da relação obrigacional, para atingimento da finalidade almejada, daí que, normalmente, o dever principal ou primário confere a definição da

⁶⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 328.

⁶⁶⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 320.

⁶⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 320.

tipologia contratual⁶⁶⁸, atribuindo-lhe individualidade própria⁶⁶⁹. Caracteriza a obrigação⁶⁷⁰. Diz-se ser a alma da relação obrigacional⁶⁷¹.

É o dever primário que concede à obrigação o seu caráter, que distingue o contrato de compra e venda dos de locação, de prestação de serviços, de empreitada, entre outros.

Constitui um dar, um fazer ou um não fazer, sendo que os deveres de prestação se correlacionam aos interesses de prestação, originando-se da manifestação negocial ou da pontual fixação legislativa⁶⁷².

Por se tratar do próprio núcleo duro do negócio jurídico, a configurar sua tipologia, não é cabível estabelecer critério quanto à sua proximidade em relação à prestação principal. É a ela vinculado, de tal modo que a constitui.

A *contratação ESG principal*, como visto, tem por prestação dever principal ou primário, que definirá a tipologia do negócio jurídico, conforme seja uma prestação de serviços para implementação ou aprimoramento de um programa de *compliance*, por exemplo, ou um contrato de compra e venda para substituição de frota de veículos, que passarão a ser elétricos, visando à redução da emissão de poluentes.

Também as *contratações ESG qualitativas do objeto* consubstanciarão dever principal. Tome-se como exemplo a atividade de gestão de recursos de terceiros⁶⁷³. As regras de alocação de recursos entre os envolvidos podem estabelecer ser vedada a alocação que venha a representar riscos ambientais ou sociais, ou cujos recursos sejam

⁶⁶⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 31, jan./mar. 2022, p. 138.

⁶⁶⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. introdução da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 108.

⁶⁷⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 78.

⁶⁷¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 76.

⁶⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 239-240.

⁶⁷³ Ver a esse respeito: WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 693-713.

investidos em projetos destinados a determinados fatores ESG. Consultado sobre o destino da prestação o devedor optará por não alocar os recursos do credor em projetos que representem riscos ambientais e, sim, investi-los em projetos atinentes a determinados fatores ESG.

Tem-se, pois, deveres atinentes ao objeto da prestação, isto é, ao que prestar, não ao como prestar⁶⁷⁴. Como tal, estando diretamente vinculados aos deveres de prestação, ter-se-á, com o seu descumprimento, ou o inadimplemento absoluto ou o relativo⁶⁷⁵ – não se lhe aplicando, pois, a terceira via da violação positiva do crédito.

O mesmo poderá suceder na aquisição de água para determinado evento esportivo, em que as garrafas devam ser recicláveis. Em tal caso, se entregue a água adquirida em garrafas não recicláveis, ter-se-á violação do dever de prestação principal, passível, pois, preenchidos os requisitos contratuais e/ou legais, de extinguir o vínculo obrigacional pelo remédio resolutivo, a critério do credor.

O interesse creditício à prestação apenas estará satisfeito e, portanto, o adimplemento somente restará evidenciado com a perfeita adequação da entrega da prestação. Deve-se prestar, com a entrega do bem, com o fazer e o não fazer, mas de maneira qualificada, de acordo com o pactuado, pelo que integram o sinalagma contratual (podendo até afetar o preço do bem ou serviço objeto da contratação), sem o que o credor poderá exigir o cumprimento específico da prestação, exercendo os meios de defesa pertinentes, se ainda lhe for útil o adimplemento tardio, ou, em outra hipótese, resolver o liame obrigacional.

Assim, havendo inexatidão do cumprimento (da prestação), ou porque se presta um *aliud* ou porque simplesmente se presta a coisa com vícios ou deficiências, são de se aplicar as disposições relativas à impossibilidade ou à mora; enquanto há possibilidade de cumprimento, tem-se mora; convertida a mora em não cumprimento definitivo, tem-se impossibilidade⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 241.

⁶⁷⁵ HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2010, v. 900, p. 45-84, s.p.

⁶⁷⁶ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 2, p. 469-470.

As *contratações ESG conformativas do meio* terão, como se verá, natureza de deveres laterais, contratualmente pactuados, ensejando a possibilidade de resolução contratual em caso de inobservância. No entanto, será outro o fundamento, qual seja, o da violação positiva do crédito, se a violação for tal que atinja irremediavelmente a confiança ou o interesse do credor.

Em tais hipóteses de *contratações ESG conformativas do meio*, conquanto exista liame entre a obrigação contraída e a prestação principal, tal vínculo é apenas remoto – não afetando o quê prestar, mas o como prestar, aplicando-se o mesmo regime das *contratações ESG laterais* que, contudo, se mostram ainda mais remotas em relação à prestação principal do que as *contratações ESG conformativas do meio*. Nas *contratações ESG laterais* acentua-se o papel da pessoa do parceiro contratual com maior intensidade do que nas *contratações ESG conformativas do meio* de atingimento da prestação.

IV.1.1.2. Deveres secundários ou acidentais de prestação e as contratações ESG

Primeira questão a ser esclarecida é que, em alguns momentos, a doutrina refere-se a deveres secundários, ora como se fossem, na classificação adotada pelo autor, deveres laterais⁶⁷⁷, atrelados e resultantes da boa-fé (tratados no item subsequente), ora como se fossem os deveres assim classificados pelo presente trabalho como tal e objeto de análise no presente item, o que mais largamente ocorre⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ Por exemplo: SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. Renata Steiner, nesse ponto, esclarece: “[i]mportante notar que Clóvis do COUTO E SILVA trabalha os deveres acessórios decorrentes da boa-fé objetiva sob a nomenclatura de deveres secundários ou acessórios, em ligação àqueles denominados *Nebenpflichten* na doutrina alemã, os quais, no entanto, mesmo na Alemanha, são muitas vezes enquadrados como sub-categoria dos deveres de prestação (ou de deveres voltados à prestação principal (...)). Dessa forma, não se deve confundi-los com os deveres acessórios aqui trabalhados, visto que esta nomenclatura é relegada apenas aos interesses prestacionais. (...) Como se vê, a nomenclatura utilizada por diversos autores não segue uma linha homogênea, sem que isso importe o reconhecimento de que a divisão seja fundamentalmente diversa.” (STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 87, nota 209). Deve-se atentar para que a essência (conteúdo) não se sobreponha à forma, ou, de outra maneira, para que o nome dado não subjugue a natureza do conteúdo do dever, evitando-se toda sorte de possíveis confusões.

⁶⁷⁸ Por exemplo: TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 31, jan./mar. 2022, p. 135-165. NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. introdução da constituição das

São subdivisões do dever de prestação, correlacionado ao interesse de prestação, sendo estes o principal ou primário e secundário ou acidental de prestação⁶⁷⁹.

Os deveres de prestar secundários correspondem a prestações acordadas com o fim de complementar a prestação principal, sem a qual não fazem sentido⁶⁸⁰. Dizem respeito a prestações outras, mas ainda diretamente ligadas à realização das primeiras, que caracterizam a prestação (deveres principais)⁶⁸¹, podendo estar atrelados à boa-fé, embora não se relacionem a deveres laterais⁶⁸².

Comportam duas espécies⁶⁸³: a primeira, denominada deveres secundários meramente acessórios, destinados a preparar ou assegurar o perfeito cumprimento da obrigação.

Os deveres secundários meramente acessórios correspondem a prestações funcionalizadas relativamente à prestação principal, que visam a complementar⁶⁸⁴. Assim, por exemplo, ao se valer de um estacionamento para guarda e depósito de determinado veículo, além da guarda, propriamente dita, pode se convencionar que o veículo será retirado com a sua lavagem realizada pelo estabelecimento. Trata-se, nessa hipótese, de

obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 108.; LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74. GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 70. STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 87. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 239 e ss. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 74.

⁶⁷⁹ Por exemplo: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 239 e ss.

⁶⁸⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 80.

⁶⁸¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 78.

⁶⁸² STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 90.

⁶⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 241. No mesmo sentido: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 122; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 77.

⁶⁸⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. introdução da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 108.

um acréscimo qualitativo à prestação dita principal, de guarda do veículo, que, presumivelmente, precisará ser limpo antes de sair⁶⁸⁵.

A segunda, referida como deveres secundários com prestação autônoma, apresentam-se como sucedâneos da obrigação principal, como é a hipótese do dever de indenizar, diante do não cumprimento definitivo da prestação, ou de maneira coexistente com o dever principal, como ocorre no dever de indenizar pela mora no dever de prestar. Daí porque os deveres secundários com prestação autônoma ora podem ser classificados como supletivos, ora como substitutivos do interesse de prestação⁶⁸⁶.

Já os deveres secundários meramente acessórios, por não serem autônomos, seguem a sorte da obrigação principal, como a fiança, a garantia de evicção e a responsabilidade por vício do produto ou serviço⁶⁸⁷.

Dito de outro modo: por se tratar de deveres de prestação, ainda que secundários, podem motivar a ação visando ao seu cumprimento específico. Abrangidos pela sinalagma contratual, são oponíveis como meios de defesa (e constituem garantia, mas impróprias⁶⁸⁸), como exceção de contrato não cumprido e exceção de cumprimento, previstos nos artigos 476 e 477 do Código Civil⁶⁸⁹, respectivamente, bem assim permitem

⁶⁸⁵ GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 7.

⁶⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 241. Ver também: NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24; no mesmo sentido: TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 31, jan./mar. 2022, p. 138. Ver, também, a respeito: HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2010, v. 900, p. 45-84, s.p.

⁶⁸⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁶⁸⁸ Ver a respeito: GUILHARDI, Pedro. Breve panorama das garantias especiais impróprias e o controle de risco. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Processo, jan./jun. 2021, v. 28, n. 1, p. 197-228.

⁶⁸⁹ “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”.

ao credor a resolução do pacto, se afetado o seu interesse útil à realização da prestação, além da indenização cabível⁶⁹⁰.

Tem-se, aqui, vertente mais acentuada do dever cooperativo, a exemplo do credor que, nas obrigações alternativas, deixa de praticar atos preparatórios a viabilizar o adimplemento pelo devedor; do mesmo modo, no caso de contratação de compra de mercadoria no comércio internacional, sujeita à licença de exportação, deverá o devedor agir com o zelo cabível para a obtenção da licença necessária ao perfeito cumprimento da obrigação⁶⁹¹.

Especificamente em relação ao dever de informar, que não se confunde, nas hipóteses a serem mencionadas, com deveres laterais – mas se revela como dever secundário ou acidental da prestação principal –, anota-se, à guisa de exemplo, que, no contrato de compra e venda com cláusula de preferência do vendedor, o comprador deve informar ao vendedor o preço e as vantagens oferecidos por terceiros (artigo 518 do Código Civil); também o locatário tem o dever de informar ao locador as turbações de terceiros (artigo 559 do Código Civil); o empreiteiro, deve informar o dono da obra sobre a má qualidade ou falta de quantidade do material, sob pena de não ser remunerado se a coisa perecer antes da entrega (artigo 613 do Código Civil); o mandante tem o dever de informar terceiros da revogação do mandato, sob pena de a revogação não produzir efeitos em relação aos terceiros (artigo 686 do Código Civil); o corretor tem o dever de prestar ao cliente todos os esclarecimentos sobre a segurança ou risco do negócio, sobre alterações de valores e outros fatores que possam impactar a decisão do cliente (artigo 723 do Código Civil); o segurado tem o dever de informar à seguradora, logo que saiba, os incidentes que possam agravar o risco segurado, sob pena de perder direito à garantia (artigo 769 do Código Civil); o promitente, na promessa de recompensa, tem o dever de informar a revogação da promessa, valendo-se do mesmo meio de publicidade utilizado no ajuste, sob pena de ter de cumprir o prometido (artigo 769 do Código Civil); o gestor

⁶⁹⁰ O mesmo pode ser afirmado em relação ao Direito português. Ver: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. introdução da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 108. No mesmo sentido: FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 124.

⁶⁹¹ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 96.

de negócio tem o dever de informar o dono do negócio sobre a gestão, sob pena de responsabilização até mesmo por casos fortuitos (artigo 864 do Código Civil)⁶⁹².

As espécies de contratações ESG descritas pelo trabalho não se enquadram, em si e isoladamente, nos deveres secundários, mas evidente que lhes são pertinentes. Assim como toda e qualquer contratação, as *contratações ESG principais* e as *contratações ESG qualitativas do objeto* carregarão consigo os deveres secundários que lhes são típicos: deveres secundários meramente acessórios, visando a preparar ou assegurar o perfeito cumprimento da obrigação – é o caso da guarda e conservação dos veículos elétricos objeto da venda no exemplo já citado; a obrigação de indenizar em caso de atraso na entrega de tais veículos – sobressaindo o dever secundário com prestação autônoma sucedânea da obrigação principal.

Do mesmo modo, as *contratações ESG conformativas do meio*, bem assim as *contratações ESG laterais*, tratadas no presente trabalho como deveres laterais, poderão carregar consigo a existência de deveres equivalentes aos secundários meramente acessórios: no exemplo dado a respeito de gestão de recursos, a contratação de pessoal para que a equipe de gestores seja formada por 50% de pessoas do gênero feminino; se pactuada a necessidade de o contratante não praticar nenhum ato tipificado como corrupção, nos termos da Lei Anticorrupção, que reavalie o seu *compliance* a fim de garantir que tal não suceda etc.

IV.1.2. Deveres laterais e as contratações ESG

Serão examinadas as nomenclaturas e classificações dadas aos deveres laterais, suas principais características e distinções frente ao dever de prestar, em especial, bem assim suas considerações à luz das tipologias de contratações ESG apresentadas no trabalho.

⁶⁹² LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92.

IV.1.2.1. Nomenclaturas e classificações

Os deveres laterais, também trabalhados sob as nomenclaturas de deveres acessórios, deveres acessórios de conduta, anexos, fiduciários, instrumentais ou funcionais⁶⁹³, resultam da incidência do princípio da boa-fé⁶⁹⁴.

Há, de fato, irreduzível flutuação terminológica⁶⁹⁵, interessando, aqui, contudo, a avaliação da essência de ditos deveres, com menos relevo para a nomenclatura a ser utilizada. De qualquer forma, preferimos a adoção de deveres laterais, justamente por exprimir categoria a *latere* do dever de prestar, ao mesmo tempo em que não limita a um dever de conduta, a um dever de segurança, e assim por diante.

Entende-se que as diversas e distintas classificações, desde as mais analíticas, como as mais genéricas, agrupam, em verdade, *hipóteses de concreção* dos deveres laterais – por exemplo, por meio do dever de informar, cooperar, esclarecer etc. –, sob a denominação guarda-chuva de deveres laterais de conduta.

De fato, existe divergência não só terminológica, mas de distinção de natureza entre deveres anexos e deveres de proteção, preferindo-se, contudo, designá-los, indistintamente, deveres laterais⁶⁹⁶. Entende-se, pois, que deveres anexos, em especial os deveres de proteção, constituem, mais do que espécie⁶⁹⁷ de deveres laterais, senão hipóteses de sua concreção.

Tendo em vista que os deveres laterais opõem-se aos deveres principais, vigora corrente que divide os deveres obrigacionais em dois grandes grupos, a saber, os deveres de prestação, abarcando os deveres principais e secundários, e os deveres de

⁶⁹³ Consoante consta em: STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 87.

⁶⁹⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 91.

⁶⁹⁵ Como expõe ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta. In: _____. *Estudos de direito privado*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 517-566, 519-520. Ver, ainda: FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 128.

⁶⁹⁶ Ver a respeito: NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 25.

⁶⁹⁷ HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2010, v. 900, p. 45-84, s.p.

proteção⁶⁹⁸, aqui tratados como espécie do gênero de deveres laterais – adiantando-se, os deveres de proteção são espécie e uma das formas de se concretizar os deveres laterais, classificados como gênero.

Outra proposta classificatória entende que as obrigações acessórias poderiam ser distinguidas em quatro categorias, a saber: aludindo ao seu objeto, opondo o interesse à execução da prestação ou o interesse à integridade decorrente do dever de proteção; segundo a sua fonte, consoante a encontre na lei, no contrato ou seja deduzida das regras de boa-fé; à luz de seu conteúdo, para designar o dever de informar, o dever de segurança e o dever de diligência e fidelidade; e referindo-se ao fato de serem, ou não, dependentes da obrigação principal⁶⁹⁹.

Segundo a função que exercem, podem ser classificados conforme sirvam ao interesse de cumprimento ou ao interesse de conservação. Na primeira hipótese, há conexão mais forte com o dever de prestar. Impõe ao contratante, por exemplo, o dever de informar sobre o correto modo de funcionamento de determinado produto, o dever de entregar determinado documento para habilitar a formalização de determinada aquisição e outros⁷⁰⁰.

Quanto aos deveres laterais que sirvam ao propósito precípua de defesa dos interesses dos contraentes, refletidos nos bens pessoais e patrimoniais circundantes, e cuja lesão é franqueada pelos laços de proximidade entre as esferas, criadas logo nos próprios preparativos negociais⁷⁰¹, tem-se menor proximidade com o dever de prestar propriamente dito. Podem consistir em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência, de sigilo etc., pelo que constituem obrigações de fazer ou de não fazer⁷⁰².

⁶⁹⁸ Assim reportado em: STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 88.

⁶⁹⁹ CARRON, Blaise; WESSNER, Pierre. *Droit des obligations: partie générale*: v. 1. Berne: Stämpfli Editions, 2022, p. 127-133.

⁷⁰⁰ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta. In: _____. *Estudos de direito privado*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 517-566, 518.

⁷⁰¹ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta. In: _____. *Estudos de direito privado*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 517-566, 518.

⁷⁰² SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 92. Ver também sobre em que consistem: NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 25.

Os deveres laterais, na visão do autor e sem demérito de outras classificações possíveis, dividem-se em três grandes grupos: (i) deveres de proteção; (ii) deveres de lealdade e cooperação; e (iii) deveres de esclarecimento e informação⁷⁰³. Trata-se de tripartição clássica⁷⁰⁴ que, de qualquer modo, é discricionária, vinculando-se muito mais ao esforço de percepção de elementos internos destoantes do que a uma imperiosa necessidade prática de classificação⁷⁰⁵.

IV.1.2.2. Compreensão e características

Se concebida a ideia, para facilidade de exposição, de que a obrigação conta com um núcleo e um halo, que se subdivide em halo central e periférico, tem-se que o núcleo se refere exatamente à prestação principal, isto é, pela relação complexa que se forma pelo dever de prestar e pelo respectivo direito de prestação, ambos principais. O halo central comporta deveres secundários, que reforçam o dever principal, derivando da lei ou do contrato. Por fim, tem-se os halos periféricos, que abrangem vínculos que, historicamente, se desenvolveram a propósito do núcleo, mas que, estruturalmente, com ele não têm a ver, nem se referem ao binómio crédito/débito, compondo estrutura diversa, tanto que podem até mesmo não ser prestações e envolver terceiros⁷⁰⁶.

A categoria representa importante proposta de enquadramento dogmático, tendo se questionado, contudo, se a criação de uma categoria nova, de deveres de conduta, seria necessária ou se bastariam as regras gerais da responsabilidade aquiliana. Herman Staub, pouco após a entrada em vigor do BGB, vislumbrou uma lacuna na regulação do incumprimento: ao lado da mora e do incumprimento definitivo, condutas tipicamente omissivas, o devedor podia ainda lesar a posição do credor por meio de atos,

⁷⁰³ Como, inclusive, restou distinguido em: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 108. De igual modo em: ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta. In: _____. *Estudos de direito privado*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 517-566, 521. Ver também: GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 7.

⁷⁰⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 7.

⁷⁰⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107.

⁷⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 328. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 127.

consubstanciando, assim, a violação contratual positiva, à qual vieram abrigar-se, depois de diversos aperfeiçoamentos, tanto a deficiente execução dos deveres de prestar, como a infração de deveres acessórios⁷⁰⁷.

Em parte, atuam para otimizar o adimplemento, não se referindo ao objeto da prestação, isto é, ao que prestar, mas ao como prestar, podendo resultar de lei (dever de prestar contas, p. ex.), ou não, e o seu fundamento último será sempre a boa-fé⁷⁰⁸.

Mais amplamente, os deveres laterais servem ao exato processamento da relação obrigacional ou, dizendo de outra maneira, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa⁷⁰⁹.

A relevância dogmática da relação obrigacional complexa está em demonstrar a imprescindibilidade dos deveres laterais na consecução da causa em concreto⁷¹⁰, isto é, o efetivo regulamento de interesses criado pelas partes que, conquanto não se possa estabelecer, *a priori*, os efeitos essenciais e quais não o são, é passível de exame a partir da especificidade do regulamento contratual, porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser, em concreto, o elemento individualizador da função daquele contrato⁷¹¹.

Os deveres laterais vieram para buscar soluções à limitação linguística que afeta os seres humanos e, conseqüentemente, as contratações, que não conseguem, no mais das vezes, expor no entrecruzamento da esfera do credor e devedor, a intensidade de tal relação, culminando por fabricar injustiças. Daí porque, em parte, também se prestam ao atendimento da concepção de que, quando envolvidos em uma relação obrigacional, os contraentes, para além dos direitos e deveres inerentes à prestação

⁷⁰⁷ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta. In: _____. *Estudos de direito privado*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 517-566, 518. Ver também: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 362 e ss.

⁷⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 241-242.

⁷⁰⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 77.

⁷¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos. Contratos em espécie. Atos unilaterais. Títulos de crédito. Responsabilidade civil. Preferências e privilégios creditórios* (arts. 421 a 965). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 18.

⁷¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, jan./mar. 2005, v. 21, p. 95-119, 108.

principal e secundária, resultantes do vínculo, estão subordinados a uma série de deveres acessórios que visam a:

- (i) acautelar materialmente o vínculo obrigacional;
- (ii) proteger as partes, nas suas pessoas e no seu patrimônio;
- (iii) proteger terceiros que, com a obrigação, tenham um especial contato⁷¹².

Em tais casos veiculam interesse negativo: há que se fazer algo ou que se adotar medidas peculiares para que um determinado resultado *não seja atingido*⁷¹³.

Sua função auxiliar, no entanto, não deve importar desprestígio de sua importância, pois, não se pode esquecer, os deveres laterais “têm sempre a missão de realizar um interesse autônomo, compreendido no interesse amplo que criou o laço contratual”⁷¹⁴. Assim, os deveres laterais contemplam obrigação recíproca que é *pactuada* ou *dedutível* como norma de conduta a partir de parâmetro objetivo da boa-fé, em que às partes são impostas ações ou omissões, *comuns* ou *individuais*, para que o programa contratual obtenha cabal execução⁷¹⁵.

E tal realidade não é exótica. À medida que o Direito das obrigações se aperfeiçoa e se diferencia⁷¹⁶, os deveres acessórios passam a assegurar a materialidade das obrigações, acompanhando, nos seus meandros, a realidade da vida. A prestação importa no momento do cumprimento, sendo que, em todas as demais variabilidades, imperam os

⁷¹² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 498 e 513.

⁷¹³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 79.

⁷¹⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266.

⁷¹⁵ Para ver mais sobre a evolução da disciplina do direito obrigacional, consultar: NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 283-321.

⁷¹⁶ NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 27.

deveres acessórios, ainda que ausente a patrimonialidade típica, mas não necessária, das obrigações⁷¹⁷. Tais deveres são, assim, volúveis⁷¹⁸.

Não se espera que se traga ao contratante ônus que não aquele normalmente esperado naquele tipo específico de contratação, considerando-se todas as suas peculiaridades⁷¹⁹. Podem as partes, contudo, no âmbito de sua autonomia privada, estipular distintamente o critério de diligência a ser aplicado⁷²⁰, até mesmo pelo que recentemente incluído no artigo 113 do Código Civil, em seu parágrafo segundo, por meio da Lei nº 13.874/2019 (“LLE”).

Nas obrigações duradouras, cujo adimplemento se dá de forma contínua por certo lapso temporal, engajando as partes, pelo menos em tese, a maiores deveres atrelados à cooperação, informação etc., é possível exigir dos contratantes nível diferenciado de atendimento aos deveres laterais⁷²¹. Citem-se os contratos de locação, de serviços, de sociedade, nos quais uma relação duradoura se estabelece⁷²².

Nesse aspecto, vale reiterar que a construção jurisprudencial que abarcou a relação obrigacional complexa não se deu ao acaso, mas pela insuficiência que a concepção tradicional tinha para lidar com os demais deveres nascidos da relação, ou

⁷¹⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 329. Ver também: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. introdução da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 83 e ss.; KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, jul./dez./2012, v. 2, a. 1, p. 1-24. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/45>. Acesso em: 10 abr. 2024. Atenta-se para o fato de que a patrimonialidade comporta duplo entendimento. Pode referir-se tanto à prestação debitória, suscetível de avaliação pecuniária, como ao fato de que o inadimplemento da obrigação, ao contrário dos sistemas antigos, apenas confere ao credor a possibilidade de agir contra o patrimônio do devedor – e não contra a sua pessoa. (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 101).

⁷¹⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 27.

⁷¹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 27.

⁷²⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 38.

⁷²¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 27 e 32.27 e 32. Em semelhante sentido: FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 129.

⁷²² LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 21.

situados ao lado dos interesses de prestação, para além da regulação das obrigações duradouras e dos contratos lacunosos⁷²³.

IV.1.2.3. Deveres laterais e interações da boa-fé com as contratações ESG

A boa-fé tem papel fundante na criação dos deveres laterais de conduta, sendo importante tecer comentários sobre a forma pela qual os deveres laterais interagem com o fenómeno da boa-fé.

O Código Civil verteu em princípios normativos explícitos a boa-fé objetiva ou de conduta e a função social, engendrando deveres correspondentes de conduta, gerais, aplicáveis a qualquer obrigação e não apenas aos contratos, pois têm sede constitucional (artigos 3º, inciso I e 170 da Constituição Federal), como desdobramento da solidariedade e justiça sociais, transformando profundamente o paradigma individualista do regime do Código Civil de 1916⁷²⁴.

São deveres que excedem o próprio e estrito dever de prestação – cujo adimplemento constitui normalmente objeto de pretensão – e que se impõem como dever para ambos os contraentes resultando do pactuado, do princípio da boa-fé de acordo com as circunstâncias ou, finalmente, das exigências do comércio⁷²⁵.

De um lado, entende-se que o aplicador não supre lacunas, propriamente ditas, mas declara que deveres acessórios já estavam somados ao conteúdo do contrato, ainda que tal soma tenha se dado na vigência da contratação e não em sua formação. Daí se diz que a boa-fé, em sua função integrativa, não supre lacuna como tal, pois o seu conteúdo “já está lá”⁷²⁶.

Nessa esteira, a função integrativa ocorreria *a priori* da fase interpretativa. Primeiro se determina o conteúdo do contrato que, *a posteriori*, poderá ser objeto do

⁷²³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 221.

⁷²⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74-75.

⁷²⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 21.

⁷²⁶ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 541.

processo interpretativo. Determina-se se houve integração contratual para, então, aferir o seu exato conteúdo, pois não se poderia conceber integração se não resultasse, sob alguma perspectiva, do interesse comum dos contratantes⁷²⁷.

De outro lado, tem-se que os deveres laterais não resultam da relação jurídica obrigacional, muito menos do dever de adimplemento; ao contrário, decorrem de princípios normativos, irradiando-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, tanto débito como crédito, tornando exigível a interpretação de seus efeitos e alcances, conjugadamente com os princípios de onde emanam. Assim, a compreensão de uns implica a dos outros⁷²⁸.

No mesmo sentido, explica Diogo Costa Gonçalves, a conduta exigível do devedor deve ser realizada segundo a boa-fé, sendo que estão em causa os deveres acessórios, de fonte legal. A boa-fé representa, nesse contexto, importante papel (i) na determinação da prestação principal e na concretização dos deveres secundários, especialmente se a concretização da prestação principal ou de alguns de seus elementos ficar a cargo do devedor, e na (ii) delimitação do esforço juridicamente exigível do devedor no cumprimento⁷²⁹.

Apesar de incidirem diretamente na relação obrigacional independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo, em cada relação individualmente, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e espaço de sua aplicação, razão pela qual não se submetem à tradicional subsunção do fato à norma⁷³⁰.

Resulta desse modelo grande plasticidade na sua concretização, dada a sua gradualidade⁷³¹. As exigências ético-jurídicas fazem sentir-se com graus de intensidade

⁷²⁷ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 545.

⁷²⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁷²⁹ GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 71.

⁷³⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

⁷³¹ GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 9.

diversos, a depender do momento do processo negocial, se estiver em causa uma relação especial de confiança, entre outros elementos de casuística.

Assim, por questões de circunstâncias, contexto, e papel dos contratantes frente ao vínculo obrigacional formado, determinados deveres podem ser mais, ou menos, exigidos em relação a um dos polos contratuais, inclusive variando conforme o correr da contratação, especialmente em contratos de longa duração.

São fatores extravoluntarísticos que, por conta de sua vagueza e peculiar estrutura normativa, ingressam na relação contratual concretamente considerada, servindo para integrar a conduta devida⁷³².

Contudo, é de relevo que a forma de concreção de um dever lateral que está inscrito no contrato não deve ser a mesma daquela que deriva diretamente da boa-fé, por “já estar lá”.

Em primeiro lugar porque a existência da contratação faz com que novos deveres oriundos da boa-fé sejam concretizados de acordo com aquela situação.

Tomando-se por exemplo o dever de informação, quando não oriundo de fonte legal, mas da autonomia privada, “não é possível nem tipificar, exaustivamente, o conteúdo destes deveres, nem determinar, abstrata e aprioristicamente, a situação em que os mesmos se revelam”⁷³³.

Conquanto incontroverso o dever de informar contratualmente estabelecido, serão conceitos indeterminados e cláusulas gerais que darão a medida adequada da quantidade, extensão, prazo etc. da informação devida, ausente regulação sobre todos esses temas. A incapacidade, ademais, de se colocar em palavras e no papel as mais diversas circunstâncias contratuais e negociais invariavelmente demandará recurso a conceitos indeterminados e cláusulas gerais para a busca da solução adequada.

Resulta daí que a reprodução de deveres acessórios ou laterais de conduta em textos contratuais, conquanto transforme regras decorrentes da boa-fé em conteúdo

⁷³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 237.

⁷³³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 237.

contratual, não esvazia de significado nem de função os elementos extravoluntarísticos. Continuarão, a partir do conteúdo concreto daquele negócio jurídico, a integrar deveres e condutas.

A existência de dever contratual decorrente da boa-fé no texto contratual, ao lado de tantos outros elementos integradores do conteúdo concreto do negócio, apenas servirá como elemento adicional para guiar o sentido de aplicação das cláusulas gerais e de conceitos indeterminados.

Em segundo lugar, o fato de o dever lateral resultar da autonomia privada denota a importância daquele dever no âmbito da relação obrigacional. Se poderia ser concretizado pela boa-fé, não foi por qualquer motivo que as partes, por meio da contratação ESG, preferiram incluí-lo no texto contratual. Passando a integrar o conteúdo contratual, é de se supor que atendam a um interesse específico.

Nesse contexto, entende-se que, na maior parte dos casos, contratações ESG que denotem deveres laterais, a saber, *conformativas do meio e laterais*, não podem, a rigor, ser deduzidas ou inferidas sem expressa previsão contratual, tudo, evidentemente, a depender do contexto e cenário específicos. Uma vez que visam ao atendimento de interesses específicos, a inclusão no texto contratual faz evidenciar a existência e intensidade da finalidade perseguida pelo contraente ao firmar a contratação ESG referida.

Por outro lado, se inexistente pactuação a respeito, deve o interesse ser perseguido e demonstrado pelo credor por outros meios, como a existência de possível legítima expectativa de um contratante frente ao outro de que o fornecedor não se valeria de mão de obra escrava em seu processo produtivo, dado ter, exemplificativamente, se apresentado como estritamente profissional e consoante as exigências legais.

É possível admitir que, quanto mais grave o ato praticado em desacordo com os aspectos primordiais de conteúdo ESG, mais facilmente a legítima expectativa da contraparte será frustrada, atingindo seu interesse, independentemente da existência de qualquer contratação ESG.

Via de regra, contudo, exige-se a previsão contratual expressando modalidade de contratação ESG conformativa do meio ou lateral para possibilitar o rompimento do

liame por meio do direito resolutivo do credor, não se deduzindo a existência de legítima expectativa de uma parte em relação a outra quanto a tais *standards* de conduta, a não ser que resulte das circunstâncias objetivamente consideradas.

Por sua vez, a maior ou menor intensidade dos deveres laterais é dada pelo fim do negócio jurídico, devendo ser perceptível à outra parte, pois não se cuida de motivo psicológico, mas de um acréscimo que integra o fim da atribuição⁷³⁴, devendo, pois, ser avaliado objetiva – e não subjetivamente.

Nesse contexto, tratando-se de contratações ESG, deve-se perquirir, entre outros elementos, se a conduta do credor permite concluir pelo seu real, legítimo e efetivo interesse em ver adimplida a obrigação de conteúdo ESG.

Não basta a inclusão do texto contratual sem que o credor tenha interesse jurídico legítimo a ser protegido. Ora, se o próprio credor, no âmbito de suas operações e junto ao mercado, aos *stakeholders*, não atua em linha com a contratação ESG, praticando *greenwashing*, por exemplo, tem-se por esvaziado o interesse que a contratação ESG pretendeu proteger, podendo refletir na determinação do interesse útil do credor, em caso de violação das contratações ESG. O tema se relaciona com o atendimento ao critério subjetivo-funcional das contratações ESG (III.1.1), a fim de que lhe possam ser aplicadas as conclusões e premissas do presente estudo.

Analogamente, a contratação ESG veiculada por mera cláusula de estilo faz emergir, naquele que postula a sua incidência, o ônus probatório de que há efetivo interesse a ser protegido.

Não se confunde a noção aqui proposta com os impedimentos do direito resolutivo, objetivos e subjetivos.

No impedimento subjetivo, tem-se a ilegitimidade da resolução pelo credor que invoca fundamento que tiver resultado exclusivo ou preponderante de sua conduta⁷³⁵. Centra-se a dúvida em saber quem, efetivamente, deu causa à violação suscitada como

⁷³⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 97.

⁷³⁵ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 88.

fundamento do direito resolutivo. Não é a hipótese do credor que pratica *greenwashing* e que, por isso, tem o interesse que alicerçou a contratação ESG esvaziado por sua conduta.

O impedimento objetivo refere-se à impossibilidade de o credor resolvente restituir aquilo que houver recebido e não puder restituir ao devedor em espécie, o que em nada se relacionada com o tema debatido e que imporá questionamentos que não serão objeto de análise, dado o escopo do trabalho⁷³⁶.

A situação exemplificada diz respeito à existência de legítimo interesse a ser protegido e como a conduta do credor pode revelar o esvaziamento das causas que alicerçaram a contratação ESG.

IV.1.2.4. Distinções com o dever de prestar

Importante identificar as diferenças que se sublinham entre o dever de prestar e os deveres laterais.

Tem-se que os deveres de prestar fundam-se, essencialmente, na autonomia privada; os laterais, na boa-fé, vinculando, ao contrário do dever de prestar, devedor e credor⁷³⁷.

Os deveres de prestar são, ainda, diretamente disponíveis, e surgem com a concretização do negócio, ao passo que os laterais se operam *ex lege* sempre que se mostrem reunidas as condições constitutivas⁷³⁸.

O fato de o dever de prestar se fundar na autonomia privada não significa, necessariamente, que os deveres laterais tenham matriz legal, exclusivamente. Ao revés, podem constar, sim, de instrumentos contratuais, o que não lhes subtrairá a natureza de dever lateral.

⁷³⁶ Ver a respeito: PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 88 e ss.

⁷³⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 90.

⁷³⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 513.

Embora tenham esteio em todas as hipóteses na boa-fé, podem derivar de cláusula contratual, de dispositivo de lei ou do princípio da boa-fé⁷³⁹. Como esclarece Renata Steiner, “nada impede, por óbvio, que tais deveres sejam ajustados no instrumento contratual, existindo, inclusive, situações em que o próprio dever principal consubstancia-se em dever ligado ao princípio em questão”, exemplificando-se com o contrato de gestão de negócios⁷⁴⁰.

Vale lembrar que a veiculação normativa dos deveres laterais pode ser procedida pelos mesmos instrumentos utilizados para prever os deveres obrigacionais de prestação, ou seja, a lei, o negócio jurídico e o princípio da boa-fé. Ao se afirmar que os deveres laterais possuem fonte normativa diversa dos deveres de prestação, não se está a abordar o instrumento utilizado para veicular a norma, mas sim qual o exato fundamento normativo desta norma, ou seja, a origem de seu fundamento⁷⁴¹.

No quadro de diferenciação, indica-se que o dever de prestar cessa com o seu cumprimento, ao passo que os deveres laterais podem ser pré ou pós-eficazes⁷⁴²; e, mais, que, deveres de prestar cessam quando a respectiva fonte for declarada nula ou for anulada, ao passo que os acessórios se mantêm nessas eventualidades⁷⁴³.

A pós-eficácia inerente a alguns deveres acessórios os divide em deveres independentes e dependentes, facultando verificar que os independentes têm vida própria, pois subsistem ao término da obrigação principal. Em razão disso, podem ser acionados independentemente da obrigação principal, embora seu nascimento dependa desta⁷⁴⁴.

⁷³⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 77.

⁷⁴⁰ STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 96.

⁷⁴¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 90.

⁷⁴² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 513. Explica Clóvis do Couto e Silva que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente. (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20).

⁷⁴³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 513.

⁷⁴⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 94.

Considere-se, ainda, os deveres acessórios dependentes, que são considerados pertencas das obrigações principais, sendo que seu descumprimento acarretará também a da obrigação principal, pelo que não tem acionabilidade própria⁷⁴⁵.

A distinção dá-se, casuisticamente, pois não se pode dizer de antemão quais são os deveres dependentes ou independentes, pois sujeita-se ao exame durante o desenvolvimento da relação obrigacional. Cabe aqui invocar novamente a finalidade para estabelecer que a distinção entre os deveres dependentes e independentes consiste no fato de que os deveres independentes têm finalidade própria, distinta da obrigação principal⁷⁴⁶.

No que concerne à fonte fática do negócio jurídico, percebe-se que os deveres de prestação possuem como suporte concreto o momento genético do contrato, ou seja, quando as duas vontades se conjugam, dependendo-se de outra disposição contratual-normativa caso a vontade se altere⁷⁴⁷. Nesse sentido, o seu suporte concreto é estático.

De outro modo, os deveres laterais possuem como fonte fática o conjunto de fatos ensejadores e/ou decorrentes do acordo, independentemente do momento genético, pelo que não se fundam na declaração de vontade gênese do instrumento, mas nas atuações das partes (inclusive eventualmente declarativas de vontade superveniente) e no conjunto de circunstâncias, mesmo que decorrentes de terceiros, envolvidos na relação⁷⁴⁸. Trata-se de um processo dinâmico.

Quando ausente disposição contratual a respeito ou inidônea a convenção, ocorre o que se denomina heterointegração contratual avoluntária, neologismo empregado para expressar sua fonte integradora, que não reside na vontade, mas se reporta diretamente ao modelo prescritivo da boa-fé, integrando o conteúdo contratual⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 94.

⁷⁴⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 94.

⁷⁴⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 96.

⁷⁴⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 96.

⁷⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 243.

É possível a existência de deveres acessórios, mesmo sem dever de prestar⁷⁵⁰, em três circunstâncias: (i) culpa *in contrahendo*, que exsurge tão logo concluído o negócio jurídico; (ii) na eficácia pós-contratual, depois de performadas as prestações principais e secundárias; e (iii) em caso de nulidade ou anulabilidade, em que os deveres acessórios se mantêm⁷⁵¹.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 422, embora se refira à conclusão e à execução do contrato, admite interpretação no sentido de exigir o dever de conduta segundo os parâmetros da boa-fé atinentes aos comportamentos *in contrahendo* e *post pacto finitum*⁷⁵².

Necessário destacar ser impossível estabelecer de antemão um rol taxativo de quais seriam os deveres laterais que subsistiriam ao adimplemento da obrigação principal. Para essa árdua tarefa é impreterível que se proceda à análise da base objetiva do negócio jurídico, isto é, das condições e circunstâncias gerais necessárias à sua existência e subsistência⁷⁵³.

No que concerne à violação dos deveres acessórios ou laterais de conduta, pode resultar a violação positiva do crédito, espécie de inadimplemento inconfundível com o dito definitivo e com a mora. Se presente a mora, pode, contudo, converter-se em inadimplemento absoluto – então advindo o direito de resolução *lato sensu* ou a justa causa ao exercício da denúncia – se da violação resultar grave risco à confiança legítima e ao interesse na manutenção da relação obrigacional⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ A respeito da possibilidade de os deveres de conduta constituírem o objeto exclusivo da relação obrigacional, consultar: NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24.

⁷⁵¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 320. Ver também: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 98 e ss.

⁷⁵² LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

⁷⁵³ BICHARA, Maria Carolina. A Responsabilidade civil pós-contratual. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 100. jul./ago. 2019, p. 41-69.

⁷⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 246-247.

Distingue-se, nesse contexto, entre incumprimento em sentido estrito, traduzido como inexecução da prestação primária devida, e, em sentido amplo, entendido como a violação de deveres acessórios⁷⁵⁵.

A teoria contratual contemporânea compreende a obrigação como um processo, cujas fases vão sendo superadas até que se alcance a finalidade contratual em sentido amplo, abrangendo a prestação principal (obrigação de prestar) e os deveres laterais. Sob tal perspectiva, deveres laterais podem visar a promoção da causa contratual concreta, protegendo os interesses das partes e o resultado útil contratado da obrigação. E, embora oriundo de um comportamento lícito, a conduta que viola um dos deveres laterais da obrigação, a depender da análise do caso concreto, poderá ocasionar o inadimplemento ou a mora da obrigação contratada⁷⁵⁶.

Com isso surge a característica própria dos deveres laterais: a não-direta vinculação entre os deveres laterais e a espécie de obrigação ou o tipo contratual, não sendo os deveres laterais, portanto, decorrência dos deveres de prestação. Por isso, duas relações contratuais de compra e venda do mesmo bem poderão ensejar o nascimento de deveres laterais bastante diversos, conforme sejam distintas as especificidades das partes ou o peso da confiança gerada pelas circunstâncias⁷⁵⁷, o que remete ao casuísmo.

Paulo Lôbo refere-se à limitação da construção doutrinária que instituiu os deveres acessórios, pois seriam aplicáveis apenas ao devedor, mas que, com a evolução do direito das obrigações, deixaram de ter caráter apenas secundário do dever de adimplemento, impondo-se deveres de conduta a ambos os polos contratantes⁷⁵⁸.

Se considerarmos que os deveres acessórios são decorrentes da boa-fé objetiva – aqui referenciada em sua feição de fixação dos deveres acessórios, isto é, em sua função integrativa⁷⁵⁹ –, com direcionamento do comportamento das partes a valores

⁷⁵⁵ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 72.

⁷⁵⁶ BICHARA, Maria Carolina. A Responsabilidade civil pós-contratual. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 100. jul./ago. 2019, p. 41-69.

⁷⁵⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

⁷⁵⁸ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73-74.

⁷⁵⁹ Ver a respeito: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 540 e ss.; NANNI, Giovanni Ettore.

éticos, de probidade, honestidade, lealdade e consideração das legítimas expectativas do parceiro contratual – tudo voltado ao exato adimplemento –, resulta que tal conduta deve ser seguida por ambos os contratantes⁷⁶⁰.

Explica Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que a lei estabelece deveres de boa-fé para ambos os sujeitos da relação obrigacional, permitindo o integral aproveitamento da prestação sob o ponto de vista do interesse do credor, evitando-se que o adimplemento cause danos quer ao credor, quer ao devedor⁷⁶¹.

Não significa ser atribuível a apenas um dos polos contratantes, pois a boa-fé faz somar ao negócio jurídico conteúdo presumido, isto é, se as partes nada tiverem disposto sobre, por exemplo, deveres de informação, esclarecimento etc., a boa-fé atuará para integrar o conteúdo do contrato⁷⁶².

IV.1.2.5. As espécies de contratações ESG e os deveres laterais: o exato adimplemento

No que toca às contratações ESG, consoante classificação proposta (III.1.2), as *contratações ESG conformativas do meio* e as *contratações ESG laterais* enquadram-se no regime de deveres laterais, mas com distinções.

As *contratações ESG conformativas do meio* guardam maior pertinência com a prestação – deve-se prestar determinado serviço com equipe que conte com, pelo menos, 50% de pessoas do gênero feminino ou, no âmbito do cumprimento do escopo contratual, o parceiro contratual não poderá envolver-se em situação de corrupção –, ao passo que as *contratações ESG laterais* referem-se à conduta ou situação jurídica e pessoal da contraparte – o vendedor deverá em sua operação manter equipe que conte com, pelo menos, 50% de mulheres, não deverá implicar-se em situações que ensejem tipificação

Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 34 e ss.

⁷⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 282-283.

⁷⁶¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. introdução da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 50.

⁷⁶² NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação*: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 541.

de corrupção nos termos da Lei Anticorrupção –, independentemente da relação com o objeto da contratação.

Embora, na visão do autor, as *contratações ESG qualitativas do objeto* tenham feição primordial de prestação primária e as *contratações ESG conformativas do meio* revelem características primordialmente vinculadas a deveres laterais, aplicando-se, portanto, dogmática distinta a cada uma delas no âmbito da resolução, em ambos os casos a noção de exato adimplemento há de ser reafirmada, pois pertinente, ainda que em diferente intensidade e extensão, às duas modalidades.

É que se aplica a noção como norte interpretativo quando do emprego da dogmática da resolução atrelada ao descumprimento da prestação principal, especialmente no que se refere ao atendimento do interesse do credor, à luz da finalidade da contratação, mas também para a resolução pautada na violação positiva do contrato, isto é, pela violação de deveres laterais de conduta, mas sob ótica um pouco diferente, qual seja, da gravidade com que a violação ao dever lateral atingiu o interesse do credor na manutenção da contratação.

Para que não reste dúvida, reconhecer a validade e importância da noção de exato adimplemento não significa afastar a terceira via da violação positiva do crédito em prol das figuras da mora e inadimplemento absoluto, via essa que respalda a resolução contratual em determinadas hipóteses de violação de deveres laterais.

Primeiro, porque a noção de exato inadimplemento decorre da visão da obrigação como processo, não significando que a mora, tal como concebida no direito brasileiro, possa ater-se a prestação que não a principal.

Segundo, porque o exato adimplemento é apenas um dos elementos de que se vale o dualista para aplicação da teoria, cujo fundamento parte da ampliação da caracterização da mora.

Daí porque, em ambos os casos, a feição do exato adimplemento serve como norteadora das investigações que cada teoria procura idealizar, notadamente atreladas à gravidade da violação e à subsistência, ou não, do interesse útil do credor, mas não como fundamento autônomo do remédio resolutivo.

Desse modo, sendo a satisfação da totalidade dos interesses envolvidos o escopo da relação obrigacional, não há concretização de tal finalidade tão somente com uma prestação, englobando outros interesses, além dos interesses de prestação: assim o interesse de proteção contra danos, para o que exsurtem deveres de proteção, apenas mediatamente ligados aos interesses de prestação, mas também instrumentalizando os deveres de prestação (sendo a ele imediatamente vinculados)⁷⁶³.

Avaliadas as contratações *ESG qualitativas do objeto e conformativas do meio*, é possível estabelecer que:

(i) na primeira hipótese, à prestação principal vincula-se a determinado atributo atinente à prestação principal, aglutinação essa que pode se dar por *determinada característica* ou *atributo relativamente ao objeto do contrato*;

(ii) no segundo caso, acorda-se que, para a consecução do objeto contratual, vista a obrigação em seu caráter dinâmico e como processo, o exato adimplemento da prestação subordina-se ao meio de que se valerá o devedor para atingimento da finalidade contratual; e, nessa medida, ao devedor, para que adimpla exatamente à prestação, não restará outro caminho para a entrega do objeto contratual, senão aquele previsto no respectivo instrumento contratual.

Significa que o devedor deve, de um lado, abster-se de atuar, cumprindo obrigação de não fazer, ou atuar de determinada maneira, caracterizando obrigação de fazer, conforme dispuser o contrato. De outro lado, deverá abster-se de, em qualquer hipótese, atuar em desacordo com o que as partes pactuaram, isto é, não poderá se valer de outro meio que não o avençado, em obrigação de não fazer.

IV.1.3.1. Dever lateral de informação

O dever de informação obriga os contratantes a trocarem todas as informações necessárias a que tem acesso para que:

⁷⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 233.

- (i) a vontade real se forme de acordo com a realidade existente;
- (ii) a obrigação se mantenha saudável até o seu cumprimento, com especial ênfase na alteração de circunstâncias que possam afetar a conduta dos contratantes ou seus interesses;
- (iii) o cumprimento se dê em colaboração entre as partes e para que o devedor opere seu cumprimento em termos satisfatórios para o credor⁷⁶⁴.

Obrigam-se as partes, nesse contexto, a se informar mutuamente sobre todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que com ele tenham certa relação e, mais, de todos os efeitos que da execução possam advir, possibilitando conhecimento da exata dimensão das condicionalidades específicas da relação para melhor projetarem seus próprios futuros⁷⁶⁵.

Os deveres laterais de informação – como espécie do gênero de dever lateral – são, em geral, os que mais se aproximam dos deveres de prestação.

Muitas vezes se exprimem como deveres de prestação, pois grande parte dos objetos contratuais que ensejam a transferência da propriedade demanda a complementação da prestação com notas explicativas, sem as quais o bem em si passa a não possuir qualquer significado operativo – pelo que, em tais hipóteses, a ausência da informação costuma ser equiparada ao descumprimento dos deveres de prestação, principal ou secundário, conforme o caso⁷⁶⁶.

O dever de informar, portanto, pode compor diferentes obrigações e, conseqüentemente, atender a diferentes interesses no âmbito da relação obrigacional complexa.

⁷⁶⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 515-516.

⁷⁶⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

⁷⁶⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 117.

Configurará dever principal quando a informação for o próprio objeto do contrato – da mesma maneira que a contratação ESG pode constituir a própria prestação principal do negócio jurídico –, como ocorre em contratos de consultoria financeira para atuação no mercado de capitais ou nas contratações para obtenção de informação sobre a situação registral de determinado imóvel. Será qualificável como dever de proteção – a exemplo do que também a contratação ESG poderá ensejar – quando a informação servir para prevenir riscos que poderiam advir do contrato considerado como fato social, alertando, por exemplo, que determinada substância medicamentosa não poderá ser ingerida em jejum, por provocar danos à saúde, sendo os destinatários dessa ressalva quaisquer pessoas e não apenas as que adquiram o medicamento. Por fim, será dever anexo quando o dever de informar se justifica para possibilitar o melhor adimplemento do contrato – a exemplo, novamente, da função que podem exercer as contratações ESG –, hipótese da aquisição de determinado *laptop* em que se esclarece no manual de instruções quais são os comandos que possibilitam seu uso otimizado⁷⁶⁷.

Pode consubstanciar também dever anexo à prestação principal nas hipóteses em que a lei impõe a um dos polos da contratação o dever de informar específico, com referência aos artigos 518, 569, 613, 686, 723, 769 e 864, todos do Código Civil. Exatamente por constituírem obrigações legais que não constituem comandos normativos abertos, tampouco exigem concreção de seu conteúdo pelo intérprete, não há que se falar de deveres acessórios em tais casos, senão deveres anexos à prestação principal, decorrentes de lei⁷⁶⁸.

No que se mostra de maior interesse às contratações ESG, a informação cumpre papel de proteção do parceiro contratual contra riscos e danos que podem ser minorados ou eliminados, tornando-se o adimplemento o menos oneroso possível ao devedor⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 247.

⁷⁶⁸ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 251-252.

⁷⁶⁹ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 235.

Decorre, portanto, ser de maior interesse a disciplina do artigo 422 do Código Civil, mas não, propriamente, do seu artigo 147, tratando de omissão dolosa na formação do negócio jurídico – senão como vetor interpretativo e de ratificação da importância dada à informação pelo ordenamento jurídico.

Mas a informação e sua importância não se limitam ao adimplemento. Ao revés, podem ter maior relevância na crise contratual, em situações de mora, de inadimplemento ou em momentos que indiquem possibilidade de se configurar uma ou outra hipótese. Em tais cenários, o dever de informar pelo devedor cumpre importante papel, quer seja pela possibilidade de mitigação de danos pelo devedor, quer seja para tornar a decisão a ser tomada pelo credor a mais adequada possível frente à situação fática relatada pelo devedor.

Quanto mais informação houver, mais fácil se torna a ação humana, porque se dará em bases seguras⁷⁷⁰.

Consoante se anunciou, a determinação sobre o cumprimento, ou não, de contratações ESG e seus reflexos na marcha contratual estabelecida, isto é, a decisão de resolver o negócio jurídico exige, muitas vezes, deliberações comerciais e jurídicas rápidas, com grande assunção de riscos; de um lado, de a resolução ser, posteriormente, considerada abusiva ou em descompasso com as regras contratuais; e, de outro, mantida a relação contratual, o credor sofrer graves consequências reputacionais, a pretexto de nada ter feito, mesmo sabedor do malfeito praticado pela sua contraparte ou por pessoas a ela relacionadas.

Tem-se, nesse contexto, quanto à finalidade, o dever de informar para o controle do comportamento do contraente⁷⁷¹, o que pode ser determinante para a tomada de decisão pelo credor afetado pelo inadimplemento, para resolver, ou não, determinado negócio jurídico.

Em especial, o dever de aviso, cuidado e alerta (*mise en garde*) é uma especificação do dever geral de cuidado (*alterum non laedere*) ou, em outras palavras,

⁷⁷⁰ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 235.

⁷⁷¹ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 247.

dever de proteção por meio do dever de informação, normalmente implicando a advertência de perigo material ou jurídico. O dever mais se acentua à medida o perigo aumenta, eliminando-se fatores de risco para evitar que danos ocorram⁷⁷² ou, mesmo, mitigando-se os efeitos adversos do evento em relação à pessoa ou à situação jurídica da contraparte contratual.

O dever de informação abrange os deveres de indicação e esclarecimento, em classificação segundo a intensidade do dever de informar⁷⁷³. Como designado por Clóvis do Couto e Silva, o dever de esclarecimento se presta a tornar clara certa circunstância relevante de que a contraparte tem conhecimento imperfeito, errôneo, ou ainda ignora totalmente, podendo, ou não, tal dever, ser previsto em lei em determinadas ocasiões, normalmente expresso por vocábulos como: notificar, comunicar ou avisar⁷⁷⁴.

Torna-se mais exigível o dever de informar daquele que se encontra em situação mais favorável no domínio das informações, por compensar a deficiência da contraparte, mas em determinadas situações a lei particulariza o dever de informar a apenas um dos polos da contratação⁷⁷⁵.

Assim, por exemplo, o fornecedor de determinado contratante que, não obstante contratação ESG que vede a utilização de mão-de-obra infantil em seu processo produtivo, tem contra si ou contra seu subcontratado investigação pública da utilização da mão-de-obra infantil, ou veiculação na mídia de tal prática. Conquanto em caráter não definitivo, deverá, estando em situação de absoluto domínio das informações ou, na pior das hipóteses, em situação mais favorável ao seu conhecimento, cientificar sua contraparte credora sobre a existência de processo, o objeto da investigação, a ocorrência, ou não, dos fatos investigados, as datas envolvidas etc.

Mas ao lado do dever de informar, milita o ônus de se informar, consistente na busca, por conta própria, de informações necessárias ao esclarecimento pretendido.

⁷⁷² FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 249.

⁷⁷³ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 245.

⁷⁷⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 94.

⁷⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90. No mesmo sentido, entre outros: GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 11.

Trata-se de dever de verificação, abrangendo, igualmente, solicitação de esclarecimentos à contraparte contratual⁷⁷⁶.

A aquisição de determinado posto de gasolina foi objeto de pedido anulatório sob o pretexto de prévia interdição por venda de combustível adulterado, sendo que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve o negócio jurídico, pois a conduta do interessado de acordo com a boa-fé exigiria que, ele próprio, tivesse realizado consulta gratuita junto à Agência Nacional de Petróleo para se informar a respeito⁷⁷⁷.

O dever de informar é sujeito a determinados limites, pois nem tudo pode ou deve ser revelado, o que será determinado pelo próprio princípio da boa-fé, sopesando interesses antagônicos. Envolve direitos fundamentais, sigilo profissional, prévio conhecimento da informação pelo credor⁷⁷⁸, sem prejuízo de outras hipóteses a serem verificadas na situação concreta e suas circunstâncias.

No que se refere à dicotomia ligada à fonte do dever de informar, tem-se, por principais, a lei e o contrato. Usualmente a lei estabelece deveres de informação devido à frequência com que determinados problemas aparecem e que são solucionados pelo dever legal imposto⁷⁷⁹.

Mas não se há de ignorar que determinados negócios jurídicos acentuam, por sua natureza, o dever informacional, estabelecendo-se relação inseparável entre seu objeto e o dever informativo. É o caso, por exemplo, do mandato, da gestão de negócios.

Também se faz referência acentuada ao dever de informar instrumental nos contratos de duração, pois se revelam primordiais à manutenção da relação contratual: o prolongamento contratual exige das partes a troca constante de informações para o ajuste

⁷⁷⁶ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 264.

⁷⁷⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível, processo nº 388.495.4/3, Relator Desembargador Maia da Cunha, j. em 29 de junho de 2006. Ver, igualmente, relato de decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 6 de novembro de 2012, consoante relatado em: FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 266-267.

⁷⁷⁸ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 284.

⁷⁷⁹ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 253.

quanto a situações surgidas ao longo da relação, preservando o adimplemento a todo o momento e não só nas fases pré e pós-contratuais⁷⁸⁰.

Nada obsta que se estabeleça negócio jurídico que tenha a mesma finalidade dos deveres estabelecidos pela lei, hipótese em que a boa-fé teria o contrato como sua fonte normativa, especificando-se ou aumentando-se os deveres informacionais, como se observa, por exemplo, na prática contratual empresarial, nos acordos pré-contratuais firmados com a finalidade de disciplinar o procedimento de negociação do negócio jurídico vindouro⁷⁸¹.

As contratações ESG principais e as contratações ESG qualitativas do objeto carregarão consigo os deveres de informar que lhe são típicos: a aquisição de veículos elétricos ensejará o dever do fornecedor de informar os perigos que o sistema elétrico acarreta, fornecendo informações e manuais de utilização, entre outras.

O dever de informar pode constituir nas contratações *ESG principais* a própria prestação: a contratação de consultoria para implementação de programa de *compliance*, por exemplo, tem no dever de informar a sua principal característica, constituindo a prestação principal.

No que tange às *contratações ESG conformativas do meio* e às *contratações ESG laterais*, o dever de informar pode se acentuar como sucedâneo da prestação de ditas contratações. Se há o dever de não envolvimento em corrupção ou de não utilização de mão-de-obra escrava no processo produtivo, então a existência de investigação, por exemplo, em tais esferas, ensejará o dever de informar ao parceiro contratual, especialmente se com a contratação o credor vise resguardar-se de implicações reputacionais que a corrupção ou utilização de mão-de-obra escrava em seu processo produtivo poderá ocasionar.

⁷⁸⁰ ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. O inadimplemento do dever instrumental de informar na execução dos contratos de duração. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 117-144, 126.

⁷⁸¹ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 253.

IV.1.3.2. Dever lateral de proteção

O dever lateral de proteção, ou lateral de segurança, enquadra-se na categoria de deveres laterais voltados a erradicar a vulnerabilidade em que as obrigações colocam os contraentes, razão pela qual, inclusive, a matéria vem sendo estudada sob a disciplina da confiança, derivada da boa-fé.

Adentram a regulação contratual sem correlação direta ou imediata aos interesses de prestação, mas aos interesses de proteção, implementados por deveres de proteção. Não se voltam, pois, ao prestar, mas ao escopo de implementar ordem de proteção entre as partes, por meio de deveres de proteção ou laterais, tudo para que da realização da prestação não resultem danos injustos à contraparte, com proteção à integridade de sua esfera jurídica – não têm por escopo favorecer o interesse do credor à prestação⁷⁸².

A função auxiliar exercida pelos deveres laterais se apresenta negativamente, uma vez que evitam danos à contraparte. Positivamente, exigem conduta colaborativa voltada a evitar danos injustos, podendo apresentar graus escalonados de intensidade conforme o dinâmico desenrolar da relação obrigacional e as situações jurídicas subjetivas em causa⁷⁸³.

Em outras palavras, repercutem em ação ou em comportamento positivo, como declaração, informação, cooperação com a contraparte e sua proteção, ou em omissão, como a abstenção de atos que importem consequências danosas para o objeto da prestação ou para a esfera jurídica pessoal ou patrimonial da contraparte⁷⁸⁴.

A propósito, entre os meios de concretização dos deveres laterais, consubstancia o dever de proteção aquele que detém o maior grau de independência

⁷⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 243-244.

⁷⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 243-244.

⁷⁸⁴ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 27.

relativamente à prestação principal, daí porque são também os que mais conhecem contestações quanto a sua alocação obrigacional ou, mais especificamente, contratual⁷⁸⁵.

Não se limitam à proteção exclusiva das partes, o que se chocaria, em tese, com o princípio da relatividade dos contratos. O embate é afastado por leitura adequada de tal princípio, que distingue as pessoas submetidas às *regras* do contrato, nem sempre coincidentes com aquelas que se submetem aos *efeitos* do contrato – exemplo típico é o que se dá em alguns contratos de seguro⁷⁸⁶.

Exercem, ao revés, função auxiliar da realização positiva do fim do contrato e de proteção à pessoa ou aos bens da contraparte contra os riscos de danos concomitantes e servem ao interesse da conservação dos bens patrimoniais ou pessoais, que podem ser afetados em conexão com o contrato⁷⁸⁷.

Há natural baixa do estado de alerta dos contraentes quando da conclusão do negócio; ficam, de alguma maneira, à mercê uns dos outros, o que os expõe a riscos acrescidos. Estão em jogo interesses circundantes e colaterais que, embora alheios ao dever de prestar, se inscrevem no círculo jurídico-social das partes, razão pela qual são suscitados, entre outros, os deveres de proteção.

Cita-se, exemplificativamente, o dever de o advogado, tendo encerado o corredor de seu escritório antes da entrada de um cliente, não tomar precauções para que seu cliente não escorregue, ou o técnico de TI que deve guardar sigilo profissional relativamente aos dados de que tenha tido conhecimento quando acessou o computador de seu credor.

Trata-se de dever que tem relação apenas indireta com a prestação, visando proteger a integridade pessoal e patrimonial dos integrantes da relação, advindos do liame de confiança de que toda obrigação é revestida. Seu objetivo é que, da relação obrigacional, não resulte danos a bens jurídicos integrantes da esfera jurídica da

⁷⁸⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.110

⁷⁸⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 111.

⁷⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 244.

contraparte e de terceiros afetados pelo contrato⁷⁸⁸. Em suma, as partes devem adotar todas as condutas necessárias para prevenir danos pessoais ou patrimoniais na esfera jurídica de seu parceiro contratual⁷⁸⁹.

Os deveres de segurança foram colocados em prática no Direito alemão para suprir as dificuldades de responsabilização por via aquiliana, que permitia ao devedor exonerar-se da responsabilidade sempre que demonstrasse ter envidado todo o cuidado necessário na escolha de seus auxiliares ou representantes, estes, sim, causadores do dano. Com a construção do dever de segurança de tipo obrigacional, tem-se maior facilidade na prova e na imputação, sendo que a entidade empregadora não poderia se exonerar por via da *culpa in eligendo*⁷⁹⁰.

Exemplifica-se⁷⁹¹ no âmbito das contratações ESG a situação de fornecimento de produto ao qual, ao dever de entrega da quantidade e qualidade contratadas – interesse de prestação –, ligam-se deveres laterais de proteção de bens jurídicos reputados fundamentais pelos contratantes, como, por exemplo, respeito à higidez de suas políticas empresariais – interesse de proteção. Ter-se-ia, pois, inadimplemento, com a denominada violação positiva do crédito se, em contrariedade às leis e às normas de *compliance* referenciadas no respectivo instrumento, o fornecedor extraísse a matéria prima ilegalmente da natureza ou se valesse, em seu processo produtivo, de trabalho infantil.

IV.1.3.3. Dever lateral de cooperação e de lealdade em geral

A cooperação no sentido aqui estudado, isto é, de dever lateral – e não de dever secundário à prestação principal –, impõe aos contraentes prestações positivas, no sentido de agirem de modo solidário para a consecução do fim obrigacional, mas também negativas, de abstenção de atos que dificultem ou impeçam a finalidade almejada pelo

⁷⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 330.

⁷⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 517.

⁷⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 518.

⁷⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 330-331.

vínculo obrigacional⁷⁹², estendendo-se, inclusive, aos sujeitos do processo, nos termos do Código de Processo Civil⁷⁹³.

A lealdade, no entanto, pode integrar o dever de prestação, como se sobressai nos contratos de *know-how*, nos quais a obrigação de sigilo – ordinariamente dever lateral – corresponde, no caso, a dever de prestação⁷⁹⁴.

A cooperação exige que as partes tenham o dever de auxiliar a realização das atividades prévias necessárias à consecução dos fins do contrato, assim como de afastar todas as dificuldades para tal consecução, desde que esteja ao alcance daquele de quem se exige tal comportamento⁷⁹⁵.

Também requer dos contraentes que atuem com seriedade, evitando condutas que possam afetar o dever de prestar ou a utilidade que dele se espera, evitando-se, no plano da execução, que o devedor adote condutas apenas aparentemente consistentes com o programa de cumprimento, ao mesmo tempo em que do credor se exige abstenção de atuar onerando e complicando a atuação do devedor⁷⁹⁶.

Obrigam-se as partes, portanto, a não praticar atos, comissivos ou omissivos, anteriormente à celebração do contrato, durante sua vigência ou após a sua extinção, que frustrem as expectativas corporificadas no contrato ou nele legitimamente sustentadas⁷⁹⁷.

Não se trata, portanto, de se romper *qualquer* expectativa – exige-se que a pretensão frustrada tenha respaldo no texto contratual ou dele decorra a partir da função exercida pelo programa contratual ao contraente. Retoma-se a ideia de interesse visado e função individual exercida pela contratação.

⁷⁹² LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

⁷⁹³ Código de Processo Civil, art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito junta e efetiva.”

⁷⁹⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 79.

⁷⁹⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 113-114.

⁷⁹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 516.

⁷⁹⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 112.

Corolário da lealdade é a cooperação, cuja implementação diminui as chances de deslealdade⁷⁹⁸. Diz-se que cooperar é agir unido, reconhecer que as partes contratuais estão ligadas por interesses comuns, pelo que não seria mero dever de lealdade, de simplesmente não lesar o interesse da contraparte, mas de levar em conta os interesses que não são seus, respeitando-os e agindo em vista de seu desenvolvimento, harmonizando as relações entre devedores e credores de obrigações contratuais. Não se confunde com adimplemento em lugar do devedor, mas se trata de não criar resistências desnecessárias ao adimplemento das prestações, sem renúncias abstratas às vantagens que poderia obter do negócio jurídico⁷⁹⁹.

Não há dever de ser ingênuo⁸⁰⁰, em outras palavras. O que se afirma é que, para o adimplemento que atenda ao interesse do credor – fim da relação obrigacional –, é preciso colaboração dos contratantes, em medidas diversas de intensidade, conforme o tipo de contrato e a natureza da relação, a fim de que o contrato seja cumprido⁸⁰¹.

As partes devem atuar, pelo menos em alguns aspectos, como parceiros, mesmo defendendo interesses contrapostos, exemplificando-se com os deveres de sigilo, de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o vigente etc⁸⁰².

Conquanto a prestação principal oriente e balize o agir de modo leal e cooperativo, tais deveres dizem respeito às circunstâncias fáticas e jurídicas que, não relacionadas juridicamente à prestação, figuram-se vigorantes na execução obrigacional ou após sua extinção, sendo que o fim do contrato ou da obrigação determinará a medida de cooperação necessária no caso concreto⁸⁰³.

⁷⁹⁸ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 310.

⁷⁹⁹ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 312-314.

⁸⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 575.

⁸⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 234

⁸⁰² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 112.

⁸⁰³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 114.

Ao lado da utilidade da prestação, em seu momento objetivo, isto é, referindo-se à utilidade cuja prestação é devida ao credor, tem-se um momento subjetivo, ligado à conduta dos sujeitos, que não se reduz ao cumprimento do dever principal de prestação; quando não expressa em cláusula contratual derivada da autonomia privada, ou em dispositivo legal específico, se entende devida a conduta cooperativa por concreção do princípio da boa-fé⁸⁰⁴.

Revelam a percepção de que se é possível facilitar a vida da contraparte contratual, sem que haja prejuízo ao seu próprio interesse, por que não o fazer? Há preocupação com a outra parte, a fim de lhe facilitar o exercício de seus direitos e obrigações, mediante, por exemplo, atribuição de deveres de informação e coerência, aumentando a previsibilidade da conduta da parte contrária e propiciando maiores e melhores condições para a tomada de decisões⁸⁰⁵.

Aplica-se tanto a devedor – que deve adimplir a prestação conforme avençado e com utilidade ao credor, da melhor e mais simples forma –, como a credor – que deve facilitar o cumprimento da obrigação, não deixar aumentar o prejuízo do devedor e desconsiderar descumprimento de pequena parte da prestação em hipóteses de adimplemento substancial⁸⁰⁶.

Assim, os deveres de cooperação e lealdade são ínsitos às *contratações ESG principal* e às *contratações ESG qualitativas do objeto*, eclodindo como deveres laterais aplicáveis e exigíveis dos parceiros contratuais, independentemente de expressa regulação contratual.

Também, evidentemente, podem se fazer sentir sobre *contratações ESG conformativas do meio* e *laterais*, na medida em que imponham deveres de lealdade, cooperação etc., o que, aliás, é o que se presume que aconteça na maior parte dos casos.

⁸⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 235.

⁸⁰⁵ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 310-311.

⁸⁰⁶ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 318 e ss.

IV.2. Inadimplemento em sentido amplo

O inadimplemento é o não cumprimento da obrigação, nos devidos tempo, lugar e forma, por ato ou omissão imputável ao devedor, dependente da espécie da obrigação, do que se extrai a importância de se atentar a qual espécie de obrigação (dar, fazer ou não fazer) a contratação ESG se reporta, conforme explicitado (III.3).

Assim, nas obrigações de dar e de fazer, o não dar ou não restituir e o não fazer perfazem o inadimplemento de tais modalidades, respectivamente. Podem ser dar e fazer incompletos ou insatisfatórios, geradores de espécies de inadimplemento, salvo na hipótese de adimplemento substancial⁸⁰⁷.

Trata-se de regra geral que se extrai, em realidade, à luz da possibilidade da prestação e do interesse útil do credor, elementos que dividem o inadimplemento em dois grandes grupos: (i) inadimplemento absoluto, em virtude da impossibilidade de cumprimento; (ii) e a mora, constituindo não cumprimento no lugar, tempo e forma devidos, mas em que ainda é possível a prestação⁸⁰⁸. Inadimplemento é, portanto, gênero, comportando duas espécies, o inadimplemento absoluto e a mora, inadimplemento relativo⁸⁰⁹.

A depender do critério doutrinário (e aqui se adota tal corrente), inclui-se outra modalidade de inexecução contratual, a saber, o da violação positiva do crédito, pela qual o inadimplemento, concebido como o não cumprimento do dever resultante do vínculo obrigacional, reveste-se de três espécies: o inadimplemento relativo, denominado mora, cujo conceito é deduzido do artigo 389 do Código Civil – não cumprimento imputável ao devedor, no tempo, forma e lugar devidos; o inadimplemento absoluto, também dito definitivo, quando a prestação não foi cumprida tal como devida, nem poderá sê-lo, com utilidade para o credor, e a violação positiva do crédito, expressiva do

⁸⁰⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

⁸⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231.

⁸⁰⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 21.

descumprimento de deveres relacionados imediatamente a interesses de proteção (laterais) – e não a interesse de prestação⁸¹⁰.

Registra-se, aqui, contudo, não ser simples, como parece, a determinação exata do conceito de mora – e, por via de consequência, da aferição de inadimplemento absoluto, estendendo-se ao estabelecimento da violação positiva do crédito -, em grande medida porque, conquanto regulada por normas positivas, é na sua realização jurídica, ordinariamente, mais uma questão de fato do que de direito, além de ser influenciada – na visão do autor, inadvertidamente – pela equidade⁸¹¹.

É centrada nos fatos porque o estabelecimento do interesse útil do credor na manutenção do vínculo obrigacional – ponto que distingue, essencialmente, o campo de incidência da mora do campo do inadimplemento absoluto/violação positiva do crédito – depende da valoração sobre se a violação contratual perpetrada pelo devedor atingiu o interesse objetivo do credor no que tange à prestação, ou não. E, para tanto, embora deva o aplicador do Direito guiar-se pelo contexto do negócio jurídico firmado e de suas disposições, deverá considerar essencialmente matéria fática para aferir a existência do interesse, malgrado a violação.

Não deve, porém, ser conduzida pela equidade. A tal juízo – o do interesse útil do credor na manutenção do vínculo obrigacional – deve-se aplicar valoração objetivamente aferível, apesar de conteúdos subjetivos, vinculados àquele credor, tudo a ser mais adiante examinado.

O próximo tema é reservado à compreensão dos principais aspectos relativos a cada uma das formas de inadimplemento, a saber, a mora, inadimplemento relativo, o inadimplemento absoluto e a violação positiva do crédito.

IV.2.1.A mora em sentido amplo

O inadimplemento relativo, ou a mora, se traduz na prestação não adimplida no tempo, forma e/ou lugar devidos por lei ou por contrato, descumprimento que não

⁸¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 745.

⁸¹¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p 28.

afeta nem o interesse nem a utilidade do credor na satisfação da prestação prometida⁸¹² e, exatamente por isso, deixa de conduzir à extinção do vínculo obrigacional.

É preciso estabelecer que a mora, tal como concebida pelo direito brasileiro, carrega consigo estrutura *sui generis* da mora do devedor, mais ampla, não a restringindo ao atraso⁸¹³, o que mais adiante será tratado de forma mais detalhada no item destinado à violação positiva do crédito (IV.3).

A despeito da inobservância do tempo, modo ou forma da *prestação*, o devedor ainda pode cumpri-la de maneira útil ao credor⁸¹⁴, ostentando-se oportuno o cumprimento, pelo que impede, irrevogavelmente, o acesso ao mecanismo resolutório. Com efeito e a rigor, a mora é situação transitória, emendável e benigna, jamais ocasionando os riscos econômicos do descumprimento desequilibrante do contrato⁸¹⁵.

Evidente, portanto, que a caracterização da utilidade deve ser avaliada para compreensão da mora. No entanto, para fins didáticos, o preceito da utilidade foi discutido em diferentes âmbitos no trabalho: no que atine ao inadimplemento absoluto – contrapondo-se, pois, à mora do devedor (IV.2.2) –, à luz do adimplemento substancial (IV.2.2.2), no seio da violação positiva do crédito (IV.3), sob o ponto de vista da fonte do exercício do direito resolutivo, isto é, se legal ou contratual (IV.4), e sob o ponto de vista do inadimplemento anteriormente à época para cumprimento (IV.6).

As consequências da mora são impostas a quem deu causa ao inadimplemento relativo, daí porque pode abranger tanto credor como devedor⁸¹⁶.

⁸¹² MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 332-333.

⁸¹³ FAORO, Guilherme de Mello Franco. As novas fronteiras do inadimplemento. critérios para um exame funcional da distinção entre mora e inadimplemento absoluto. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 3-27, 7.

⁸¹⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 31, jan./mar. 2022, p. 144.

⁸¹⁵ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 93.

⁸¹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 235.

A mora do credor é caracterizada como perturbação tipicamente temporária da obrigação⁸¹⁷, pelo que não ensejaria a resolução contratual por violação definitiva da prestação. A mora do credor depende, sob o prisma negativo, da inexistência de impossibilidade definitiva de adimplemento da prestação e, sob aspecto positivo, da não aceitação, pelo credor, da prestação que lhe é oferecida ou por sua omissão em adimplir atos necessários ao cumprimento da obrigação, sem motivação justificável⁸¹⁸.

A mora do credor, contudo, não tem a mesma relevância prática, já que, ao contrário do que ocorre na mora do devedor, raramente o credor dificultará o recebimento da prestação⁸¹⁹, razão pela qual não será objeto de estudo detalhado no âmbito deste trabalho.

IV.2.1.2. A mora do devedor de contratações ESG: compreensão e delineamento

Trata-se de forma de violação temporária da obrigação pelo devedor, remetendo a prestação que, inobstante violada e com imputação ao devedor, é recuperável, pois ainda possível de ser adimplida – subsiste a possibilidade de cumprimento⁸²⁰. Trata-se de retardamento purgável, mediante o cumprimento acrescido de perdas e danos, porque subsiste o interesse – utilidade, diz a lei – do credor⁸²¹.

Como esclarece Larenz, os preceitos da mora aplicam-se quando e enquanto a prestação seja passível de adimplemento, desde que o devedor não esteja permanentemente e definitivamente impossibilitado de cumprir a prestação⁸²².

Exige-se que a prestação, em sua vertente positiva, seja passível de adimplemento, embora em retardo, ainda recuperável e que atenda ao interesse creditório

⁸¹⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos. I. perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 159.

⁸¹⁸ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos. I. perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 160.

⁸¹⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 29.

⁸²⁰ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 25.

⁸²¹ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 94.

⁸²² LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 341.

do credor. Sob sua faceta negativa, a prestação não pode ter sido afetada por situação de impossibilidade definitiva de prestar, tampouco por violação definitiva da obrigação⁸²³.

A rigor, o mero atraso da entrega da prestação principal nas *contratações ESG principal* e nas *contratações ESG qualitativas do objeto* conduzirá à mora, pois remediável a situação, no sentido de que se poderá gozar da função projetada pelo negócio jurídico. Assim, por exemplo, a empresa de consultoria que atrasa por alguns dias a entrega de relatório e manual de programa de *compliance* a ser implementado em determinada companhia incorrerá nos efeitos da mora, mas não terá o credor, em princípio, direito de resolver o contrato, ausente regulação expressa em sentido diverso ou não sendo o prazo da essencialidade do negócio jurídico.

De outro lado, a violação às *contratações ESG conformativas do meio* e às *contratações ESG laterais*, por não se atrelarem à prestação, são insuscetíveis de ensejar mora, propriamente dita, pois os requisitos de forma, tempo e lugar atinem à prestação, exclusivamente, mas podem macular de tal forma o interesse contratual funcional da contratação que podem ensejar a extinção do vínculo contratual pelo credor.

O grave atingimento dos interesses do credor, em contratações da tal natureza, isto é, laterais, possivelmente ocorre em mais oportunidades do que ocorreria com a violação de contratações ESG atinentes à prestação principal:

- (i) primeiro porque, normalmente, dado o caráter lateral de tais modalidades de contratação, as obrigações derivadas classificam-se, no mais das vezes, como obrigação de não fazer, em que o devedor é considerado inadimplente desde o dia em que praticou o ato que deveria ter se absterido de praticar;
- (ii) em segundo lugar, porque tais contratações estão intimamente relacionadas à função reputacional das contratações ESG, exigindo novo modo de funcionamento das organizações profissionais, em temas normalmente sensíveis e aos quais os olhares de diferentes setores da sociedade estão atentos. Contempla-se, pois, maior probabilidade de eventual violação a tais deveres laterais

⁸²³ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 136.

acarretar a inviabilidade de manutenção do vínculo obrigacional, conferida, justamente, pela gravidade com que atinge as finalidades perseguidas pelo credor no âmbito daquela contratação.

De qualquer forma, em geral, o credor tem interesse na prestação, independentemente de atraso, e o devedor na manutenção do vínculo jurídico, daí porque a possibilidade de purgação da mora é relevante⁸²⁴.

Pode, contudo, ter a mora do devedor caráter transformista, decorrente de sua transitoriedade, porque perdido o interesse, ou desaparecida a possibilidade, quando a prestação se torna irrealizável, surgindo a figura do não cumprimento definitivo⁸²⁵.

Em suma, pode resultar que, devido à mora, a prestação não mais se revista de utilidade ao credor, sendo, pois, insuscetível de purgação da mora – apesar da possibilidade de adimplemento da prestação. É o que se extrai do artigo 395 do Código Civil.

Tome-se por exemplo a aquisição de água em recipiente reciclado e reciclável, para determinado evento, que se iniciaria às 20h, tendo as partes acordado a entrega até as 16h do dia apazado. Caso se entregue a mercadoria com 30 minutos de atraso, ainda é viável o seu recebimento pelo credor se, apesar da mora, adequou seu cronograma para recebimento tardio da água, sem prejuízo do seu interesse.

Por outro lado, a mesma situação, inicialmente de mora, pode atingir a finalidade contratual de tal forma que abale qualquer interesse do credor quanto à satisfação da obrigação, como na hipótese de a água adquirida ter sido entregue após findo o evento, quando não mais teria nenhuma utilidade ao credor. A prestação, contudo, é passível de adimplemento, mas inutilmente.

Tem-se, aqui, a relevância de divisão entre prestações de prazo absolutamente fixos e de negócios de prazo absolutamente fixos, que se opõem às prestações de prazo relativamente fixo. Admite-se que a relatividade do prazo ou seu caráter absoluto possam ser inferidas de circunstâncias que fazem com que o adimplemento tenha de ocorrer em

⁸²⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236.

⁸²⁵ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 100.

um momento temporal limitado, sob pena de a prestação ser irrecuperável⁸²⁶. Em tais casos, há uma espécie de resolução automática, resultante de um prazo fatal, sendo que qualquer situação de mora em tais espécies ocasionará a irrecuperabilidade da situação de mora⁸²⁷.

A prestação tardia se revela igualmente inútil se o descumprimento momentâneo rompe o ajuste qualitativo da reciprocidade obrigacional, porque o bem prestado – ou prometido prestar – teve seu valor alterado, tornando o negócio desvantajoso, ou porque a incerteza quanto ao adimplemento retardado deixa de atender o interesse na manutenção do vínculo⁸²⁸.

Aplica-se, também para a configuração da mora, a atualidade da prestação, que deve ser líquida, certa e exigível, tal qual discutida no âmbito do inadimplemento absoluto⁸²⁹, sendo que para a sujeição do devedor aos efeitos da mora, poder-se-á exigir a interpelação da mora, então dita *ex persona*, a não ser que sujeita a termo a prestação, a teor do que dispõe o artigo 397, parágrafo único do Código Civil, ao que se denomina mora *ex re*, em que a mora se afigura e produz efeitos tão logo atingido o termo.

Para a mora, a culpa é irrelevante, sendo pertinente a possibilidade de imputação do atraso ao devedor ou credor, conforme o caso, o que não se confunde com a impossibilidade de prestar, instituto diverso, que exonera o devedor pela ocorrência de caso fortuito ou força maior⁸³⁰.

A imputabilidade do atraso pode operar por concretização dos critérios legais relativos à culpa imputável ao devedor ou, observados os limites legais, por via dos critérios contratuais, em que a exigibilidade da culpa para imputação, por exemplo, pode ser afastada pela convenção entre as partes⁸³¹.

⁸²⁶ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 138.

⁸²⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 139.

⁸²⁸ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 100.

⁸²⁹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 140.

⁸³⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236.

⁸³¹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 145.

Em resumo, tem-se que as contratações ESG são suscetíveis de se sujeitar à mora do devedor, independentemente de sua espécie, desde que, consoante o ponto de partida da função para a qual foram concebidas, revestirem-se de utilidade ao credor, a despeito da inobservância de prazo, tempo e forma de adimplemento da obrigação.

IV.2.2. Inadimplemento absoluto de contratações ESG: compreensão e delineamento

Do inadimplemento absoluto podem resultar pretensões à execução específica ou pelo equivalente pecuniário, bem como eclode o direito formativo extintivo de resolução por inadimplemento.

Embora o inadimplemento absoluto não tenha caracterização legal, tratando o Código Civil dos efeitos de sua ocorrência, sua configuração decorre da distinção com a mora, esta sim regulada pelo Código Civil em seu artigo 394, mas em situação na qual a prestação não é mais passível de pagamento, dado que inútil ao interesse do credor, nos termos do artigo 395, parágrafo único do Código Civil. As consequências do inadimplemento absoluto são reguladas, primordialmente, pelo artigo 389 do Código Civil⁸³².

Em outras palavras, a dicotomia que separa a mora do inadimplemento absoluto tem por sustentáculo a perda de utilidade da prestação, a partir do que disciplina o parágrafo único do artigo 395, do Código Civil, ao estabelecer que, se em decorrência da mora, a prestação se tornar inútil ao credor, poderá ele enjeitá-la⁸³³.

O inadimplemento absoluto, dito definitivo, configura-se nas hipóteses em que a prestação não foi cumprida tal como deveria sê-lo, ao mesmo tempo em que seu

⁸³² NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 20.

⁸³³ No âmbito da CISG, seu artigo 25 estabelece que “a violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado”. Para texto a respeito do interesse do credor no âmbito da CISG, ver: STEINER, Renata C. A influência do interesse do credor no sistema de descumprimento contratual da CISG. In: NALIN, Paulo; STEINER, Renata C.; XAVIER, Luciana Pedroso. (Coord.). *Compra e venda internacional de mercadorias*. vigência, aplicação e operação da CISG no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014, p. 323-346.

adimplemento não se reveste de utilidade para o credor⁸³⁴. A inexecução da obrigação deve ser imputável ao devedor, pois descumpre por fato que lhe é atribuível, inexistindo obstáculo ao regular cumprimento da obrigação⁸³⁵, isto é, poderia ter sido materialmente cumprida.

Por atrelar o critério da utilidade à *prestação*, ainda que se compreenda a mora para abranger tempo, forma e lugar do pagamento – e não a deveres outros que se afiguram na obrigação como processo –, a violação a deveres laterais não é suscetível de legitimar a resolução contratual por inadimplemento absoluto, na linha abarcada pelo autor.

O inadimplemento absoluto apenas poderá ensejar a resolução contratual por violação de *contratações ESG principal e qualitativas do objeto*, pois dizem respeito, dentro da classificação proposta, aos deveres de prestação.

O tema será em detalhes avaliado no âmbito do capítulo que trata da violação positiva do crédito (**IV.3**), instituto que possibilita a resolução contratual das *contratações ESG conformativas do meio e laterais*.

O inadimplemento absoluto exige incapacidade de a prestação satisfazer os interesses do credor, ainda que jurídica e fisicamente passível de ser realizada. De igual modo, a prestação não se realizou ou, tendo sido realizada, não se efetuou de forma consistente com o acordado, privando o credor de se interessar por ela⁸³⁶.

Pode também resultar inútil ao credor porque a prestação não foi cumprida tal qual devida, nem poderá sê-lo, por impossibilidade – superveniente à formação do contrato e imputável ao devedor – de cumprimento de prestação⁸³⁷.

⁸³⁴ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 333.

⁸³⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 20.

⁸³⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 138-139.

⁸³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 746-747.

De igual modo, a mora, cuja caráter é transformista, no sentido de que pode transformar-se em incumprimento absoluto definitivo, ensejando situação de desfazimento do interesse justificador da vinculação contratual. A persistência da mora acarreta mutação na espécie de inadimplemento⁸³⁸.

Também se a prestação apenas puder ser feita no tempo determinado, rejeitando-se qualquer adimplemento atrasado, ter-se-á inadimplemento absoluto, sem qualquer possibilidade de purgação da mora⁸³⁹.

Tem-se, em todos esses cenários, inadimplemento absoluto, com direito formativo reacional à situação ofensiva que a realidade do contrato representa⁸⁴⁰.

Nesse aspecto, dá-se que a perda do interesse pode resultar da estipulação de um termo ou de prazo essencial de cumprimento, por meio de convenção atribuindo relevância à situação de perda subjetiva de interesse para o credor, ainda que, objetivamente considerada, a prestação lograsse satisfazer o interesse do credor se executada depois do vencimento do termo⁸⁴¹.

Trata-se de termo essencial, em que o tempo serve de elemento indispensável à identificação da prestação, de tal sorte que, depois de seu advento, a coisa perde sua identidade jurídica, deixa de ser o objeto da prestação e passa a ser incapaz de realizar o interesse do credor⁸⁴².

Em outras palavras, a essencialidade do termo pode decorrer de interesse subjetivo do credor, de sua vontade, sendo pactuada expressa ou tacitamente, sem necessidade de valorar a gravidade do atraso; também pode ser objetivamente essencial,

⁸³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 746-747.

⁸³⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 233.

⁸⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 746-747.

⁸⁴¹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 56-57.

⁸⁴² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 74.

quando a inutilidade da prestação tardia deriva da natureza da prestação, constituindo exemplo clássico o prazo ajustado para entrega de vestido de casamento⁸⁴³.

A perda do interesse do credor é relevante em qualquer obrigação, salvo nas obrigações pecuniárias, dado que, quanto a estas, não se vislumbram motivos relevantes para que o credor perca o interesse em receber a prestação⁸⁴⁴.

Dado que possibilita romper com a marcha contratual esperada, que é a extinção do contrato pelo adimplemento das prestações, o inadimplemento dito absoluto deve ser de patologia incurável, de obstáculo irremediável à satisfação do interesse concreto e objetivo de uma das partes⁸⁴⁵.

Não se trata, assim, de qualquer incumprimento, mas deve ser revestido de gravidade ou importância, atingindo irremediavelmente a utilidade que o contrato teria para o credor, consoante, a contrário, o estipulado pelo artigo 395, parágrafo único do Código Civil⁸⁴⁶.

Considera-se, desse modo, que o inadimplemento dito absoluto depende, ao menos, do preenchimento de dois fatores: *definitividade do incumprimento e inutilidade da prestação*, sempre respeitado o preceito de exato inadimplemento, que é o interesse do credor⁸⁴⁷. O primeiro aspecto decorre da impossibilidade de purgação da mora pelo devedor, voluntária ou forçadamente, ensejando o inadimplemento incurável, com situação fática consolidada⁸⁴⁸.

No que tange à inutilidade da prestação, está em causa juízo subjetivo do credor, mas temperado por um crivo de caráter objetivo, dada a necessidade de se evitar

⁸⁴³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 76.

⁸⁴⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 73.

⁸⁴⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 31, jan./mar. 2022, p. 138.

⁸⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 747.

⁸⁴⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 91.

⁸⁴⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 92.

que a prestação seja enjeitada ao bel prazer do credor, por motivo supérfluo ou fútil, o que remete ao interesse *daquele* concreto credor *naquele* concreto negócio, ainda que objetivamente apreciado⁸⁴⁹.

Sobre o tema, aprovou-se na III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal o Enunciado nº 162, aduzindo que “a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

O critério adotado, note-se, não se refere à possibilidade de cumprimento da obrigação pelo devedor, hipótese que reside no plano da impossibilidade das prestações, com ou sem culpa do devedor, mas de utilidade da prestação para o credor, a ele cabendo determinar, segundo parâmetros da boa-fé objetiva e em vedação ao abuso do direito, a utilidade da obrigação frente ao interesse creditório para o qual foi constituída. Havendo divergências, caberá ao julgador decidir a respeito de tal matéria fática, isto é, a existência, ou não, da utilidade da prestação ao credor, sempre sob vertente objetiva, embora abrigue conteúdo individual a ser sopesado, o *daquele* credor⁸⁵⁰.

O critério subjetivo aprecia ou a vontade das partes ou a chamada inutilidade subjetiva, qual seja, a que resultaria para o credor se cumprida fosse a prestação morosa; já o objetivo é atado ao interesse do sinalagma, sendo composto pela conjugação entre os interesses subjetivos objetivamente detectáveis à luz do programa contratual, como o interesse decorrente da operação econômica em causa, do sinalagma estruturante do contrato. Não é, no entanto, puramente objetivo, pois agrega certos elementos subjetivos, como o interesse para o credor, em vista de sua legítima expectativa; a confiança depositada fundamentadamente em que a prestação seria adequadamente satisfeita. Também congrega elementos objetiváveis – a gravidade do incumprimento, consideradas a normalidade da operação em causa e as expectativas suscitadas legitimamente no credor. Nesse contexto, mostra-se relevante não apenas o tipo contratual *in abstracto* ou

⁸⁴⁹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 64-65.

⁸⁵⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 20. Ver também

o tipo de prestação afetada pelo descumprimento, mas o inteiro conjunto contratual em suas circunstâncias⁸⁵¹.

De tal forma, pode-se conceber a existência de obrigação plenamente exequível pelo devedor em mora, mas ter-se cenário de inexecução definitiva a possibilitar a resolução contratual. Basta apontar a lupa para os olhos do credor e avaliar a utilidade da prestação em atraso para atendimento dos seus interesses creditícios.

A delimitação positiva e negativa do incumprimento definitivo traz mais esclarecimentos. Positivamente, tem-se prestação primária devida e possível de adimplemento, enquanto conduta e enquanto resultado, mas o devedor, violando o dever a que estava adstrito, falta em definitivo ao prometido. Negativamente, tem-se, em primeiro lugar, que não deve haver impossibilidade na prestação, isto é, a inexistência de impossibilidade é condição do incumprimento. Em segundo lugar, inexistente qualquer oferecimento da prestação devida, pelo que normativamente se tem um incumprimento e não cumprimento defeituoso. Em terceiro lugar, a falta da prestação se reveste de peremptoriedade, porque o credor perdeu o interesse na prestação, exigindo-se, em quarto lugar, uma conduta comissiva ou omissiva, imputável ao devedor, pelo que sendo o ato imputável ao credor, a um terceiro ou a nenhuma das partes, não haverá incumprimento definitivo⁸⁵².

A aferição do incumprimento definitivo pela perda do interesse do credor é identificada por critérios auxiliares, como revelam a doutrina e jurisprudência portuguesas: (i) deve ocorrer em consequência da mora, exigindo-se nexos causal entre a perda do interesse e a mora, embora o interesse possa se esvaír sendo a mora parcial; (ii) ser efetiva, isto é, não basta a simples diminuição do interesse; (iii) ser objetiva, no sentido de que há cessação da aptidão da prestação em satisfazer os interesses do credor, quer porque se perdeu a aptidão em si, quer porque desapareceram as necessidades que a

⁸⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 753.

⁸⁵² PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 72.

prestação visava atender – não se admitindo que a perda do interesse se assente em simples mudança de vontade do credor⁸⁵³.

Pode o inadimplemento absoluto ser total ou parcial. Na primeira situação, o devedor nada adimple, deixando de entregar o avençado em sua inteireza, enquanto na segunda hipótese a dívida é cumprida parcialmente⁸⁵⁴, com inexecução culposa do pagamento restante.

Entre os requisitos para que a situação fática enseje a tipificação do inadimplemento absoluto, embora, no âmbito do presente estudo, não se pretenda avançar no tema, tem-se, em primeiro lugar, necessidade de existência e validade da obrigação, sem o que não há dever de prestação⁸⁵⁵.

Incidem, pois, os requisitos de validade do negócio jurídico, expressos no artigo 104 do Código Civil, e cuja inobservância acarreta a sua nulidade, consoante o artigo 166, II, do Código Civil, mas cujos termos não serão objeto de avaliação no presente trabalho, dado o seu escopo.

Deve, ainda, a prestação ser atual, no sentido de que o devedor é obrigado a adimplir sem dilação de tempo. Sendo atual, pode o credor demandar o cumprimento, dado que vencida⁸⁵⁶, requisito para sua exigibilidade. Ausente termo ou condição, a obrigação deve ser prontamente cumprida, conforme estipula o artigo 331 do Código Civil.

Por outro lado, não é exigível a obrigação atrelada a condição, evento futuro e incerto, quando não implementada a condição. Em relação às obrigações sujeitas a termo, apenas estará vencida a dívida e apta à exigibilidade pelo credor com o advento do termo.

⁸⁵³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutorio: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 54-55.

⁸⁵⁴ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 21.

⁸⁵⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 57 e ss.

⁸⁵⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 71.

A exigibilidade, que decorre da atualidade da dívida, isto é, de seu vencimento, também pode ser impactada por outros adventos decorrentes da situação concreta vivenciada entre os contratantes. Assim, por exemplo, se estiver sujeita à determinação da coisa, até então incerta⁸⁵⁷, ou depender de ato preparatório do credor nas obrigações alternativas, entre outras. Enfim, somente após superados obstáculos para constituir o crédito e/ou igualmente torná-lo apto, fixá-lo, defini-lo ou remover óbice, tem-se a exigibilidade da prestação⁸⁵⁸.

A lei também prevê prazo para cumprimento, no artigo 134 do Código Civil, e autoriza que se repute vencida antecipadamente a dívida, como acontece, por exemplo, nos artigos 333, 1.425, 1.465 do Código Civil. São hipóteses legais de vencimento antecipado da dívida⁸⁵⁹.

Pode também resultar o vencimento antecipado da dívida da autonomia privada, por meio de cláusulas genericamente denominadas de aceleração, destinadas a assegurar o pronto cumprimento do pactuado, caso sobrevenha algum fato que, a critério das partes, possa colocar em risco a oportuna execução da prestação⁸⁶⁰. Tem-se, por exemplo, a cláusula *cross-default*⁸⁶¹, normalmente entabulada em contratações envolvendo mais de um negócio jurídico entre as mesmas partes.

⁸⁵⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 74.

⁸⁵⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 75.

⁸⁵⁹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 312-332, 313.

⁸⁶⁰ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 312-332, 313.

⁸⁶¹ A cláusula *cross-default* prevê que o incumprimento ou outra falta contratual praticada pelo devedor de qualquer contrato celebrado entre o devedor e o beneficiário daquela cláusula repercute tanto no contrato relativamente ao qual o incumprimento ou a falta se verificou, como nos demais contratos (em princípio, especificamente elencados ou previstos), independentemente de nestes ter, ou não, ocorrido algum incumprimento. (HENRIQUES, Sérgio Coimbra. Cláusula de garantia e segurança. entre a autonomia da vontade e o dever de cumprir. alguns aspectos. *Revista de Direito das Sociedades*, Lisboa, v. 6, n. 3/4, 2014, p. 643-718, p. 653). Ver também: GUILHARDI, Pedro. Breve panorama das garantias especiais impróprias e o controle de risco. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Processo, jan./jun. 2021, v. 28, n. 1, p. 197-228.

Pode a resolução ter como fonte o contrato, dando lugar à resolução convencional ou resolução negocial, com esteio em cláusula resolutiva expressa, consoante artigo 474, primeira parte, do Código Civil, ou resolução legal, por meio de cláusula resolutiva tácita prevista pelo artigo 475 do Código Civil⁸⁶².

É preciso estabelecer que na resolução operada convencionalmente, por meio de cláusula resolutiva expressa, perde relevância a discussão sobre a gravidade da violação, assim entendida sob o prisma do interesse do credor, objetivamente considerado.

É que a inserção da referida cláusula serve precisamente para que a parte possa dar por resolvida a relação, caso reste verificado o inadimplemento nela previsto, sem necessidade, por conseguinte, de discutir a relevância da obrigação contratual descumprida, dado que as parte já a terão reputado suficiente para colocar fim ao negócio, pouco importando se, sob o ponto de vista de terceiro, o descumprimento possa ser considerado de maior ou menor importância⁸⁶³.

Também sob tal prisma, serão feitas considerações sobre o denominado adimplemento substancial do contrato, que se insere não só no campo da boa-fé, como também se aproveita da discussão em torno da gravidade da violação e do atendimento ao interesse útil do credor.

Tem-se dois lados da mesma moeda. O grau de ofensa à economia do contrato é o termômetro, que pode tanto acusar a configuração do adimplemento substancial, como o descumprimento definitivo, se reputado grave o suficiente ao interesse do credor⁸⁶⁴.

⁸⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 746.

⁸⁶³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 312-332, 325.

⁸⁶⁴ FAORO, Guilherme de Mello Franco. As novas fronteiras do inadimplemento. critérios para um exame funcional da distinção entre mora e inadimplemento absoluto. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 3-27, 19.

IV.2.2.2. Adimplemento substancial e a gravidade da violação

O adimplemento substancial não encontra fundamento expresso na lei civil brasileira, sendo construção doutrinária e jurisprudencial que privilegia o adimplemento ou satisfação objetiva do crédito, segundo o princípio da conservação do negócio jurídico⁸⁶⁵. Advém da construção da *common law*, com o nome de *substantial performance*, integrando-se ao direito brasileiro por via doutrinária, com esteio na boa-fé (e com esteio na noção de equilíbrio econômico do contrato⁸⁶⁶), abrindo as portas à construção jurisprudencial⁸⁶⁷.

A aplicação do adimplemento substancial acarreta a rejeição da resolução quando, apesar do incumprimento no tempo, modo e forma devidos, houver cumprimento parcial muito próximo ao previsto no contrato como resultado devido, limitando-se o direito à resolução, embora assegure ao credor o direito a exigir o cumprimento ou a indenização pela mora⁸⁶⁸. Pode ser avaliado sob juízo de proporcionalidade, entre, de um lado, o sacrifício imposto ao devedor pelo remédio requerido pelo credor e, de outro lado, o sacrifício do interesse do credor causado pelo descumprimento da prestação satisfativa.

Afirma-se que, havendo adimplemento substancial, em nível suficiente para satisfazer o crédito, não se lhe aplicam as consequências da mora, principalmente a da resolução do negócio jurídico, sem aplicação da regra do artigo 389 do Código Civil sempre que o devedor provar que a dívida foi solvida, se não em sua integralidade, ao menos em sua substância, e desde que a parcela não adimplida, por razões justificáveis ou de litígio, não comprometa a satisfação de toda a dívida há extinção da dívida e liberação do devedor⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

⁸⁶⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 114.

⁸⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 758.

⁸⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 758.

⁸⁶⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

Contudo, entende-se que a aplicação do instituto não enseja o incumprimento contratual nem faz desaparecer dívida não paga, apenas relativizando o rigor do princípio da exatidão, conseqüente ao adimplemento satisfatório, no que toca ao exercício do direito formativo extintivo da resolução. O cumprimento por via indenizatória resta ileso⁸⁷⁰.

A construção surge com o propósito de autorizar a avaliação de gravidade do inadimplemento antes de deflagrar a consequência da resolução⁸⁷¹.

Exige-se, para tanto: (i) a existência de prestações diferidas e parceladas no tempo; (ii) o cumprimento muito próximo do resultado planejado pelo contrato; (iii) a pouca gravidade desse cumprimento parcial em face da utilidade visada pelo contrato; e (iv) inexistência de vedação legal ao cumprimento parcial ou que lhe atribua outras consequências⁸⁷².

No Código Civil italiano há recepção expressa do instituto, por meio de seu artigo 1.455⁸⁷³, estabelecendo que o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver importância insignificante, observado o interesse da outra. Da mesma maneira, o Código Civil português recepciona o adimplemento substancial, em seu artigo 802, 2⁸⁷⁴, regramdo que o credor não pode resolver o negócio jurídico se o cumprimento parcial, atendendo ao interesse do credor, tiver escassa importância.

⁸⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 3-39, 26.

⁸⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 761.

⁸⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 761.

⁸⁷³ “Art. 1455 *Importanza dell'inadempimento*

Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522 e seguenti, 1564 e seguente, 1668, 1901).”

⁸⁷⁴ “ARTIGO 802º (Impossibilidade parcial)

1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização.
2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.”

Nesse contexto, suscita-se o caráter de *ultima ratio* da resolução, elemento que deve ser devidamente sopesado, pois a ideia não é de que, verificados os respectivos pressupostos, o credor não possa decidir resolver o contrato⁸⁷⁵, mas apenas temperar o cenário fático de que o interesse do credor foi atendido de maneira satisfatória, ainda que persista não cumprimento de menor relevância ao interesse creditício.

Equivale ao chamado adimplemento insatisfatório: em vez de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado, pelo que o problema se acomodará ao regime comum, mediante avaliação da existência, ou não, da utilidade da prestação⁸⁷⁶. Impossível estabelecer critérios rígidos⁸⁷⁷.

É, nesse contexto, cooperação do credor com o adimplemento da obrigação, cuja pequena parcela deixou de ser cumprida, mas pode ser razoavelmente desconsiderada⁸⁷⁸, sob a luz de descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial a eventual projeto de benefícios recíprocos constantes do contrato⁸⁷⁹.

Conforme esclarecido anteriormente, embora não conste expressamente do texto do Código Civil brasileiro, exige-se, como corolário do princípio da boa-fé, que a falta ensejadora do rompimento do vínculo contratual seja grave relativamente ao interesse do credor. Incumbe ao credor, mediante padrões abstratamente inteligíveis ou razoáveis, apreciar a gravidade da violação capaz de impactar o seu interesse creditício, em definitivo. Afastam-se, pois, juízos subjetivos arbitrários ou formulados por motivos fúteis⁸⁸⁰.

Reveste-se, pois, a análise da gravidade da violação, a exemplo do que ocorre com a perda do interesse creditício, por um critério subjetivo, atrelado *àquele credor*,

⁸⁷⁵ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 87.

⁸⁷⁶ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 93.

⁸⁷⁷ SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. Critérios para aferição concreta do adimplemento substancial. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 175-215, 179.

⁸⁷⁸ FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. .

⁸⁷⁹ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 108.

⁸⁸⁰ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 86.

naquelas circunstâncias, mas em condições valoráveis por *qualquer pessoa*, denotando-se nesse particular, o seu caráter objetivo⁸⁸¹.

Tampouco a gravidade da lesão deve ser aferida com base na extensão do dano sofrido, que pode nem sequer existir, pois a indenização por perdas e danos e a resolução por inadimplemento são remédios com funções e pressupostos distintos. Apesar de, nesse contexto, ser legítimo afirmar que a gravidade da lesão necessária à resolução é aquela que afeta o interesse do credor na manutenção do vínculo obrigacional, não propriamente o seu patrimônio⁸⁸², não raras vezes os deveres de proteção ou laterais de conduta têm por precípua função evitar danos no âmbito da relação obrigacional estabelecida.

Assim, *contratações ESG laterais*, cuja função precípua é assegurar, em determinado contexto, ao contratante que da relação jurídica não advenham danos à sua reputação, por exemplo, propõe-se que a extensão do dano sofrido por esse mesmo credor será, geralmente, a extensão da perda do interesse na manutenção do vínculo obrigacional. Não custa lembrar que a função jurídica orienta todo o desenvolvimento da relação obrigacional, desde sua formação e para além de sua extinção, servindo de parâmetro para a valoração do comportamento das partes⁸⁸³. E tal se dá porque o objeto da obrigação não é mais algo em si, passando a ter função⁸⁸⁴.

A gravidade da lesão à obrigação também não pode ser critério a pautar a determinação da perda do interesse do credor à prestação. É possível que, no concreto contexto contratual, interesse ao credor unicamente receber a integralidade da prestação, de modo que até pequeníssima desconformidade entre o programa contratual e a prestação entregue seja capaz de abalar de forma irremediável o seu interesse, configurando

⁸⁸¹ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: _____. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1, p. 125-193, 137.

⁸⁸² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

⁸⁸³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 23.

⁸⁸⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 6.

inadimplemento absoluto⁸⁸⁵. O que é relevante é a gravidade da lesão ao interesse do credor e não, propriamente, da violação, pelo devedor.

Entre outros elementos que podem afetar a avaliação do intérprete quanto à existência, ou não, de substancialidade do adimplemento, convém citar o interesse do próprio devedor, a importância das obrigações adimplidas e não adimplidas, o comportamento das partes e as consequências que advirão ao devedor e credor com a manutenção ou extinção da avença⁸⁸⁶.

Não se admite que o instituto seja invocado apenas sob critério quantitativo, como ocorre ao se afirmar que houve falta apenas da última prestação ou de que determinado percentual do preço foi quitado⁸⁸⁷, pois é possível que parte ínfima da prestação não tenha sido adimplida, mas atinja em cheio a natureza relacional do interesse jurídico⁸⁸⁸.

Apesar disso, o núcleo duro para aferir a existência, ou não, de inadimplemento, continua a ser o interesse funcional do credor, para o que os demais elementos citados são apenas temperos a serem adicionados à receita.

É com essas diretrizes que deve ser avaliado o eventual inadimplemento substancial das contratações ESG. Cabível aqui comentário estabelecido, no sentido de que o grave atingimento dos interesses do credor, em contratações laterais, possivelmente ocorra em mais oportunidades do que sucede com a violação de contratações ESG atinentes à prestação principal, pelo que, por corolário lógico, é de se esperar que em contratações ESG conformativas do meio e, notadamente, laterais, o inadimplemento substancial seja aplicável com menor frequência.

⁸⁸⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 127.

⁸⁸⁶ Como desenvolvido em: SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. Critérios para aferição concreta do inadimplemento substancial. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 175-215.

⁸⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 3-39, 28, 29.

⁸⁸⁸ FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 88. No mesmo sentido: SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. *Adimplemento substancial*. parâmetros para a sua configuração. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p 140-141.

IV.3. Violação positiva do crédito e contratações ESG

O instituto ora examinado se insere na discussão sobre qual o objeto do inadimplemento estimulante do remédio resolutivo⁸⁸⁹, isto é, de que prestação e correspondente interesse se trata. Torna-se importante tratar de sua compreensão, aceitação e aplicação.

IV.3.1. Compreensão e delineamento

Sabe-se que o descumprimento definitivo da obrigação principal do contrato, bem assim das prestações secundárias, dada a sua estreita subordinação à prestação principal – via de regra – implica a faculdade de o contratante fiel resolvê-lo⁸⁹⁰, pois terá o condão de atingir o interesse do credor de maneira irremediável, sem exato adimplemento, diferentemente do que ocorreria, *a priori*, com a violação dos deveres de proteção ou laterais de conduta. Do mesmo modo ocorre nas *contratações ESG principais e qualitativas do objeto*.

No entanto, com o alargamento da concepção dos deveres laterais – que resultaram, por sua vez, da noção da obrigação como processo – há também ampliação da noção de adimplemento, passando-se a entender, não só na Alemanha, como na França, Itália, Portugal etc., que o adimplemento abarca todos os interesses envolvidos na obrigação, estendendo-se, portanto, dos deveres de prestação aos outros deveres de comportamento, os laterais, quer sejam os vinculados indiretamente à prestação, quer sejam os não-vinculados à prestação, relativos aos cuidados necessários reservados à pessoa e aos bens da outra parte expostos pela relação contratual⁸⁹¹.

Caracteriza-se a violação positiva do crédito pelo descumprimento de deveres de proteção que conduzam à perda da utilidade da prestação para o credor, critério balizador inserto no artigo 395, parágrafo único do Código Civil, para

⁸⁸⁹ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 90.

⁸⁹⁰ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 102.

⁸⁹¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

tipificação de inadimplemento absoluto apto a conferir o direito resolutivo ao credor, extinguindo-se o negócio jurídico⁸⁹².

Exige-se, pois, inadimplemento imputável sem vinculação direta com os interesses do credor na prestação⁸⁹³.

Decorre de toda violação culposa da obrigação que não constitua mora nem impossibilidade, ampliando o modelo dicotômico da mora e inadimplemento absoluto para terceira via, há muito acolhido pela doutrina de outros países, especialmente da Alemanha⁸⁹⁴.

Mais precisamente, chega-se à conclusão, mediante o transplante adequado do instituto do Direito alemão para o brasileiro, que “corresponde ao inadimplemento decorrente do descumprimento culposo do dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação”⁸⁹⁵.

A doutrina portuguesa deu a tal forma de descumprimento a designação genérica de cumprimento defeituoso, execução defeituosa ou cumprimento imperfeito⁸⁹⁶.

Também é indicada pela referência à violação positiva do contrato ou da obrigação, embora tais designações possam ser demasiadamente estreitas, já que a hipótese de incidência da violação positiva pode envolver não só obrigações relativas a

⁸⁹² MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2, p. 313-336, 332.

⁸⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 772.

⁸⁹⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161. Ver também a respeito: FRADERA, Vera. Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, nov. 1998, v. 44, p. 144-152.

⁸⁹⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 268.

⁸⁹⁶ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: _____. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1, p. 125-193, 126.

contrato, mas também de vínculos obrigacionais legais, daí porque a preferência pela terminologia de violação positiva do crédito⁸⁹⁷.

Torna-se necessário constar a existência de entendimento minoritário⁸⁹⁸ segundo o qual os deveres de proteção seriam dotados de matriz extracontratual, decorrentes da regra geral do *neminem laedere*, pelo que a eventual violação a tais deveres seria de caráter aquiliano⁸⁹⁹, o que não é suportado à luz do princípio da boa-fé como regra de colmatação da normatividade obrigacional, para além de outras questões de cunho prático relevantes⁹⁰⁰.

Para tais autores, ter-se-ia amalgamado o conceito genérico de deveres de segurança e a espécie deveres no tráfego, ensejando responsabilidade civil – em oposição à contratual. Desse modo, ocorrendo lesão danosa – objetivamente imputável ao *iter* negocial – à integridade pessoal ou patrimonial dos parceiros, importaria decidir entre a

⁸⁹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 44.

⁸⁹⁸ Exemplificativamente, cita-se: MARTINEZ, Pedro Nuno Tavares Romano e Soares. *Cumprimento defeituoso*. em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 1994, p. 266, 271 e ss.; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 636 e ss. Sustenta-se que “fora dos casos em que se apure a conexão material acima identificada, ou seja, quando a lesão não se contiver *within the risk* criado pelo quadro negocial, a reparação dos danos deve submeter-se ao crivo das regras delituais, pois entre o evento lesivo e o ‘meio negocial’ verificou-se, então, um nexó meramente acidental, produzindo-se no âmbito da fenomenologia negocial, tal e qual como poderia ter ocorrido no plano do trato indiferenciado, sem que aquela tivesse representado um fator típico de perigo para sua eclosão. Nestes grupos de hipóteses, nem sequer existe em rigor um nexó etiológico entre o evento e a relação obrigacional, pois esta nem causa foi da lesão mas uma relação puramente circunstancial de tempo e espaço” (ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 997). No mesmo sentido: PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003. Ver, igualmente, sobre o tema: ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta. In: _____. *Estudos de direito privado*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 517-566.

⁸⁹⁹ Separando os deveres laterais que podem se destinar à instrumentalização e otimização da prestação e à proteção das esferas jurídicas das partes, Viviane Girardi e Isabella Silveira de Castro, sem negar a natureza contratual de tais deveres, defendem a aplicação da responsabilidade aquiliana à violação aos deveres de proteção. Ver a respeito: GIRARDI, Viviane; CASTRO, Isabella Silveira de. Inadimplemento de deveres e a natureza jurídica da responsabilidade pós-contratual. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2021, v. 2, p. 85-116.

⁹⁰⁰ Ver a respeito: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82 e ss.

aplicação do regime obrigacional, caso se tratasse de dever acessório, e da disciplina extracontratual, se violado fosse dever no tráfego⁹⁰¹.

Os deveres no tráfego servem para operacionalizar a concretização de normas de proteção que regem, por exemplo, as condições de limpeza dos pisos de estabelecimentos comerciais. Explica-se: o dever de preservar os transeuntes de danos causados por incorreções na conservação do piso não se dá em minúcias de regulação. São precisamente os deveres no tráfego que vêm cumprir essa função, definindo, por exemplo, o intervalo entre as operações de limpeza ao longo do dia, assim como o produto mais adequado a esse fim; daí se afirmando que os deveres no tráfego têm cariz forçosamente judicial, porque só no momento da aplicação da norma legal se pode fixar a conduta concretamente devida pelo vinculado⁹⁰².

De qualquer maneira, a questão passa à margem do presente estudo, já que engloba contratações ESG resultantes da autonomia privada e, pois, constantes dos respectivos instrumentos negociais, pelo que de pouca valia às perguntas de pesquisa formuladas.

A hipótese da violação positiva do crédito surge no âmbito da formulação do BGB alemão⁹⁰³, a partir da constatação de que a impossibilidade da prestação por culpa do devedor e a mora não seriam suficientes para regular todas as formas possíveis de infração dos deveres derivados da relação obrigacional. Há outros deveres de conduta, não relacionados propriamente ao dever de prestação, dando azo ao cumprimento falho, a possibilitar pleito indenizatório.

⁹⁰¹ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 985.

⁹⁰² ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Os deveres no tráfego. In: _____. *Estudos de direito privado*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 123-144, 131.

⁹⁰³ Ver a respeito: NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 44 e ss.; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6 e ss.; STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 199 e ss. SIMÃO, José Fernando; ARALDI, Rodrigo. Violação positiva do contrato: uma categoria verdadeiramente útil ao direito brasileiro? In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 145-170, 151 e ss.

Em tais hipóteses, o adimplemento ocorreu, mas não satisfaz o credor, segundo os elementos da obrigação, pelo que não pode ser considerado inadimplemento, mas que acarreta a responsabilização do devedor pelos danos que causar ao credor⁹⁰⁴.

Tem-se o vocábulo positivo agregado ao conceito, pois houve conduta tendente ao adimplemento, embora qualificado como ruim, pelo que se deve agregar o binômio *adimplemento e defeito*, acarretando as consequências da mora, indenização e resolução⁹⁰⁵. De outra maneira, o devedor incumpre, cumprindo⁹⁰⁶.

Em realidade, o adjetivo “positivo” que qualifica a violação, utilizada por Staub, foi objeto de críticas por Larenz, já que há situações em que o devedor se comporta positivamente sem que incida a violação positiva do crédito, mas a mora ou o inadimplemento absoluto, como é o caso de devedor que impossibilita o adimplemento ao ceder a terceiro a coisa alienada, bem assim existe a possibilidade de violação positiva do crédito por mera omissão do devedor, quando deixa, por exemplo, de atuar de maneira transparente ou de atuar diligentemente.

De qualquer forma, como esclareceu o autor alemão, a nomenclatura está tão naturalizada, que dificilmente seria substituída por outra⁹⁰⁷.

De primordial importância que os danos resultantes da violação positiva do crédito sejam suplementares, no sentido de que excedem o interesse da prestação em si, embora se originem do cumprimento que não atinge o interesse creditício, por violação do dever geral de adimplir diligentemente a prestação de modo satisfatório e adequado, afrontando os deveres gerais da boa-fé⁹⁰⁸.

⁹⁰⁴ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 263.

⁹⁰⁵ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 263.

⁹⁰⁶ GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 71.

⁹⁰⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 366-367.

⁹⁰⁸ LÔBO. Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 264.

Os danos não decorrem da álea normal do negócio, hipótese em que não se teria incumprimento nem se daria origem à resolução⁹⁰⁹.

IV.3.2.A controvertida aceitação do instituto no Direito brasileiro

A adequação do instituto da violação positiva do crédito ao direito brasileiro é controvertida. Mesmo no Direito alemão, nascedouro da teoria, não restou positivada a violação positiva do crédito, embora tenha ali obtido guarida, como já se mencionou, ao ser admitida a reparação de danos por ofensa aos deveres laterais⁹¹⁰.

De um lado, constata-se posições favoráveis⁹¹¹ à sua admissão, uma vez que haveria amplo espaço não preenchido ao lado do inadimplemento absoluto por culpa do devedor e a mora, correspondendo ao descumprimento culposo de dever lateral, sem vínculo direto com os interesses do credor na prestação, além de poder ser empregado na quebra antecipada do contrato.

De outro lado, tem-se que o intitulado cumprimento defeituoso ou quebra dos deveres laterais estaria abrangido pela melhor aceção do termo mora, segundo o Código Civil brasileiro. Explica Giovanni Ettore Nanni⁹¹² que, se a obrigação não é satisfeita, ou é cumprida erroneamente, em desarmonia com o tempo, o lugar ou a forma, ainda assim

⁹⁰⁹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutorio: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 97.

⁹¹⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 50.

⁹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 772; STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁹¹² NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 48. No mesmo sentido: TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutoria expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 105 e ss.; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 112 e ss.; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420, v. 4*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 343-344. SIMÃO, José Fernando; ARALDI, Rodrigo. *Violação positiva do contrato: uma categoria verdadeiramente útil ao direito brasileiro?* In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações. pressupostos, evolução e remédios*. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 145-170.

configura-se útil ao credor, mantido o domínio da mora, é desnecessária a discussão sobre terceira figura além da própria mora ou do inadimplemento absoluto.

A conclusão parte da tripartite caracterização da mora no direito brasileiro, consoante o artigo 394 do Código Civil, ao se referir à *forma*, *tempo* e *lugar* de cumprimento da prestação, eis que o pagamento realizado de maneira ruim não se adequou à *forma* de cumprimento da obrigação⁹¹³.

Os deveres laterais, portanto, que não se circunscreveriam à prestação principal, também permitiriam a caracterização de mora ou inadimplemento absoluto, inexistindo razão para criação de figura adicional estranha ao arcabouço obrigacional pátrio. Irrelevante seria perquirir *qual* o dever violado, mas para fins de caracterização da mora ou inadimplemento absoluto, o ponto de relevo é a repercussão da violação ao interesse do credor, o que reconduz às tradicionais categorias de inadimplemento: o relativo ou o absoluto⁹¹⁴. O mesmo raciocínio se aplica ao denominado cumprimento defeituoso⁹¹⁵.

Também se sustenta que, embora determinados autores se agarrem ao conceito tradicional de mora⁹¹⁶, de impontualidade, dado, inclusive por sua terminologia, para designar que a mora representa violação do dever de cumprir a obrigação no tempo devido, sendo que a eventual violação à *forma* e ao *lugar* do cumprimento da obrigação não seria, tecnicamente mora, certo é que o texto legal brasileiro é categórico em abarcar a tripartição da mora para contemplar tempo, forma e lugar.

De outro modo, é comum ver-se que, apesar dos termos da definição legal, a mora no Direito brasileiro continua vinculada exclusivamente ao *tempo* da prestação, pois

⁹¹³ Para nota histórica sobre o desenvolvimento do conceito de mora no direito brasileiro, ver: SIMÃO, José Fernando; ARALDI, Rodrigo. Violação positiva do contrato: uma categoria verdadeiramente útil ao direito brasileiro? In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 145-170, 155 e ss.

⁹¹⁴ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 49.

⁹¹⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 50 e ss.

⁹¹⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 198; PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 134.

o que realmente importará será o tempo a ser gasto para a correta realização da prestação não adimplida no lugar e forma devidos, o que ensejará o estado de mora⁹¹⁷.

Seja como for, parece certo, contudo, que os elementos da mora – tempo, lugar e modo – atinem à prestação, não sendo possível estender-lhes o conceito para abranger deveres laterais ou de segurança, como aliás, sugerem abalizados autores⁹¹⁸, por terem relação apenas mediata com a prestação, essa sim sujeita à mora.

Não se quer com isso, em absoluto, negar a tripartição da mora, como mais contundentemente alguns estudiosos recomendam ao estabelecerem que mora é atraso, impontualidade, violação do dever de cumprir a prestação no tempo devido e para quem violações relativas à forma e ao lugar de pagamento, não configurariam mora, tecnicamente⁹¹⁹. Certo é que a forma e o prazo dizem respeito apenas à prestação – e não aos deveres remotamente a ela vinculados.

Tanto assim que um dos principais efeitos da mora é o de responsabilização do devedor pela impossibilidade da prestação, mesmo quando resulte de caso fortuito ou força maior – o que só faz sentido se a mora for associada aos interesses de prestação. Exemplifica-se com a tradição de veículo alienado sem a entrega do manual de operação, com posterior perecimento do automóvel, hipótese em que seria contrário ao princípio da boa-fé aceitar-se que o devedor seria responsável apenas porque não entregou o manual a tempo⁹²⁰.

Apesar da alegação de que a solução não exigiria a criação de nova figura de inadimplemento, pois poder-se-ia aplicar a teoria do adimplemento substancial, como

⁹¹⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 145. Ver, igualmente: STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 153 e ss.

⁹¹⁸ Entre outros, citando-se apenas os nacionais: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2010, v. 900, p. 45-84, s.p.

⁹¹⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 198.

⁹²⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161.

controle de legitimidade dos mecanismos de tutela de credor⁹²¹, é preciso relembrar que tampouco a teoria do adimplemento substancial é figura prevista expressamente em lei, pelo que, a vigorar este cenário, estar-se-ia reprimindo figura não prevista com outra, igualmente não prevista – embora acatada.

De qualquer forma, adotando-se a violação positiva do crédito ou o arcabouço da mora e do inadimplemento absoluto para designar o cumprimento ruim da prestação, no que se incluem os deveres laterais, tem-se por comum a viabilidade de se romper o vínculo obrigacional em hipóteses de infração a deveres laterais, desde que a ofensiva seja grave o suficiente para macular, em definitivo, os interesses do credor.

IV.3.3.A violação ensejadora da resolução fundada na violação positiva do crédito

De regra exige-se que a violação positiva do crédito decorra de incumprimento de dever lateral tão grave que venha a acarretar, justificadamente, a quebra da confiança e, assim, à perda do interesse do credor na manutenção do vínculo obrigacional, com inadimplemento absoluto e, por conseguinte, o advento do direito formativo extintivo de resolução *latu sensu*⁹²².

De fato, se em decorrência da infração ao dever lateral desaparece o interesse do credor na própria prestação principal, perde-se a finalidade precípua do contrato, possibilitando ao credor enjeitar a obrigação ou resolvê-la⁹²³.

Explica-se que o incumprimento é, por natureza, definitivo quando é gerador de perda de confiança na contraparte, pela sua gravidade e caráter sintomático, de tal maneira que torna desarrazoável manter o credor adstrito à sua obrigação, existindo justa causa para a resolução⁹²⁴.

⁹²¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 114.

⁹²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 773.

⁹²³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 367.

⁹²⁴ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 67-68. Como aliás, a compatibilidade com o direito brasileiro da extinção do contrato de duração por justa causa restou estudada por: BIAZI, João Pedro de Oliveira

Tome-se a hipótese de determinado contrato de fornecimento continuado em que o credor, constatando entregas defeituosas, acredite que o devedor no futuro cumprirá a obrigação também de maneira defeituosa, inexistindo, pois, razão, para manutenção do vínculo obrigacional⁹²⁵.

O caráter sintomático deve ser perquirido a partir da particular natureza do contrato, que faz com que cada prestação ou cada inadimplemento não devam ser tomados nem valorados isoladamente, mas, antes, com referência à relação contratual complexa⁹²⁶.

De outra maneira, com enfoque na perda da confiança, um inadimplemento, ainda que de menor importância, poderá legitimar a resolução se, pela sua natureza e pelas circunstâncias de que se rodeou, fizer com que desapareça a confiança do credor no exato e fiel cumprimento das prestações subsequentes⁹²⁷.

Sistematicamente⁹²⁸, pode-se dizer que o pressuposto de incidência da tutela da confiança deve se revestir de quatro elementos:

- (i) decorrer de uma situação objetiva de confiança, perante um comportamento de alguém que, exteriormente observado, cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial, suscetível de justificar objetivamente a criação da confiança;
- (ii) poder imputar-se a situação de confiança criada à pessoa do confiado;
- (iii) estar o próprio confiante de boa-fé, não se estendendo a tutela da confiança a quem conhece a realidade ou deveria conhecê-

de. *A extinção da relação jurídica contratual por justa causa em contratos de longa duração*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

⁹²⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 367.

⁹²⁶ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: _____. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1, p. 125-193, 138-139.

⁹²⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 871 e ss.

⁹²⁸ MONTEIRO, Antonio Pinto. A tutela da confiança. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, abr./jun, 2023, v. 32, p. 163-177, 174 e ss.

lo, se tivesse agido com o cuidado e com as precauções exigíveis nas circunstâncias;

(iv) constatação de um investimento na confiança e irreversibilidade dessa confiança, isto é, que tenha a pessoa efetivamente tomado decisões, organizado planos de vida com base nessa confiança, os quais não possam depois ser desfeitos sem prejuízos inadmissíveis.

Os requisitos são articuláveis entre si, pelo que a eventual falta de um deles, em determinada situação, pode ser compensada pelo especial interesse que se assuma por algum dos restantes⁹²⁹.

A confiança – em especial sociologicamente – é compreendida como um dos principais fatores de diminuição da complexidade social, dada a impossibilidade material de se prever situações futuras. Excluem os sujeitos, portanto, de seu planejamento, aquilo em que confiam, mais do que esperam que não acontecerá, passando à proteção jurídica a partir de sua noção como *valor jurídico*⁹³⁰.

Nesse caminho percorrido – em especial da quebra da confiança –, reputa se estar diante de apenas uma das possibilidades, suscitando situações de incumprimento de prestação que atingem tão brusca e irremediavelmente o credor, que a simples relação mediata da obrigação com a prestação principal é suficiente para aniquilar, vez por todas, o seu interesse na contratação. Explica-se.

O alargamento do objeto da obrigação que decorre da obrigação como processo – abrangendo não só a prestação principal, mas os deveres laterais, ou seja, tudo que possa influir, dadas as especificações do caso concreto, na manutenção do interesse útil do credor quanto ao recebimento da vantagem pactuada – altera o próprio conceito de adimplemento, não mais definido por sua estrutura, mas por sua função⁹³¹, elemento

⁹²⁹ MONTEIRO, Antonio Pinto. A tutela da confiança. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, abr./jun, 2023, v. 32, p. 163-177, 175.

⁹³⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50.

⁹³¹ FAORO, Guilherme de Mello Franco. As novas fronteiras do inadimplemento. critérios para um exame funcional da distinção entre mora e inadimplemento absoluto. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde;

tão primordial no que se refere às contratações ESG. Amplia-se o descumprimento suscetível de romper o vínculo contratual.

O adimplemento reveste-se, contemporaneamente, de caráter funcional, vinculando-se ao atendimento à função concreta do negócio jurídico e não mais ao seu cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada⁹³².

Aline Miranda Valverde Terra esclarece que a ocorrência do suporte fático expressamente prevista na cláusula resolutiva expressa exige inexecução de obrigação essencial e depende da intensidade da lesão ao interesse do credor causada pelo incumprimento da referida obrigação, a fim de verificar se, de fato, o inadimplemento é absoluto, ou se, por outro lado, o credor ainda pode obter as concretas vantagens esperadas do vínculo contratual⁹³³.

Tem-se, pois, por inconfundível, a análise da essencialidade da obrigação violada e da gravidade do inadimplemento, apto a afetar o interesse útil do credor⁹³⁴. São duas vias para aferir colapso do interesse do credor, que é o critério legal, por leitura, a contrário, do parágrafo único, do artigo 395 do Código Civil, do que deflui a exigência de inutilidade da prestação para o exercício do direito resolutivo.

Sendo violada obrigação essencial, tem-se indicativo da gravidade da violação; por sua vez, a violação grave e de obrigação essencial nortearão a determinação da utilidade da prestação em mora. Mas pode-se admitir que, mesmo não violada obrigação dita essencial, a gravidade do descumprimento poderá acarretar a inutilidade da prestação sob a ótica do credor para fins do direito resolutivo. Não é de relevo se a perda da utilidade da prestação para o credor resultou de violação grave ou de violação de obrigação essencial, mas apenas que da violação esvazie-se o interesse útil ao credor.

Nesse contexto, a *contratação ESG lateral* (no que se estende às *contratações ESG conformativas do meio*), se inobservada, pode afetar tão gravemente o resultado

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 3-27, 5.

⁹³²SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 3-39, 10.

⁹³³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 98.

⁹³⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 98.

prático que as partes esperavam do contrato que seria impossível deixar de reconhecer a perda do interesse do crédito pelo credor, ainda que a violação não incida imediatamente sobre a prestação principal – cuja manutenção do contrato, demais disso, poderia, com o passar do tempo (por vezes minutos, horas, por vezes meses, anos), causar danos de ainda mais expressivos ao credor, pelo que a perda do liame é medida imperativa com vistas à prevenção de danos futuros mais extensos.

Como acentuam Ana Parestrelo de Oliveira e Madalena Perestrelo de Oliveira⁹³⁵:

a resolução reage à destruição da autorregulamentação de interesses pelas partes, ao mesmo tempo que cumpre uma função preventiva, evitando o agravamento dos danos decorrentes do contrato que resultaria do prolongamento da sua execução: a resolução surge, desse modo, como medida defensiva e preventiva de danos futuros mais extensos. É manifesta a proporcionalidade do meio de tutela ou, se preferirmos, a presença de uma conexão qualitativamente adequada entre o meio invocado e o resultado desvinculativo pretendido.

Ao tratar da violação positiva do crédito, Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria afirma, quanto à quebra de confiança, que a vinculação só se mantém enquanto justificar a realização do seu interesse; tornando-se inútil, está aberto o caminho para a resolução do contrato. Mas o fim do contrato, que é, afinal, o que está em jogo, tanto está em causa quando o credor perder de fato o interesse, como quando estiver seriamente ameaçado, conferindo-se ao credor o direito de resolução sempre que houver justos motivos para temer a não mais realização do fim contratual, em consequência da violação do dever lateral⁹³⁶.

Em vista disso, a perda da confiança é apenas um dos elementos, mas não o único nem o suficiente para se concluir pela violação positiva do crédito. Pode afetar diretamente o interesse creditício, quer seja porque há perda de confiança, quer seja porque afeta outros interesses perseguidos pelo contrato com a contratação ESG, elementos que consubstanciam funções das contratações ESG, a saber, entre outros, o resguardo à reputação e à marca, com impactos muitas vezes irreversíveis para a

⁹³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, p. 53.

⁹³⁶ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 2, p. 475.

longevidade empresarial, as características pessoais do parceiro contratual etc., tudo a ser averiguado no caso concreto, consoante os critérios já discutidos.

Já se viu, por exemplo, que a escolha do parceiro contratual é um dos interesses almejados pelas contratações ESG, notadamente a lateral, ao mesmo tempo em que, em tais hipóteses, tem-se obrigação de conteúdo mais amplo: uma obrigação de abstenção de qualquer comportamento que faça desaparecer aquela relação de confiança, um dever genérico de correção, lealdade e boa-fé a que, dado o seu caráter de meio indispensável à consecução do fim do contrato, podemos conferir o valor de uma obrigação principal, podendo, pois, justificar a resolução⁹³⁷.

É, nesse contexto, e à luz do histórico e fenômeno cultural que são os fatores ESG, que contratações dessa ordem passam a fazer parte do sinalagma contratual – no sentido de que estabelece o seu equilíbrio, sendo a função concreta da contratação a sua razão –, tornando-se essenciais para o correto funcionamento do programa contratual antevisto, cuja força-motriz reside na causa da contratação. Veja-se a interrelação entre o adimplemento e as contratações em sua perspectiva funcional:

A resposta parece estar no mesmo fundamento normativo (implícito) que confere força obrigatória aos contratos. Com efeito, a afirmação de que o reconhecimento da causa contratual implica a adoção de uma perspectiva funcional sobre os contratos pode ser traduzida em muitos outros termos, a depender da investigação a que se lançar o intérprete. (...)

Do ponto de vista do controle do adimplemento e das eventuais vicissitudes que possam advir ao programa contratual, analogamente, a perspectiva funcional determina que as partes não estão apenas adstritas a prestar o objeto das obrigações, mas sim a concretizar a síntese de interesses insculpida na causa⁹³⁸.

[O] adimplemento se dirige não à satisfação arbitrária do credor, mas ao atendimento da função sócio-econômico, identificada com a própria causa do ajuste estabelecido entre ambas as partes.

Em outras palavras, o que o adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato, que ‘se

⁹³⁷ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: _____. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1, p. 125-193, 141.

⁹³⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, 2019, ano. 8, n. 2, p. 1-51, 38-39. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/443>. Aceso em: 10 abr. 2024.

constitui, efetivamente, do encontro do concreto interesse das partes com os efeitos essenciais abstratamente previstos no tipo (ou, no caso dos contratos atípicos, da essencialidade que lhe é atribuída pela própria autonomia negocial)'. Se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor.

Note-se, porém, que não basta a verificação da causa em abstrato, normalmente identificada, no direito das obrigações, com a realização das prestações principais integrantes do tipo negocial em sua previsão normativa. Impõe-se o exame da chamada “causa em concreto”, isto é, do atendimento dos interesses efetivamente perseguidos pelas partes com a regulamentação contratual. Transcende-se, em síntese, a estrutura do negócio – forma e conteúdo (o como e o quê) – para se perquirir a sua função (o seu porquê). É o atendimento a esta função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento, em sua visão contemporânea⁹³⁹.

No espectro da relação jurídica obrigacional complexa, o adimplemento se dará quando se realizar o conjunto dos interesses envolvidos na relação, não só aqueles vinculados direta ou indiretamente à prestação, como também os atinentes à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação⁹⁴⁰.

Não atingidas tais finalidades, ter-se-ia justa causa a fundamentar a resolução, assim entendida como qualquer circunstância, fato ou situação em face da qual e, segundo a boa-fé, não fosse exigível a uma das partes a continuação da relação contratual; todo o fato capaz de colocar em risco o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim, qualquer conduta que pudesse fazer desaparecer pressupostos, pessoais ou reais, essenciais ao desenvolvimento da relação⁹⁴¹. Há afetação do interesse, pelo não atingimento da finalidade. E, a desaparecimento do interesse do credor traz agarrada a si a impossibilidade da prestação; via de consequência, a sua extinção⁹⁴².

Conforme se asseverou, conquanto nos contratos que envolvam prestação de lado a lado a causa sinalagmática consista, justamente, no nexo de interdependência entre

⁹³⁹ SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 3-39, 18.

⁹⁴⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

⁹⁴¹ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: _____. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1, p. 125-193, 143.

⁹⁴² FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1p. 51.

as prestações, “a causa sinalagmática diz de um ir e vir de fluxo prestacional que deve, ao fim da relação contratual, manter um equilíbrio, uma certa relação de proporção”⁹⁴³.

Assim, a perda do sinalagma é alcançada a partir da compreensão de que as partes contratantes, em um negócio jurídico bilateral, determinam suas respectivas prestações a partir de um vínculo de reciprocidade, por meio de suas declarações negociais, não se exigindo prestações objetivamente equivalentes. O vínculo obrigacional que torna possível exigir o cumprimento de uma prestação por uma das partes se dá a partir da identificação de que a contraprestação devida pela contraparte representa compensação suficiente à própria obrigação. Em outras palavras, restará configurado o sinalagma sempre que houver prestações igualmente relevantes para a promoção do resultado útil do contrato. Confira-se:

Afirma-se que existe correspectividade quando a prestação de um contratante tem como razão de ser a prestação do outro. Aludida razão de ser consistiria na justificativa jurídica para a assunção de certa prestação pelo contratante: somente quando a prestação tiver sido assumida em contrapartida direta à prestação do cocontratante é que restará configurado o sinalagma.

Sustenta-se, a propósito, a relevância do sinalagma para a própria determinação da causa contratual, de modo que a correspectividade entre prestações desempenharia papel relevante para a individualização da função exercida por um dado contrato. Avançando-se mais um passo nessa análise eminentemente funcional, talvez seja o caso de se reconhecer, em complementação (frise-se, não sobreposição) a essa formulação, que a causa concreta (enquanto mínima unidade de efeitos essenciais e interesses tangenciados pelo contrato) tem o condão de servir como ponto de referência para a determinação do sinalagma. Desse modo, poder-se-ia agregar pontual observação ao difundido entendimento de que o nexos funcional entre prestações consiste na circunstância de terem elas sua razão de ser uma na outra: talvez seja a causa contratual concreta, a rigor, a razão de ser de todas as prestações a cargo dos contratantes, de modo que o vínculo de correspectividade, quando verificado, consiste, em verdade, na análise qualitativa da relevância de determinadas prestações (*rectius*: polos prestacionais) para a promoção da causa do específico contrato. Em outras palavras, restará configurado o sinalagma sempre que houver prestações (ou polos prestacionais) igualmente relevantes para a promoção do resultado útil do contrato.

(...)

⁹⁴³ PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*. Ano. 5, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2004, p. 235-265, s.p. Disponível em:

https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5600371/mod_resource/content/5/Causa%20concreta.pdf.

Acesso em: 6 mar. 2024.

Advirta-se, por oportuno, que a configuração do sinalagma não depende da constatação de uma equivalência objetiva que leve em consideração o valor das prestações; desde que haja a correspectividade funcional entre as prestações, restará configurado o sinalagma e atraída, por conseguinte, a disciplina dispensada aos contratos bilaterais⁹⁴⁴.

A isso agrega-se que, conquanto remotamente atrelados à prestação principal, há deveres laterais que se ligam de maneira mais íntima ao dever de prestação e que, por isso, produzem efeitos diretamente sobre o resultado útil programado⁹⁴⁵.

Como já se discutiu, o direito obrigacional assume valor histórico-relativo, propondo-se como categoria que, ao invés de se considerar como realidade imóvel e estática de duração eterna, assume valor como instrumento de conhecimento, até para outras relações jurídicas e, ao mesmo tempo, sempre resultante do conhecimento anterior, sendo ponto de confluência entre o antigo e o novo⁹⁴⁶.

As contratações ESG são resultado dessa constatação, concebendo-se que, apesar de una, a realidade varia no tempo e no espaço. Cada sociedade, tomada em certo momento de seu desenvolvimento, dispõe de realidade que lhe é peculiar, e que diverge não apenas da realidade de outras sociedades, mas de sua própria realidade em momento histórico diverso⁹⁴⁷.

A funcionalização do objeto da obrigação conduz à reavaliação do comportamento do devedor: a execução da prestação principal não é capaz de atender, por si só, ao interesse objetivo e concreto do credor, pressupondo, igualmente, a observância dos deveres laterais, a exigir não apenas que o devedor aja no sentido de executar a prestação principal, mas também e com a mesma intensidade que o devedor se comporte de acordo com tais outros deveres⁹⁴⁸, integrando-se, pois, ainda que

⁹⁴⁴ SILVA, Rodrigo da Guia. *Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual*. In: Revista de Direito Privado. v. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2017, p. 43-83.

⁹⁴⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 45.

⁹⁴⁶ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 16-17.

⁹⁴⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 6.

⁹⁴⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 61.

indiretamente, ao objeto da prestação⁹⁴⁹. Há alargamento da concepção dos deveres laterais para abranger aquela gama que tem relação com a prestação, mas indireta, ou, em outros termos, qualitativa⁹⁵⁰.

Assim visto o sinalagma, a violação do programa contratual confere, em princípio, direito resolutivo ao credor, desde que atinja o patamar de relevância legal ou contratualmente definido, sendo que, em tal juízo, há que atender às cláusulas inobservadas, interpretando-as no contexto do contrato como um todo, identificando o programa econômico posto em prática pelas partes e os interesses com ele correlacionados⁹⁵¹⁹⁵². Perante o quadro de gravidade objetiva do incumprimento e de irreversível eliminação do equilíbrio contratual, a resolução reafirma-se como meio idôneo de proteção do contraente⁹⁵³.

Se conceitualmente temos por certas tais assertivas, é inócuo o esforço de catalogar *ex ante* as espécies de incumprimento relevante⁹⁵⁴, pois a efetiva alteração do equilíbrio contratual depende não do recurso abstrato a categorias jurídicas genéricas, mas da consideração da específica situação em causa, do que prevalece concepção unitária e neutra de incumprimento. É unitária porque engloba todas as modalidades de que possa se revestir; é neutra porque a causa pela qual se deixou de cumprir não afeta a existência do incumprimento⁹⁵⁵.

⁹⁴⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63.

⁹⁵⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81.

⁹⁵¹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 77.

⁹⁵² MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: _____. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1, p. 125-193.

⁹⁵³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 78.

⁹⁵⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 46.

⁹⁵⁵ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 78-79.

É preciso aferir, portanto, no caso concreto, quão vulnerada foi a função contratual, para concluir, então, se a causa foi ou não substancialmente satisfeita⁹⁵⁶ e decidir, por exemplo, entre a resolução contratual ou sua excepcionalidade por meio da figura do adimplemento substancial.

Conclui-se, portanto, ser relevante o fato objetivo do incumprimento, não importando a razão do incumprimento ou sua imputabilidade subjetiva, tampouco se o objeto do incumprimento foi a prestação principal, a secundária ou lateral, pois, desde que grave, afetando o programa contratual em sua função estruturante, poderá fundamentar a ruptura do vínculo contratual por violação positiva do crédito.

A lesão do interesse do credor na prestação deve ser aferida contemporaneamente à declaração dirigida à resolução, sendo de relevância, ainda, o comportamento assumido pelo credor, sobretudo após a inexecução da prestação, pois pode servir de indício do quão grave é a lesão ao seu interesse. Poderá, por exemplo, tolerar incumprimentos, indicando que a lesão a seu interesse não foi séria o suficiente, ao menos naquele contexto, para configurar inadimplemento absoluto⁹⁵⁷.

Nesse contexto põe-se em discussão a possibilidade de resolução pelo contratante fiel que, na execução passada do contrato, tenha adotado conduta potencialmente reveladora da atribuição de escassa importância ao incumprimento da economia do contrato⁹⁵⁸, o que, a nosso ver, deve ser considerado com cautela e casuisticamente, à luz de diferentes cenários e contextos contratuais.

Para além de a inércia do credor ser de ordem a induzir na contraparte a convicção da legitimidade de sua atuação, os próprios fatores ESG, e sua crescente, explicam que, pelo menos até duas décadas atrás, muitas das violações contratuais perpetradas hoje seriam de escassa importância. Nem sequer seriam objeto de contratação. Revela-se, assim, o caráter dinâmico e cultural das contratações ESG, cuja

⁹⁵⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Contribuições da causa do negócio jurídico para a disciplina do inadimplemento contratual. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 83-132, 115.

⁹⁵⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 126-127.

⁹⁵⁸ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 16-17.

importância varia no tempo e lugar, o que deve ser avaliado na hipótese indicada de o credor ter, anteriormente, tolerado determinado incumprimento.

IV.4. Fonte do exercício do direito resolutivo

Ao se estabelecer a fonte contratual ou legal do exercício do direito resolutivo, a par de designar a fonte, ocorre a aplicação de regimes diferentes para a caracterização e o exercício do direito resolutivo. Passa-se, pois, a avaliar o direito resolutivo legal, por meio da cláusula resolutiva tácita, bem assim o direito resolutivo convencional, concretizado por meio da cláusula resolutiva expressa.

IV.4.1. Direito resolutivo legal: a cláusula resolutiva tácita

A cláusula resolutiva tácita, embora não se trate, verdadeiramente, de cláusula – por se tratar de regra legal, que não oferece às partes qualquer espaço para disciplinar outros riscos contratuais –, é ela mesma espécie de alocação estabelecida pela teoria legal do risco. Por essa razão, a avaliação sobre a relevância das obrigações assumidas é realizada *a posteriori*, sucedendo sua inexecução pelo devedor⁹⁵⁹.

Por se tratar de fonte legal das obrigações, está presente desde a celebração do negócio, sendo subentendida nos contratos bilaterais⁹⁶⁰, dependendo, para a maioria da doutrina⁹⁶¹, de intervenção judicial para sua funcionalidade, pelo que não se opera de pleno direito, como ocorre com a cláusula resolutiva expressa.

Ao contrário da resolução fundada em cláusula resolutiva expressa, que apenas decorre do inadimplemento quando esse for hipótese prevista pelas partes no contrato, a fundamentada na cláusula resolutiva legal é autorizada tão somente pelo inadimplemento definitivo, total ou parcial, assim tido não apenas o fato de não ter sido executado o contrato, que tenha sido executado defeituosamente, mas, igualmente,

⁹⁵⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 58-59. No mesmo sentido, citando diferentes fontes: AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977, p. 57-58.

⁹⁶⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 59.

⁹⁶¹ Nesse sentido: TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 59.

quando a purgação da mora não é possível, ou não mais tenha utilidade para o credor⁹⁶². Abrange, naturalmente, as causas que dão fundamento à resolução fundada em violação positiva do crédito (quebra da confiança, justa causa etc.).

A resolução legal, prevista pelo artigo 475 do Código Civil, deve determinar qual é, *in concreto*, a utilidade a que faz referência o parágrafo único do artigo 395 do Código Civil, ao que se remete o quanto discutido sobre o tema do interesse do credor e gravidade da violação.

Exige-se, como notado, cruzamento de dados de ordem subjetiva e objetiva, entre eles as expectativas legitimamente suscitadas quanto aos potenciais benefícios que adviriam do negócio (subjetivo) e o tipo, legal ou social, do negócio e os interesses dele concretamente deduzidos (objetivo)⁹⁶³.

Entretanto, é possível precaver-se das incertezas e riscos que advém da submissão ao intérprete de julgamento a respeito da utilidade, ou não da prestação, mediante a contratação de cláusulas resolutivas expressas, examinadas a seguir.

IV.4.2. Direito resolutivo convencional: a cláusula resolutiva expressa

O termo “cláusula resolutiva” pode ser entendido em sentido lato ou específico. Em relação ao primeiro caso, denomina-se cláusula resolutiva qualquer determinação que preveja ou discipline a resolução dos efeitos decorrentes da contratação em que inserida a cláusula, ao passo que, em seu sentido específico, tem-se a cláusula resolutiva expressa, consubstanciada em expressa previsão de que o contrato se resolverá caso determinada obrigação não seja cumprida⁹⁶⁴.

O direito resolutivo convencional designa a fonte *contratual* que enseja o direito resolutivo, uma vez pactuada cláusula resolutiva expressa, que, por sua vez, dá os

⁹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 752.

⁹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 751.

⁹⁶⁴ BUSNELLI, Francesco Donato. Clausola risolutiva. *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1960, v. 7, p. 196-201, 197.

contornos e critérios para a formação e exercício do referido direito. A contratação da cláusula resolutiva expressa tem como um de seus efeitos a presunção relativa de que as causas resolutivas antevistas contratualmente têm relevância e, caso violadas as respectivas obrigações, atingem por inteiro os interesses almejados pelos contratantes por meio do contrato. Constitui consequência de poder negocial de autotutela contra o incumprimento, com função dupla: de acelerar o procedimento de resolução do contrato e de predeterminar o incumprimento que justifica a cessação⁹⁶⁵.

Ademais, independe de intervenção judicial para sua operacionalidade, pelo que se opera de pleno direito⁹⁶⁶, mediante exercício do direito potestativo pelo credor⁹⁶⁷. Em consequência, exercido o direito potestativo à resolução, incumbe à parte supostamente inadimplente provocar a autoridade jurisdicional para eliminar a dissolução do vínculo⁹⁶⁸, em inversão da iniciativa judicial, o que deve ser respeitado, sob pena de não se salvaguardar a coerência de um instituto⁹⁶⁹. Dito de outro modo, a resolução convencional tem cariz extrajudicial, podendo o controle se operar *ex post*⁹⁷⁰.

Nesse contexto, a resolução provocada por motivos menores mostra-se possível⁹⁷¹, pois estão em jogo fatores que as partes subjetivamente consideraram relevantes, mas que não o são do ponto de vista objetivo. A um só tempo – pelo que se acresce duas funções de tais pactos –, elimina a incerteza decorrente do caráter

⁹⁶⁵ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432°. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 29.

⁹⁶⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 59; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 42.

⁹⁶⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 60.

⁹⁶⁸ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 42-43.

⁹⁶⁹ GARCIA, Rebeca. Cláusula resolutiva expressa. análise crítica de sua eficácia. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, set. 2013, v. 40, p. 285-320, 301,

⁹⁷⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutorio*: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2019, p. 46.

⁹⁷¹ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações*: (arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 588.

indeterminado da cláusula tácita (resolução legal)⁹⁷² e desencoraja o incumprimento contratual⁹⁷³.

Acresça-se, ainda, dentro do papel do sinalagma contratual – e assumindo que a inexecução de prestação acessória, apartada da prestação principal, não confere direito resolutivo ao credor –, que a cláusula resolutiva expressa pode criar bilateralidade, a rigor, inexistente⁹⁷⁴.

A cláusula resolutiva expressa é acessória, inserida pelas partes no contrato a partir do poder a elas atribuído pela ordem jurídica, com o escopo de valorar suas obrigações e disciplinar, previamente, os riscos do negócio⁹⁷⁵, daí porque podem ser firmadas no ato da celebração do negócio ou em momento posterior, por instrumento separado⁹⁷⁶.

Sendo pacto prévio das causas que poderão deflagrar a resolução, há uma espécie de avaliação anterior pelos próprios declarantes daquilo que, no exercício legítimo de autorregramento de interesses, qualificaram como motivo grave o suficiente para ver extinta a relação contratual, com prefiguração da gravidade. Assim, o regulado deve ser respeitado pelo juiz ou árbitro ao avaliar a utilidade, ou não, da prestação para o credor.

⁹⁷² ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações*: (arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 583.

⁹⁷³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 31. Sobre as funções exercidas por referidos pactos, ver também: GARCIA, Rebeca. Cláusula resolutiva expressa. análise crítica de sua eficácia. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, set. 2013, v. 40, p. 285-320, 302-309.

⁹⁷⁴ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 24.

⁹⁷⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 35.

⁹⁷⁶ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações*: (arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 583; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 59.

Em princípio, e excetuada situação em que o legislador delimita o conteúdo da cláusula⁹⁷⁷, tanto a forma quanto o conteúdo da contratação submetem-se, livremente, à disposição das partes⁹⁷⁸.

A cláusula resolutiva expressa é genuína manifestação da autonomia privada: à mesma vontade criadora da relação contratual atribui-se o poder de elencar, *ex ante*, as obrigações que assumem particular relevância no âmbito do concreto regulamento de interesses, e cujo inadimplemento conferirá ao credor prejudicado a faculdade de optar pela resolução ou pela execução da prestação pelo equivalente⁹⁷⁹.

Daí porque se afirma que tais cláusulas não têm de passar por um teste de justiça ou de razoabilidade para serem válidas, pelo que, se estiverem redigidas com clareza, os tribunais tendem a não impedir o seu funcionamento⁹⁸⁰.

Há incidência, ainda assim, da boa-fé, que pode afastar a presunção de legitimidade do pactuado se estabelece, por exemplo, que até inadimplemento levíssimo, de todo insignificante, pode dar lugar à resolução⁹⁸¹. Em resumo, de um lado, tem-se vedada a situação de abuso do direito; por outro lado, o órgão julgador limita-se ao controle de verificação de ocorrência da situação descrita no contrato⁹⁸². Também deve ser filtrada pela boa-fé a cláusula resolutiva expressa dita unilateral, isto é, em que o

⁹⁷⁷ Assim, por exemplo, o faz nos contratos que tenham por objeto a venda ou a construção de imóveis com pagamento do preço a prazo, o artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 4.868/65, permitindo resolução apenas “após o atraso de, no mínimo, 3 (três) meses do vencimento de qualquer obrigação contratual ou de 3 (três) prestações mensais”, assegurada a possibilidade de purgação da mora.

⁹⁷⁸ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5: do direito das obrigações: (arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 583.

⁹⁷⁹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 31.

⁹⁸⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutorio: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 112.

⁹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 749.

⁹⁸² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 35.

incumprimento que reveste caráter resolutório é apenas o de uma parte, evitando-se uso distorcido da autonomia privada⁹⁸³.

De qualquer maneira, as circunstâncias, inclusive a natureza empresarial da contratação, deve ser levada em consideração, pois é sedimentado o entendimento de que os contratos empresariais clamam por menor intervenção jurisdicional⁹⁸⁴. Há presunção de que as contratantes, agentes de mercado hábeis e perspicazes⁹⁸⁵, sabiam dos riscos e efetivamente buscaram as consequências advindas das obrigações contratualmente assumidas.

A reforçar tais considerações, a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida como “Lei de Liberdade Econômica”, alterou a redação do artigo 421 e incluiu o artigo 421-A no Código Civil⁹⁸⁶ para privilegiar expressamente o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, devendo a alocação de riscos definidas pelas partes ser sempre respeitada. Há impedimento para intervenção negativa e indevida nas legítimas expectativas das partes⁹⁸⁷.

⁹⁸³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 117.

⁹⁸⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182-198, 185.

⁹⁸⁵ “Os comerciantes (empresários) presumem-se hábeis e perspicazes nos negócios firmados em razão da atividade por eles desempenhada. Trata-se do entendimento de que a atividade exercida pelo empresário ou pela sociedade empresária classifica-se como profissional, haja vista que o exercício profissional da atividade mercantil exige do empresário diligência no trato comercial, afastando de seu comportamento qualquer escusa ou ignorância.” (WANDERER, Bertrand. Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial*, v.5. São Paulo: Saraiva, p. 159).

⁹⁸⁶ “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
 II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
 III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

⁹⁸⁷ DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. dirigismo – imprevisão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. mar. 2011, v. 905, p. 843-860, s.p.

Nesse contexto, indica-se, sob a lente da validade, que a obrigação passível de constar do suporte fático da cláusula resolutiva expressa é aquela essencial, imprescindível para a realização da função econômico-individual do negócio, sendo relevante considerar, além do tipo contratual escolhido pelas partes, o escopo prático perseguido, sem se ater ao abstrato, mas ao concreto: não importa que, em abstrato, a obrigação seja considerada de pouca importância, uma simples obrigação acessória, ou mero dever de conduta, sendo imprescindível que, no regulamento de interesse, assuma relevância para a plena realização do programa contratual⁹⁸⁸.

Não é incomum que englobe, inapropriadamente, mera reprodução dos fundamentos legais de resolução, hipótese em que se configura como cláusula de estilo – muitas vezes acarretando redundância⁹⁸⁹.

Exemplo de cláusula resolutiva de estilo é a que faz referência genérica à violação das obrigações contratuais. Os efeitos de tal contratação são limitados, sendo necessário, no mais das vezes, que se recorra aos critérios legais, pois não ensejaria, por si só, direito resolutivo⁹⁹⁰. Daí porque, para que tenham alguma eficácia contratual, deve-se instituir previsões que difiram da mera repetição da fundamentação da lei ou mesmo genéricas, sob pena de não representarem fundamento autônomo de resolução⁹⁹¹.

É necessário, assim, atender ao requisito de especificidade, exigindo-se menção expressa à obrigação cujo inadimplemento poderá ensejar a resolução da relação obrigacional, com indicação pontual da(s) obrigação(ões) cujo descumprimento autorizará sua atuação, a refletir de maneira inequívoca a vontade dos contratantes de se

⁹⁸⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75-76.

⁹⁸⁹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 114.

⁹⁹⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 30. No mesmo sentido: TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 82; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 42.

⁹⁹¹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 30-31.

afastar do regime legal da cláusula resolutiva tácita, em favor do regime resolutivo contratualmente ajustado⁹⁹².

Também se mostra legítima, com esteio na autonomia privada, a contratação que veda o direito resolutivo, ao estabelecer, por exemplo, que “qualquer que seja o incumprimento, este não comportará resolução”, criando-se contratos bloqueados, em *pactum de non resolvendo*, mas que mantêm intactos os demais remédios para o incumprimento, como o ressarcimento do dano e a pretensão de cumprimento específico da obrigação⁹⁹³, ressalvada a existência de entendimento em sentido contrário⁹⁹⁴.

De outro lado, é dado ao credor o direito de resolver o negócio jurídico com fundamento em outros suportes fáticos; mas, nesse caso, deverá provar que a inexecução configura hipótese legal de inadimplemento absoluto do contrato⁹⁹⁵ ou de violação positiva do crédito.

Não se confunde com a condição resolutiva, em que o advento da condição dissolve, automaticamente, o contrato, ao passo que a cláusula resolutiva confere tão-só a faculdade de o parceiro inocente resolver o negócio, já que também lhe assiste pretensão à prestação, com manutenção do negócio jurídico⁹⁹⁶.

Sob a vertente de legitimar o direito resolutivo, considera-se como pressupostos para a resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa (a) a configuração do inadimplemento absoluto em razão da inexecução de obrigação essencial

⁹⁹² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 81.

⁹⁹³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 32-33. Ver também: OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 117 e ss.

⁹⁹⁴ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações*: (arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 585.

⁹⁹⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 81.

⁹⁹⁶ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações*: (arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 582.

ao seu escopo econômico perseguido pelas partes, ou à superveniência do risco, e (b) a não inadimplência do credor⁹⁹⁷.

Sob outro viés, exige-se, em primeiro lugar, a ocorrência do evento descrito na estipulação contratual, sendo que sua operação se dá mediante manifestação de vontade ao outro figurante, dada a opção entre a resolução ou cumprimento⁹⁹⁸ — sendo receptícia, pelo que, uma vez realizada, adquire caráter irrevogável⁹⁹⁹.

De outro lado, não se vê motivos para que a escolha inicial pelo cumprimento impeça resolução posterior, se houver impossibilidade de cumprimento¹⁰⁰⁰, sendo certo que a notificação serve apenas para cientificar a parte inadimplente da opção exercida pelo credor, visto que a cláusula se opera de pleno direito, como exposto.

IV.5. Resolução objetiva e subjetivamente parcial

O incumprimento definitivo e grave, que abale o interesse útil do credor, pode ser, em algumas hipóteses, apenas parcial, atingindo, portanto, parte da prestação devida, no tempo, forma e lugar exigíveis, mas abalando, ainda assim, irremediavelmente, o interesse creditício, desde que o objeto da obrigação seja divisível¹⁰⁰¹.

Como explica Agostinho Alvim, o inadimplemento absoluto pode ser total ou parcial, sendo total quando a obrigação, em sua totalidade, deixou de ser cumprida, servindo como exemplo o perecimento do objeto por culpa do devedor. Por outro lado, indica o inadimplemento absoluto parcial se a obrigação compreende vários objetos, sendo um ou mais entregues e perecendo os restantes por culpa do devedor. Esclarece:

⁹⁹⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 97-98.

⁹⁹⁸ NEVES, José Roberto de Castro. As “imperfeitas” cláusulas resolutivas. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1., p. 295-311, 302.

⁹⁹⁹ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações*: (arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 589-590.

¹⁰⁰⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutorio: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 17.

¹⁰⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 754.

“com relação a estes últimos não há mora, evidentemente, já que a entrega nem se fez nem se fará. Terá havido, pois, inadimplemento absoluto, parcial, da obrigação”¹⁰⁰².

Não prevista a hipótese nas normas do Código Civil, que praticamente ignora o inadimplemento parcial, coube à doutrina e à jurisprudência preencher tal lacuna, relacionando o instituto ao modo de aplicação do remédio resolutório e admitindo, assim, a resolução parcial do contrato, preservada a porção não afetada pelo inadimplemento¹⁰⁰³

É admissível, portanto, que a resolução não implique sempre a destruição total do negócio jurídico¹⁰⁰⁴. Exemplificando: certo contratante obrigou-se à entrega de 12 centrais telefônicas e 120 aparelhos, deixando, contudo, de fabricar os aparelhos pelo fracasso da tecnologia empregada; há, sem dúvida, inadimplemento absoluto, uma vez que as peças jamais serão entregues, mas parcial, já que, em parte, o obrigado adimpliu o contrato¹⁰⁰⁵. De qualquer modo e mais uma vez, a parcela atingida pela inexecução deve abalar irremediavelmente o interesse do credor, afastando o seu mero arbítrio ao enjeitar a prestação remanescente¹⁰⁰⁶, o que remete ao quanto já elaborado no que se refere à utilidade da prestação.

De fato, a resolução parcial, ao menos em tese, teria o condão de atender aos interesses do credor da prestação inadimplida, ao mesmo tempo em que preservaria o vínculo contratual¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 25.

¹⁰⁰³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo de. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 313-338, 316.

¹⁰⁰⁴ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 40.

¹⁰⁰⁵ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 84.

¹⁰⁰⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo de. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 313-338, 316.

¹⁰⁰⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo de. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 313-338, 319.

Cabe a aplicação do instituto em casos originariamente de mora, seja no tocante a parte de uma prestação, seja no que se refere a uma dentre várias prestações pactuadas, exemplificando-se com o vendedor que entrega quantidade inferior dos produtos vendidos, possibilitando ao comprador aceitar parcialmente a prestação, *ex vi*, do artigo 314 do Código Civil, que parece facultar ao credor a aceitação da prestação, dando-se por resolvido o contrato no tocante à prestação ou parte da prestação inadimplida, convertendo-se a mora em inadimplemento definitivo parcial¹⁰⁰⁸.

Também se concebe a resolução parcial no caso de mora que atinja a totalidade da prestação, bastando que o interesse do credor abranja parte da prestação em atraso, como é o caso do contrato de mandato oneroso para a prática de diversos atos, tendo a demora feito com que o mandante perdesse o interesse em alguns deles, eis que mais urgentes. Poderá dar por resolvido o contrato quanto à porção urgente, tornada inútil em razão da mora¹⁰⁰⁹.

Separa-se a resolução parcial em objetiva ou subjetivamente parcial, conforme diga respeito à cindibilidade do objeto ou das pessoas contratantes.

Quanto à resolução objetivamente parcial, tem-se a redução do objeto do negócio jurídico. Pode a cindibilidade ocorrer por meio de cláusula resolutiva que reprima objetivamente eventual resolução a parte do negócio, mantendo a eficácia do restante do regulamento contratual não afetado pela parte resolvida¹⁰¹⁰. Ou mesmo, e independentemente da fonte do direito resolutivo, em hipóteses de obrigação de fazer exemplificadas pelo contrato de empreitada, existente a divisibilidade, se for do interesse do contratante receber a parte concluída da obra, ou se o contrato for para a construção

¹⁰⁰⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo de. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 313-338, 334.

¹⁰⁰⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo de. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 313-338, 334.

¹⁰¹⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 40.

de obras independentes (cinco prédios, por exemplo), será admissível, em tese, a resolução parcial¹⁰¹¹.

Já a resolução subjetivamente parcial ocorre em negócios jurídicos conjuntos, em que mais de uma pessoa integra uma mesma parte – polo contratual –, e multilaterais, quando são formados por mais de duas partes – ou polos.

O Código Civil italiano prevê, em seu artigo 1459¹⁰¹², que, nos contratos plurilaterais, o incumprimento de uma das partes não importa a resolução do contrato em relação à outra, exceto quando a falta, segundo as circunstâncias, deva ser considerada essencial.

No âmbito do Direito português¹⁰¹³, em contrato com múltiplas partes, havendo incumprimento apenas de um dos contraentes, a resolução poderá se dar em relação a este, mantendo-se o acordo em vigor em relação aos demais, mas desde que a parte excluída do negócio jurídico não inviabilize a manutenção do contrato em relação aos demais.

Ainda, contudo, que o incumprimento atinja apenas uma das partes contratantes, o exercício do direito resolutivo dependerá de todos os contraentes, na suposição de que todos são afetados pela alteração do equilíbrio global do negócio. Suscita-se a possibilidade de exoneração da parte afetada em seu legítimo interesse, sem prejuízo das perdas e danos, a fim de que não se mantenha unida ao negócio jurídico que não mais atenderá ao seu interesse contratual, ao mesmo tempo em que a parte violadora de seu interesse permanece no pacto apenas porque as demais partes do contrato

¹⁰¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 755.

¹⁰¹² “Art. 1459.

Risoluzione nel contratto plurilaterale.

Nei contratti indicati dall'articolo 1420 l'inadempimento di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.”. Tradução livre: “Nos contratos indicados no artigo 1420.º, o incumprimento de uma das partes não conduz à resolução do contrato em relação às outras, a menos que a falha na execução deva, consoante as circunstâncias, ser considerada essencial.”.

¹⁰¹³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 43.

plurilateral não aquiesceram à sua exclusão por meio da resolução parcialmente subjetiva¹⁰¹⁴.

IV.6. Inadimplemento anteriormente à época para cumprimento

É de se cogitar na possibilidade de inadimplemento anteriormente à época prevista para o cumprimento, denominado simplesmente *inadimplemento antecipado*¹⁰¹⁵, *quebra antecipada do contrato*¹⁰¹⁶, *inadimplemento antecipado da obrigação contratual*¹⁰¹⁷ ou *inadimplemento anterior ao termo*¹⁰¹⁸. Mais amplamente, refere-se a *inadimplemento anterior à época para cumprimento*¹⁰¹⁹.

Como já se viu, por ocasião da avaliação da atualidade da obrigação, a ensejar o inadimplemento, como regra, o devedor tem o direito de executar a prestação no prazo,

¹⁰¹⁴ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 43.

¹⁰¹⁵ MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 391, mai.-jun. 2007, p. 159-188, 164.

¹⁰¹⁶ JÚNIOR, Ruy Rosado Aguiar. *Extinção do contrato por inadimplemento do vendedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 126.

¹⁰¹⁷ ZANETTI, Cristiano de Souza. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: JR. Alberto Amaral; BASSO, Maristela; JR. Umberto, Celli (Coord.). *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 312-332.

¹⁰¹⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 122.

¹⁰¹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 82. Sobre a figura, ver, entre outros: TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977. VILELLA, João Baptista. *Sanção por inadimplemento contratual antecipado: subsídios para uma teoria intersistemática das obrigações*. Belo Horizonte: Del Rey, 1966; ZANETTI, Cristiano de Souza. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: JR. Alberto Amaral; BASSO, Maristela; JR. Umberto, Celli (Coord.). *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 312-332; MARTINS, Guilherme Magalhães. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 36. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez. 2008, v. 9, n. 36, p. 77-106; SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 3-39; MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado do contrato do Direito brasileiro: configuração e limites. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2009, v. 885, p. 30-48; JÚNIOR, Ruy Rosado Aguiar. *Extinção do contrato por inadimplemento do vendedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991; MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 391, mai.-jun. 2007, p. 159-188.

sem que possa ser constrangido a antecipá-la, significando que, na generalidade dos casos, não resta ao credor senão aguardar o decurso do lapso temporal pactuado¹⁰²⁰.

De certa forma, portanto, a teoria do inadimplemento anterior à época para cumprimento desafia essa concepção, em que o vencimento é tido como ponto de virada na vida do crédito, visto que passa a ser exigível, afirmando que pode haver inadimplemento tanto antes como depois do vencimento da obrigação¹⁰²¹.

De fato, o direito resolutivo, previsto nos artigos 474 e 475 do Código Civil, é formativo extintivo e depende do fato do incumprimento ou da situação de inadimplência, o que só se configurará, em tese, relativamente ao tempo, nas obrigações a termo, quando alcançado o termo preestabelecido, o que é reforçado pelo artigo 333 do Código Civil, bem assim pelo seu artigo 939, determinando a responsabilidade por danos de quem cobrou dívida antecipadamente. Ainda assim, doutrina e jurisprudência construíram caminho sem tocar, especificamente, o cumprimento do contrato, mas de requerer sua extinção pela via resolutiva¹⁰²².

Trata-se de importante proteção ao credor diante da relação contratual estéril, incapaz de produzir os efeitos para os quais foi constituída, em razão da precoce configuração do inadimplemento, pois se exigir do credor inércia diante de tal situação seria apego a formalismo que há muito se abandonou. Ao mesmo tempo, deve-se cuidar para que o instituto não sirva de válvula de escape a credor que, arrependido do negócio celebrado, aproveite-se de conduta duvidosa do devedor para se liberar da indesejada relação contratual, sob a falsa alegação de inadimplemento¹⁰²³.

¹⁰²⁰ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 312-332, 313-314.

¹⁰²¹ FARRAJOTA, Joana. Anticipatory breach no direito português? In: FREITAS, José Lebre de; DUARTE, Rui Pinto; CRISTAS, Assunção; NEVES, Vitor Pereira das; ALMEIDA, Marta Tavares de. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011, v. 2, p. 287-320, 289.

¹⁰²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 763.

¹⁰²³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 159; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 110-111.

A ideia é de que, à luz da relação obrigacional como processo, o devedor se encontra sempre – e não só no devido termo – em estado de sujeição à finalidade do adimplemento¹⁰²⁴. Muitas das trocas são instantâneas, outras tantas dependem de atos preparatórios tendentes ao adimplemento, pelo que o prazo para cumprimento viabiliza o adimplemento da prestação pelo devedor, propiciando-lhe tempo para elaborá-la¹⁰²⁵.

O Enunciado 437, aprovado na V Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários, estabelece que: “art. 475 – a resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado”. Assim, conquanto – a exemplo do que ocorre no direito português¹⁰²⁶ – a lei civil brasileira não faça referência ao instituto¹⁰²⁷, é admitida sua aplicabilidade.

Adveio¹⁰²⁸ do direito contratual inglês, na figura do *anticipatory breach of contract*, também sendo aplicada, sob a denominação mais comum de *anticipatory repudiation*, nos Estados Unidos da América, contando com previsão específica na Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, do ano de 1980 (“CISG”)¹⁰²⁹, internalizada ao direito brasileiro por meio do

¹⁰²⁴ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 36.

¹⁰²⁵ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos*. temas atuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 69.

¹⁰²⁶ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolútorio: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 61.

¹⁰²⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 123-124.

¹⁰²⁸ Para mais sobre a origem e expansão do instituto, ver, entre outros: CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 53 e ss.; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 137 e ss. AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977, p. 101 e ss. FARRAJOTA, Joana. *Anticipatory breach no direito português?* In: FREITAS, José Lebre de; DUARTE, Rui Pinto; CRISTAS, Assunção; NEVES, Vitor Pereira das; ALMEIDA, Marta Tavares de. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011, v. 2, p. 287-320.

¹⁰²⁹ “Artigo 72:

- (1) Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste.
- (2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações.
- (3) Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações.”

Decreto Legislativo nº 538/2012, e promulgada pelo Decreto nº 8.327/2014, sendo, pois, aplicável aos contratos de compra e venda de mercadorias no campo do comércio internacional¹⁰³⁰. Também é prevista entre outros, pelos princípios UNIDROIT (artigo 7.3.3) e pelos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, sob a intitulação de *anticipatory non-performance*.

No Brasil, a principal obra de relevo que trouxe a adaptação do instituto da *common law* é de autoria de Fortunato Azulay. Valendo-se do então vigente artigo 1903 do Código Civil (“o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”), expõe que a expressão a mesma forma se refere tanto à legitimação das partes e às formalidades legais do ato, como à forma de manifestação da vontade. Aduz, então

[q]ue se poderá construir uma teoria sistemática da inexecução antecipada do contrato no direito brasileiro, com fulcro no direito da *common law*, mas, principalmente, com base nos princípios legais, doutrinários e jurisprudenciais de nosso direito tradicional. Não podemos deixar de construir e acompanhar as novas tendências do direito das obrigações em sua proteção ao crédito e à economia, como atualmente se ampliam e se desenvolvem¹⁰³¹.

A inexecução antes da época pressupõe que o devedor declare, expressa ou tacitamente – regendo-se pelo princípio da liberdade de forma¹⁰³², nesse sentido –, que não cumprirá o contrato, recusando o adimplemento, em repúdio à avença, alcançando a conduta marcada por clara inércia, desídia ou ausência de mínima diligência, sempre exprimindo, inequivocadamente, que a dívida não será satisfeita, pois não há intento de solvê-la. Como qualquer espécie de incumprimento, exige-se que seja imputável ao

¹⁰³⁰ NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 82 e ss. Os princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais, que possibilitam às partes convertê-los em termos contratuais se assim ajustado entre elas, também consagram o instituto, em seu artigo 7.3.3: “Artigo 7.3.3 (Inadimplemento antecipado) Uma parte poderá extinguir o contrato, se, anteriormente ao termo de execução do contrato, resulta claro que haverá inadimplemento essencial pela outra parte”. Também o art. III – 3 504 do Draft of a Common Frame Reference: “III. – 3:504: *Termination for anticipated non-performance. A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental*”. Tradução livre: “III – 3.504: Término por descumprimento antecipado. O credor pode encerrar o contrato antes de o cumprimento de uma obrigação contratual ser devida se o devedor tiver declarado que haverá descumprimento da obrigação ou se de outra maneira restar claro que haverá descumprimento e tal descumprimento for relevante”.

¹⁰³¹ AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977, p. 74.

¹⁰³² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 63.

devedor, pelo que é culposo, mas incidindo, por questão lógica, apenas nas relações obrigacionais a termo, com execução diferida, seja instantânea, seja continuada, quer seja em contrato unilateral, quer seja em contratos bilaterais, podendo constar, ainda, de cláusula resolutiva expressa¹⁰³³.

Deve a declaração ser séria, inequívoca e ilegítima¹⁰³⁴. É o caso de pré-inadimplência contratual constituindo inexecução *in potentia*, forte bastante para determinar a resolução do contrato¹⁰³⁵.

Sob outro viés, invocam-se pressupostos para sua efetivação, de ordem positiva – existência de prestação sujeita a termo – e de ordem negativa – inexistência de impossibilidade de prestação, absoluta e permanente, por causa não imputável ou imputável ao devedor que, nesse último caso, faculta ao credor o direito resolutivo, sendo desnecessária a criação de nova figura para abarcar a situação¹⁰³⁶.

Violada a prestação devida antes do termo, há antecipação da exigibilidade da prestação, pois o direito ao benefício do termo que não realiza a função para a qual foi concebido não merece guarida pelo ordenamento jurídico, devendo ser desconsiderado e a prestação, exigível¹⁰³⁷.

Note-se, porém, que o vencimento antecipado da dívida – e, portanto, a garantia atípica de cumprimento de prestação – não se confunde com nem dá azo à resolução antecipada do contrato.

O inadimplemento antecipado do contrato tem gênese nos atos do devedor que demonstrem, com elevado grau de certeza, a intenção ou a impossibilidade culposa de cumprir a sua prestação, conferindo ao credor o direito resolutivo, posto ser-lhe inútil

¹⁰³³ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 89.

¹⁰³⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos. I. perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 76.

¹⁰³⁵ AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977, p. 53.

¹⁰³⁶ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90 e ss.

¹⁰³⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 112-113.

aguardar o advento do termo. Acarretará, como se viu, a antecipação da exigibilidade da prestação.

Dada a excepcionalidade da invocação da doutrina, o inadimplemento imputável dever ser caracterizado como grave violação do contrato, com plena certeza de que o cumprimento não se dará até o vencimento, não se bastando alta probabilidade de inadimplemento, antevista pelo credor, embora possa, tal hipótese, ser regida sob a forma de exceção de insegurança, nos termos do artigo 477 do Código Civil¹⁰³⁸.

Tal critério passa pela certeza do não cumprimento, que é evidenciada por meio de declaração, que pode consistir em comportamentos, os quais expressem, com clareza, que o devedor não cumprirá o avençado na época prevista para pagamento. Nessas circunstâncias, não há motivos legítimos para que o credor aguarde a época de pagamento para que possa perquirir os efeitos do inadimplemento declarado, o que encontra resguardo na boa-fé e possibilita, em tese, ao lesado mitigar seu prejuízo¹⁰³⁹.

A declaração ensejadora da aplicabilidade do instituto deve ser inequívoca, peremptória, séria e definitiva, isto é, deve-se ter em causa declaração não viciada, com ausência de pedidos de esclarecimento pelo credor e que mostre intenção categórica, o propósito claro de o devedor não cumprir, sendo pura, revelando-se intenção consciente e definitiva de trocar o contrato pelas consequências de sua inexecução¹⁰⁴⁰.

Apesar disso, pelo menos sob o viés interpretativo da norma constante do artigo 72 da CISG, a configuração da quebra antecipada não se subordina à certeza absoluta quanto ao inadimplemento, nem é suficiente para o caracterizar o mero risco de descumprimento, exigindo-se, para tanto, probabilidade substancial de inadimplemento¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 769-771.

¹⁰³⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 89-90.

¹⁰⁴⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutorio: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 62-63.

¹⁰⁴¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 135.

De qualquer forma, cediço é que o risco de descumprimento não enseja a aplicação do instituto, pelo que, havendo apenas *fumus boni iuris* do inadimplemento antecipado, conveniente é que a parte se valha de outros remédios, como medidas prévias e acautelatórias, antes de se decidir, própria e diretamente, pela resolução do contrato¹⁰⁴².

A certeza de descumprimento pode configurar-se, por exemplo, ante omissão do devedor em atividades preparatórias ou instrumentais, pela declaração de impossibilidade de adimplir ou pela ação do devedor que vai em sentido contrário ao da prestação, como ocorre na venda da mercadoria a ser entregue, exigindo-se, em todos os casos, demonstração inequívoca de incumprimento¹⁰⁴³.

Conforme explicado, é concebível nada ter o devedor providenciado com vistas ao cumprimento, tornando fatal o inadimplemento, bastando supor o empreiteiro que, subordinado a prazo de dois meses para a conclusão da obra, findo o primeiro mês, nem sequer lançou as fundações, inviabilizando a obediência ao prazo¹⁰⁴⁴.

Nesses casos ocorre manifestação tácita de não adimplemento¹⁰⁴⁵, não bastando o mero retardo dos atos preparatórios ou de execução, impondo-se que a intempestividade impossibilite o adimplemento da prestação.

Por outro lado, o vencimento antecipado da dívida não está, obrigatoriamente, relacionado ao inadimplemento antecipado, visto que a antecipação da dívida está vinculada ao tempo de pagamento e, portanto, apenas antecipa a exigibilidade da prestação, sendo irrelevante o abalo, ou não, do interesse e da utilidade da mesma prestação ao credor – o que é de suma importância para a caracterização do inadimplemento absoluto ou da violação positiva do crédito que confere o direito resolutivo antecipado do contrato.

¹⁰⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2003, p. 504.

¹⁰⁴³ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 24 e ss, 36, 109 e ss.

¹⁰⁴⁴ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 87.

¹⁰⁴⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 168.

Guilherme Magalhães Martins separa os casos de inadimplemento antecipado sob duas vertentes: situações que envolvem o descumprimento de dever acessório, com possibilidade de gerar, no futuro, mora ou inadimplemento absoluto; e casos em que há quebra de dever lateral, em razão de ato contrário ao cumprimento da prestação principal ou da própria declaração de inadimplir, aproximando-se da violação positiva do crédito¹⁰⁴⁶.

Quanto à última situação, acima exemplificada, esclarece Jorge Cesa Ferreira da Silva¹⁰⁴⁷ que o descumprimento não provoca, em cadeia causal necessária, a não realização futura da prestação, mas consubstancia desde logo um ataque à relação de confiança existente entre as partes, hipótese em que a anunciação do inadimplemento pelo devedor não viola dever de prestação, mas lateral, pelo que se aplica a disciplina da violação positiva do crédito.

Assim, como notado¹⁰⁴⁸, a declaração, pelo devedor, de que não cumprirá o contrato é manifesto inadimplemento de dever lateral de lealdade e cooperação, pois expõe vontade oposta à fiel execução do contrato, o que, na visão deste autor, acarretaria duplo fundamento para a resolução: a decorrente do inadimplemento antecipado, temperada pela inobservância dos deveres laterais, com sua violação positiva.

De qualquer forma, deve a prestação enjeitada afetar a utilidade da obrigação ao credor, sob pena de ter-se apenas mora antecipada – e não, necessariamente, inadimplemento absoluto ou violação positiva do crédito – o que possibilitaria suscitar a

¹⁰⁴⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 36. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez. 2008, v. 9, n. 36, p. 77-106. Para Luiz Philipe Tavares de Azevedo, contudo, ter-se-ia hipótese de violação negativa do crédito, já que nas hipóteses de inadimplemento antecipado, justamente porque se está na presença de um termo de vencimento da prestação principal, esta não é exigível, e não se cogita de sua efetivação. (CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 106).

¹⁰⁴⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 264.

¹⁰⁴⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 261; CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90 e ss.; MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 391, mai.-jun. 2007, p. 159-188, 172.

exceção de insegurança, prevista no artigo 477 do Código Civil¹⁰⁴⁹, garantia especial imprópria derivada de lei¹⁰⁵⁰.

Com efeito, somente o inadimplemento de deveres preparatórios e instrumentais ou de lealdade e cooperação não basta para a plena configuração do inadimplemento antecipado do contato, sendo necessária uma consequência direta do inadimplemento de ditos deveres laterais, qual seja, a frustração da finalidade contratual que se pode apreender antes do termo de vencimento¹⁰⁵¹ – o que direciona a discussão ao interesse do credor, assunto já tratado neste trabalho.

O inadimplemento antecipado gera para o credor o direito de ser indenizado pelos prejuízos sofridos, além de, alternativamente, consoante o artigo 475 do Código Civil, conferir-lhe o direito resolutivo ou do cumprimento do contrato pelo equivalente, se assim preferir¹⁰⁵². Com o inadimplemento antecipado, mesmo ausente previsão legal, tem-se a perda do benefício do termo, sendo que a declaração de não cumprir equivale à renúncia implícita ou mesmo decadência voluntária do aludido benefício, já que o favor legal que milita em favor do devedor, conforme artigo 133 do Código Civil, deve ser considerado renunciado por comportamento próprio. Aplicam-se, assim os efeitos legais da inexecução, que não se limita à resolução.

IV.7. Conclusões parciais

As contratações ESG têm especial relevo no âmbito dos negócios jurídicos empresariais, com proteção de interesses muito específicos por parte dos contraentes, exigindo, muitas vezes, em caso de seu descumprimento, decisões comerciais e jurídicas rápidas entre os contraentes, como a de resolver ou não determinado contrato. Podem

¹⁰⁴⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 91.

¹⁰⁵⁰ Ver a respeito: GUILHARDI, Pedro. Breve panorama das garantias especiais impróprias e o controle de risco. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Processo, jan./jun. 2021, v. 28, n. 1, p. 197-228.

¹⁰⁵¹ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 115.

¹⁰⁵² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 244-245. No mesmo sentido: NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 90.

significar, na prática, crise reputacional perante o mercado ou exposição patrimonial perante a contraparte.

A relevância da tomada de decisão é potencializada pela globalização da difusão das informações, sendo que o *damage control* evoluiu ao paradigma do *adapt or die*.

O remédio resolutorio tem por fundamento o defeito funcional da causa que compromete a idoneidade do programa contratual inicial para realizar os interesses dos contraentes, não estando em jogo, apenas, o incumprimento de prestação sinalagmáticas.

Releva-se a proteção do interesse, assim concebido, a partir da sua utilidade, isto é, da função exercida pela obrigação, remetendo-se à disciplina da estrutura da obrigação.

A relação jurídica evolui da existência de mero vínculo jurídico para a relação obrigacional, complexa e dinâmica, valorizando o todo e se concretizando por meio de vários elementos que se encadeiam processualmente em atenção a uma finalidade. A obrigação deixa de ser vínculo jurídico estático, em que somente a denominada relação obrigacional simples é concebida, para se tornar mutável, com modelação pela História e, por isso, variante. É constatação de relevo no âmbito das contratações ESG, cujas funções são exercidas em contexto específico de emersão e consolidação dos fatores ESG.

Em sua dinâmica complexa, a obrigação abrange deveres de prestação, compreendendo o dever principal e os secundários ou anexos à obrigação principal ou acidentais de prestação.

O dever principal constitui o fulcro ou núcleo dominante da relação obrigacional, para atingimento da finalidade almejada, daí que, normalmente, o dever principal ou primário confere a definição da tipologia contratual, atribuindo-lhe individualidade própria. Caracteriza a obrigação.

As *contratações ESG principal* e as *contratações ESG qualitativas do objeto* têm por prestação dever principal ou primário, que definirá a tipologia do negócio jurídico, conforme seja uma prestação de serviços para implementação ou aprimoramento de um programa de *compliance*, por exemplo, ou, ainda, um contrato de compra e venda para substituição de frota de veículos a combustão por elétricos. Atinem ao que prestar e

não ao como prestar. Integram indubitavelmente o sinalagma contratual (podem, ademais, afetar o preço do bem ou serviço objeto da contratação), sem o que o credor poderá exigir o cumprimento específico da prestação, exercendo os meios de defesa pertinentes, se ainda lhe for útil o adimplemento tardio, ou, em outra hipótese, resolver o liame obrigacional.

Os deveres de prestar secundários correspondem a prestações acordadas com o fim de complementar a prestação principal, sem a qual não fazem sentido. Dizem respeito a prestações outras, mas ainda diretamente ligadas à realização das primeiras, que caracterizam a prestação (deveres principais).

As espécies de contratações ESG descritas pelo trabalho não se enquadram, em si e isoladamente, nos deveres secundários, mas é evidente que lhes são pertinentes. Assim como toda e qualquer contratação, as *contratações ESG principais* e as *contratações ESG qualitativas do objeto* carregarão consigo os deveres secundários que lhes são típicos: deveres secundários meramente acessórios, visando preparar ou assegurar o perfeito cumprimento da obrigação – é o caso da guarda e conservação dos veículos elétricos objeto da venda no exemplo já citado; a obrigação de indenizar em caso de atraso na entrega de tais veículos – sobressaindo o dever secundário com prestação autônoma sucedânea da obrigação principal.

Do mesmo modo, as *contratações ESG conformativas do meio*, bem assim as *contratações ESG laterais*, tratadas no presente trabalho como representativas de deveres laterais, poderão carregar consigo a existência de deveres secundários meramente acessórios: no exemplo dado de gestão de recursos, a contratação de pessoal para que a equipe de gestores seja formada por 50% de pessoas do gênero feminino; se pactuada a necessidade de o contratante não praticar nenhum ato tipificado como corrupção nos termos da Lei Anticorrupção, que reavalie o seu *compliance* a fim de garantir que tal não suceda etc.

Já os deveres laterais desempenham função acessória do dever principal, assegurando seu exato cumprimento, à luz do interesse do credor, mas também para evitar danos a ambos os polos da contratação, o que não desprestigia sua importância, que pode ecoar na consecução da causa contratual concreta e no resultado útil da contratação.

Os deveres laterais concretizam-se em três grandes grupos: (i) deveres de proteção; (ii) deveres de lealdade e cooperação; e (iii) deveres de esclarecimento e informação.

As *contratações ESG conformativas do meio* e as *contratações ESG laterais* enquadram-se no regime de deveres laterais, mas com distinções. As *contratações ESG conformativas do meio* guardam maior pertinência com a prestação – deve-se prestar determinado serviço com equipe que conte com, pelo menos, 50% de pessoas do gênero feminino ou no âmbito do cumprimento do escopo contratual, o parceiro contratual não poderá se envolver em situação de corrupção –, ao passo que as *contratações ESG laterais* referem-se à conduta ou situação jurídica e pessoal da contraparte – o vendedor deverá, em sua operação, manter equipe que conte com, pelo menos, 50% de mulheres; não deverá implicar-se em situações que ensejem tipificação de corrupção nos termos da Lei Anticorrupção –, independentemente da relação com o objeto da contratação.

As *contratações ESG principais* e as *contratações ESG qualitativas do objeto* que conferem atributo específico ao objeto da prestação carregarão consigo os deveres de informar que lhe são típicos: a aquisição de veículos elétricos ensejará o dever do fornecedor de informar os perigos que o sistema elétrico acarreta, fornecendo informações e manuais de utilização, entre outros.

Entretanto o dever de informar pode constituir nas *contratações ESG principais* a própria prestação: a contratação de consultoria para implementação de programa de *compliance*, por exemplo, tem no dever de informar a sua principal característica, constituindo a prestação principal.

No que tange às *contratações ESG conformativas do meio* e as *contratações ESG laterais*, o dever de informar pode se acentuar como sucedâneo da prestação de ditas contratações. Se há o dever de não envolvimento em corrupção ou de não utilização de mão-de-obra escrava no processo produtivo, a existência de investigação, por exemplo, em tais esferas, ensejará o dever de informar ao parceiro contratual, especialmente se, com a contratação, o credor vise resguardar-se de implicações reputacionais que a corrupção ou utilização de mão-de-obra escrava em seu processo produtivo poderá ocasionar.

Quanto à espécie de dever de segurança, vale citar, por exemplificativa, a situação de fornecimento de produto a que, ao dever de entrega da quantidade e qualidade contratadas – interesse de prestação –, ligam-se deveres laterais de proteção de bens jurídicos reputados fundamentais pelos contratantes, como o respeito à higidez de suas políticas empresariais – interesse de proteção. Ter-se-ia, pois, inadimplemento, com a denominada violação positiva do crédito se, em contrariedade às leis e às normas de *compliance* referenciadas no respectivo instrumento, o fornecedor extraísse a matéria prima ilegalmente da natureza ou se valesse de trabalho infantil em seu processo produtivo.

Em sua vertente de cooperação e lealdade, é certo que tais deveres são ínsitos às *contratações ESG principal* e às *contratações ESG qualitativas do objeto*, eclodindo como deveres laterais aplicáveis e exigíveis dos parceiros contratuais, independentemente de expressa regulação contratual.

De outro lado, a partir das *contratações ESG conformativas do meio* ou das *contratações ESG laterais*, o dever de cooperação e lealdade pode ser qualificado, no sentido de exigir dos contraentes, sabedores das funções tipicamente exercidas por tais modalidades de contratação, maior preocupação em agir de maneira cooperativa e leal com a contraparte.

Para determinar a existência, ou não, de direito resolutivo do credor, à luz dos deveres que compõem as diferentes contratações ESG, distingue-se entre o inadimplemento relativo ou mora, o inadimplemento absoluto e a violação positiva do crédito.

O inadimplemento é o não cumprimento da obrigação, nos devidos tempo, lugar e forma, por ato ou omissão imputável ao devedor, podendo, conforme a possibilidade da prestação, ser dividido em dois grandes grupos: (i) inadimplemento absoluto, em virtude da impossibilidade de cumprimento; e (ii) a mora, constituindo não cumprimento no lugar, tempo e forma devidos, mas em que ainda é possível e útil ao credor o adimplemento da prestação. Inadimplemento é, portanto, gênero, comportando duas espécies, o inadimplemento absoluto e a mora, inadimplemento relativo, mas abrangendo também (iii) a violação positiva do crédito, em que a impossibilidade de

cumprimento resulta da violação de deveres laterais – e não de deveres de prestação, como ocorre na hipótese de inadimplemento absoluto.

Exige-se a averiguação do interesse do credor. Se impossível adimplir a prestação por culpa do devedor ou, mesmo que materialmente passível de cumprimento, inexistir utilidade ao credor, sempre à luz de um critério subjetivo – daquele credor – e outro objetivo – naquele contexto, em que a função da contratação há de ser considerada –, resulta uma prestação insuscetível de purgação da mora, ensejando inadimplemento absoluto da obrigação. De outro modo, não cumprida a obrigação no tempo, modo e lugar devidos, se, sob o ponto de partida da função para a qual foram concebidas, revestirem-se de utilidade ao credor, tem-se a mora ou inadimplemento relativo, não outorgando ao credor o direito de optar pela resolução do instrumento, a não ser que pactuada tal possibilidade em cláusula resolutiva expressa.

Sob o ponto de vista da fonte, legal ou convencional, o direito resolutivo pode basear-se em cláusula resolutiva tácita ou expressa. Ao contrário da resolução fundada em cláusula resolutiva expressa, que apenas decorre do inadimplemento quando esse for hipótese prevista pelas partes no contrato, aquela fundamentada na cláusula resolutiva legal é autorizada tão somente se ocorrer inadimplemento definitivo, total ou parcial, assim entendido não apenas o fato de não ter sido executado o contrato, que tenha sido executado defeituosamente, mas, igualmente, quando a purgação da mora não é possível, ou não mais tenha utilidade para o credor.

Nesse contexto, sobressai que a cláusula resolutiva expressa exerce dupla função: de acelerar o procedimento de resolução do contrato, pois opera-se de pleno direito (ao contrário da cláusula resolutiva tácita), e de predeterminar o incumprimento que justifica a cessação, possibilitando que a resolução por motivos menores seja possível, pois expõe fundamentos resolutivos que as partes subjetivamente consideraram relevantes, mas que não o são do ponto de vista objetivo.

No cenário em que se distingue entre a gravidade da violação e os interesses do credor, construiu-se doutrinariamente o denominado adimplemento substancial, que acarreta a rejeição da resolução quando, apesar do incumprimento no tempo, modo e forma devidos, houve cumprimento parcial muito próximo ao previsto no contrato como resultado devido, limitando-se o direito a resolver, embora assegure ao credor o direito a

exigir o cumprimento ou a indenização pela mora. É que, em substância, a função da prestação foi plenamente atingida.

O descumprimento definitivo da obrigação principal do contrato, bem assim das prestações secundárias, dada a sua estreita subordinação à prestação principal – via de regra – implica a faculdade de o contratante fiel resolvê-lo, pois terão o condão de atingir o interesse do credor de maneira irremediável. Diferente é a situação envolvendo a eventual violação dos deveres de proteção ou laterais de conduta e, portanto, as contratações *ESG laterais e conformativas do meio*.

Não se quer com isso dizer que violação de tais contratações sejam insuscetíveis de conferir direito resolutivo ao credor. A possibilidade existe, mas sob outro fundamento, o da violação positiva do crédito.

Com o alargamento da concepção dos deveres laterais – que resultou, por sua vez, da noção da obrigação como processo –, há também ampliação da noção de adimplemento, abarcando todos os interesses envolvidos na obrigação, estendendo-se, portanto, dos deveres de prestação aos outros deveres de comportamento, os laterais, quer sejam os vinculados indiretamente à prestação, quer sejam os não-vinculados à prestação, relativos aos cuidados necessários devidos à pessoa e aos bens da outra parte expostos pela relação contratual.

Cria-se uma terceira figura, a da violação positiva do crédito pelo descumprimento de deveres de proteção que conduzam à perda da utilidade da prestação para o credor, exigindo-se, pois, inadimplemento imputável sem vinculação direta com os interesses do credor na prestação. Decorre de toda violação culposa da obrigação que não constitua mora nem impossibilidade, ampliando o modelo dicotômico da mora e inadimplemento absoluto para terceira via.

CONCLUSÃO

Retomam-se as perguntas que o trabalho pretendeu responder, a saber, inicialmente, o que são fatores ESG. Entende-se que fatores ESG integram a maneira como as corporações conduzem seus negócios, desgarrando-se da tradicional responsabilidade social corporativa e das atividades meramente filantrópicas. ESG ancora, portanto, uma responsabilidade social corporativa que se alinha aos negócios e objetiva ganho de valor e de mercado das instituições privadas, reduzindo-lhes, ainda, riscos empresariais.

A adoção das práticas ESG veio ao encontro da geração de valor em prol dos acionistas no longo prazo, visto que a consideração dos fatores ESG na escolha de investimentos não se limita ao espírito altruísta das companhias e dos investidores, mas tem efeitos diretos nos bons resultados empresariais.

ESG representa conceituação e conteúdo flexível, que pode variar no decorrer do tempo, do local em que considerado, do setor da indústria etc., sendo, pois – para além de representar verdadeiro termo “guarda-chuva” –, dinâmico e não uniforme.

Sua criação foi estrategicamente pensada, partindo-se do desenvolvimento sustentável e do papel das instituições privadas na preservação de um planeta que possa atender às gerações futuras. Tem por pressuposto que o mercado de investimento tem interesse próprio em contribuir para melhor gerenciamento dos aspectos sociais e ambientais, sendo que, desde o Relatório WCW, crescem em número os estudos que demonstram que o bom gerenciamento dos fatores ESG contribui para acrescer valor ao acionista, quer seja porque reduz riscos a eles relacionados, quer seja porque permite acesso a novos mercados, ou ainda porque, se antecipando às tendências dos consumidores, fortalece suas marcas e reputação. Para tanto, é importante que as companhias não priorizem fatores isolados do ESG, mas se concentrem em seu todo pertinente ao seu ramo de negócios.

ESG se revela pelo que o compõe, isto é, o conteúdo ambiental, o social e o de governança, no contexto que lhe deu origem, até o dos dias mais recentes.

À segunda pergunta, qual seja, o que são contratações ESG, pode-se afirmar que os fatores ESG, em sua origem, especificamente no relatório WCW, não detêm caráter vinculante nem obrigatório, mas assim podem ser concebidos pela via contratual, desde que as partes de um negócio jurídico decidam incluir obrigações nesse sentido em seus contratos.

As contratações ESG representam os braços da governança corporativa exercendo seu papel na dinâmica – de contratações – da companhia, constituindo a ponta visível de um *iceberg*, ele todo composto por fatores ESG.

Contratações ESG constituem regramentos contratuais que, refletindo um programa de governança corporativa ou equiparado, refiram-se a um ou mais conteúdos ESG, impondo ao contraente, quer seja por via de regramento expresso, quer seja por referência expressa ou *per relationem* a determinadas normas preexistentes, a observância futura do quanto acordado em tema ambiental, social e/ou de governança corporativa, criando entre as partes obrigações derivadas de sua pactuação.

Para que sejam contratações ESG tal como concebidas pelo presente estudo, não de estar presentes, em regra, dois critérios: o objetivo, concernente ao conteúdo da obrigação pactuada, que deve se ater às prestações com identidade de objeto com os fatores ESG, em todas as suas facetas, isolada ou conjuntamente; e o subjetivo-funcional, não bastando que as contratações ESG detenham algum conteúdo ESG — é preciso que o refletido em contrato seja parte da implementação dos fatores ESG tal como concebido em sua origem, isto é, por meio de um sistema de governança corporativa ou equiparado que institucionalize as práticas ESG, observadas as peculiaridades de cada ramo da indústria e da própria contratação específica, refletindo-se a governança por meio do contrato.

Quanto às espécies de contratações ESG e às funções exercem no âmbito da estrutura das obrigações, propôs-se que contratações ESG podem, em geral e via de regra, (i) constituir a prestação principal do contrato (*contratações ESG principal*), (ii) vincular-se à prestação principal do contrato ao qualificá-la, (*contratações ESG qualitativas do objeto*) ou (iii) estar desvinculadas do objeto da contratação, atrelando-se, pois, ou aos meios pelos quais determinado bem ou serviço será entregue (*contratações ESG*

conformativas do meio) ou à pessoa e esfera jurídica do devedor (*contratações ESG laterais*).

Exercem, em abstrato, funções como de resguardo à boa reputação e à marca, de criação, manutenção ou aperfeiçoamento de ativo empresarial próprio, sustentando um programa efetivo de governança corporativa, integrante do funcionamento da atividade empresarial e, como tal, elemento intangível de seu ativo.

Em sua dinâmica complexa, a obrigação abrange deveres de prestação, compreendendo o dever principal e os secundários ou anexos à obrigação principal ou acidentais de prestação.

O dever principal constitui o fulcro ou núcleo dominante da relação obrigacional, para atingimento da finalidade almejada, daí que, normalmente, o dever principal ou primário confere a definição da tipologia contratual, atribuindo-lhe individualidade própria. Caracteriza a obrigação.

As *contratações ESG principal* e as *contratações ESG qualitativas do objeto* têm por prestação dever principal ou primário, o qual definirá a tipologia do negócio jurídico, conforme seja uma prestação de serviços para implementação ou aprimoramento de um programa de *compliance*, por exemplo, ou, ainda, um contrato de compra e venda para substituição de frota de veículos a combustão por elétricos.

Já as *contratações ESG conformativas do meio* e *laterais* referem-se aos deveres laterais, sem íntima relação com o dever de prestar, mas como meio de se atingir a finalidade contratual (*contratação ESG conformativa do meio*) ou assegurar critérios mínimos de probidade envolvendo a situação pessoal e jurídica do devedor.

Por fim, quanto à dogmática que autoriza a resolução contratual por violação de obrigações pactuadas por meio de contratações ESG, deve-se passar pela existência, ou não, de direito resolutivo do credor, à luz dos deveres que compõem as diferentes contratações ESG, distinguindo-se entre o inadimplemento relativo ou mora, o inadimplemento absoluto e a violação positiva do crédito.

As *contratações ESG principais* e *qualitativas do objeto* dizem respeito ao que prestar e não ao como prestar.

Integram indubitavelmente o sinalagma contratual podendo mesmo afetar o preço do bem ou serviço objeto da contratação), sem o que o credor poderá exigir o cumprimento específico da prestação, exercendo os meios de defesa pertinentes, se ainda lhe for útil o adimplemento tardio. Ausente a utilidade, com impossibilidade de purgação da mora, tem-se a possibilidade de resolver o liame obrigacional, *com fundamento no inadimplemento absoluto*.

Exige-se, para tanto, a averiguação do interesse do credor. Se impossível adimplir a prestação por culpa do devedor ou, mesmo que materialmente passível de cumprimento, inexistir utilidade ao credor, sempre à luz de um critério subjetivo – daquele credor – e outro objetivo – naquele contexto, em que a função da contratação há de ser considerada –, tem-se prestação insuscetível de purgação da mora, ensejando inadimplemento absoluto da obrigação.

De outro lado, não cumprida a obrigação no tempo, modo e lugar devidos, se, sob o ponto de vista da função para a qual foram concebidas, revestirem-se de utilidade ao credor, tem-se a mora ou inadimplemento relativo, não outorgando ao credor o direito de optar pela resolução do instrumento, a não ser que a alternativa seja pactuada em cláusula resolutiva expressa.

Cientes de que o descumprimento definitivo da obrigação principal do contrato, bem assim das prestações secundárias, dada a sua estreita subordinação à prestação principal – via de regra –, implica a faculdade de o contratante fiel resolvê-lo, pois terão o condão de atingir o interesse do credor de maneira irremediável, diferente é a situação envolvendo os deveres laterais de conduta e, portanto, as contratações *ESG laterais e conformativas do meio*.

Não se quer com isso dizer que violação de tais contratações seja insuscetível de conferir direito resolutivo ao credor. A possibilidade existe, mas sob outro fundamento, o da violação positiva do crédito, pois tanto a mora como em especial o inadimplemento absoluto referem-se à prestação – jamais a deveres laterais.

Com o alargamento da concepção dos deveres laterais – que resultaram, por sua vez, da noção da obrigação como processo –, há também ampliação da noção de adimplemento, abarcando todos os interesses envolvidos na obrigação, estendendo-se, portanto, dos deveres de prestação aos outros deveres de comportamento, os laterais, quer

sejam os vinculados indiretamente à prestação, quer sejam os não-vinculados à prestação, relativos aos cuidados necessários à pessoa e aos bens da outra parte expostos pela relação contratual.

Assim que as *contratações ESG laterais* e as *contratações ESG conformativas do meio*, caso violadas, com perda do interesse que motivou a respectiva contratação em que inseridas tais cláusulas, resultaria na violação positiva do crédito. Exige-se, pois, inadimplemento imputável sem vinculação direta com os interesses do credor na prestação, além de justo motivo de desfazimento do vínculo, entre outros a quebra da confiança de uma parte em relação a outra como decorrência da violação ao dever lateral, apta a fulminar a função para a qual foi concebido o dever de prestar.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ABRIL, Patricia Sánchez; GREENE, Nicholas. Contracting correctness: a rubric for analyzing morality clauses. *Wash and Lee Law Review*, 2017, v. 74, n. 1, p. 3-76.

Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fwaslee74%26collection%3Dusjournals%26id%3D19%26startid%3D19%26endid%3D92>. Acesso em: 3 fev. 2023.

AFSHARIPOUR, Afra. ESG and board-shareholder engagement. In: *M&A*, 2022.

Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4301453. Acesso em: 14 jun. 2024.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

ALAREENI, Bahaaeddin Ahmed; HAMDAN, Allam. ESG impact on performance of US S&P 500-listed firms. *Corporate Governance*. v. 20(7). Emerald Publishing Limited, 2020, p. 1409-1428.

ALBUQUERQUE, R.; KOSKINEN, Y.; YANG, S.; ZHANG, C. Resiliency of environmental and social stocks. an analysis of the exogenous COVID-19 market crash. *The Review of Corporate Finance Studies*. v. 9. n. 3, 2020, p. 593-621.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. *A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro*. São Paulo: SRS, 2008.

_____. A função social da empresa: uma análise à luz do princípio de sua conservação. In: PERES, Tatiana Bonatti (Org.). *Temas relevantes de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 81-120.

ANDREZO, Andrea Fernandes. *Mercado de capitais: divulgação de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2024.

ARDUIN, Ana Lúcia Alves da Costa. O conselho fiscal e sua relevância para os sistemas de governança corporativa. In: PITTA, André Grunspun; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Direito societário e outros temas de direito empresarial aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 25-44.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019.

ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5: do direito das obrigações: (arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ASSUNÇÃO, Thiago. ESG and net zero emissions targets: accelerating climate action through private sector voluntary commitments. In: Brazil. *Revista Mosaicos Estudos em Governança, Sustentabilidade e Inovação*. Curitiba, v. 3, n. 1, 2021, p. 17-34.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. Os deveres no tráfego. In: _____. *Estudos de direito privado*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 123-144.

_____. Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta. In: _____. *Estudos de direito privado*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 517-566.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a rescisão unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva: causa final dos contratos de trato sucessivo; rescisão unilateral e seu momento de eficácia; interpretação contratual; negócio *per relationem* e preço determinável; conceito de compra de contrato e abuso de direito (Parecer). In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287-310.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182-198.

AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977.

BARBOSA, Mafalda Miranda. *Green bonds*. riscos e responsabilidade. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, maio 2019, p. 834-861. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/green-bonds-riscos-e-responsabilidade-mafalda-miranda-barbosa/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

BARTH, Florian; HÜBEL, Benjamin; SCHOLZ, Hendrik. ESG and corporate credit spreads. *Journal of Risk Finance*. v. 23 n. 2, 2002, p. 169-190.

BASSINELO, Everson. Medidas disciplinares. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 80-89.

BAX, Karoline; BONACCOLTO, Giovanni; PATERLINI, Sandra. Do lower environmental, social and governance (ESG) rated companies have higher systemic impact? empirical evidence from Europe and the United States. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*. 2022, p. 1-15. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/csr.2427>. Acesso em: 18 jul. 2023.

BENETON, Marco Antonio Hatem. A aplicação do sistema ESG ao processo de formação das leis: adaptação do processo legislativo ao mundo contemporâneo par ao enfrentamento de novos desafios no setor público. *Revista Jurídica Profissiona*. v. 1, n. 1, 2002, p. 4-18.

BHATTACHARYA, Tanushree. Morality clauses. a corporate's boon or athlete's bane? *Global Sports Policy Review*. v. 1. n. 2, 2021, p. 76-83. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2>

[FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgblspr1%26collection%3Djournals%26id%3D28%26startid%3D228%26endid%3D235](#). Acesso em: 3 fev. 2023

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. *A extinção da relação jurídica contratual por justa causa em contratos de longa duração*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

BICHARA, Maria Carolina. A Responsabilidade civil pós-contratual. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 100. jul./ago. 2019, p. 41-69.

BLACKROCK. Larry Fink's 2017 Letter to CEOs. Disponível em: <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/2017-larry-fink-ceo-letter>. Acesso em: 4 mar. 2023.

_____; Larry Fink's 2021 Letter to CEOs. Disponível em: <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/2021-larry-fink-ceo-letter>. Acesso em: 4 mar. 2023.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120-137.

BRAMMER, Stephen; PAVELIN, Stephen. Corporate governance and corporate social responsibility. In: WRIGHT, Mike; SIEGEL, Donald; KEASEY, Kevin; FILATOTCHEV, Igor (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 719-743.

BUONO, Kira N. Athletes sacked by moral turpitude clauses: presumed guilty unless proven innocent. *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2015, v. 41, p. 367-394. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fnejccc41%26collection%3Dusjournals%26id%3D381%26startid%3D381%26endid%3D408>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BUSNELLI, Francesco Donato. Clausola resolutive. *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffré, 1960, v. 7, p. 196-201.

BUSINESS ROUNDTABLE. *Statement on the Purpose of a Corporation*. ago. 2019. Disponível em:

https://system.businessroundtable.org/app/uploads/sites/5/2023/02/WSJ_BRT_POC_Ad.pdf. Acesso em: 28 jan. 2023.

CAMARGO, João Laudo de. Governança das sociedades de economia mista. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 577-602.

CAMPOS, Vinicius Medina; BERTACCHINI, Yago Alves; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Empresas ESG. uma nova perspectiva para enfrentar os desafios do capitalismo além da renda mínima. Londrina: *Scientia Iuris*, v. 26, n. 1, mar. 2022, p. 89-104.

CARDOSO, Monique de Oliveira. *Agenda ESG, substantivo feminino*. a relação entre presença de mulheres na alta liderança e sustentabilidade nas empresas Dissertação (Mestrado profissional em Administração de Empresas) — Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

CARRON, Blaise; WESSNER, Pierre. *Droit des obligations: partie générale*: v. 1. Berne: Stämpfli Editions, 2022.

CARVAJAL, Ana Fiorella; BEBCZUK, Ricardo. Capital markets development. causes, effects and sequencing: a literature review. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/701021588343376548/pdf/Capital-Markets-Development-Causes-Effects-and-Sequencing.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2024.

CARVALHO, André Castro; BANNWART, Elizabeth Marques. A Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP). adequando-as aos programas de governança em privacidade das empresas estatais. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Coord.). *Compliance no direito empresarial*. v. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 239-253.

CATRAN, Fabiano; CRESPO, Danilo Leme. Um novo *compliance* no setor de saúde suplementar para solução de um velho problema. as fraudes em órteses, próteses e materiais especiais (OPME). In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.).

Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, p. 475-498.

CHEFFINS, Brian. The history of corporate governance. Executive Remuneration. In: WRIGHT, Mike; SIEGEL, Donald; KEASEY, Kevin; FILATOTCHEV, Igor (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance.* Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 46-64.

CHIARAMONTE, Laura; DREASSI Alberto; GIRARDONE Claudia; PISERÀ, Stefano. Do ESG strategies enhance bank stability during financial turmoil? evidence from Europe. *The European Journal of Finance.* v. 28, 2022, p. 1173-1211.

COELHO, Antônio Augusto de Souza. Em defesa do *cross-compliance* no agronegócio brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade.* Belo Horizonte: Fórum, p. 499-522.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial.* Saraiva, 2012.

COHEN, Lauren; GURUN, G. Umit; BGUYEN, H. Quoc. THE ESG-innovation disconnect. evidence from green patenting. *NBER Working Paper Series.* Working Paper 27990, 2022. Disponível em: <https://www2.nber.org/papers/227990>. Acesso em: 27 jul. 2023.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações: introdução: sistemas e direito europeu: dogmática geral.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6.

_____. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 1984.

MOSS-CORDERO, Giuditta. *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law.* Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

COSTA, Ligia Maura. Responsabilidade social corporativa e compliance no setor da saúde. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance. visão prática.* São Paulo: CCBC, 2022, p. 154-167.

_____. ESG. caminho sustentável e inclusivo das empresas no mundo dos negócios jurídicos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 113-119.

CHRIST, Luiz Felipe. *Eventos ESG negativos. a influência no portfólio do investidor*. Dissertação (Mestrado em Economia) — Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 4, p. 63-78.

_____. Alienação de controle de companhia aberta. In: _____. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 76.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2022.

CRESCI, Paula Chaccur de; SERAPIÃO, Renata. ESG e *greenwashing*. tendências regulatórias na proteção ao consumidor. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 142-149.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In: _____.; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 53-70.

_____.; GUIMARÃES, Márcio Souza (Coord.). *Arbitragem coletiva societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2023

DADUSH, Sarah. Contracting for human rights. looking to version 2.0 of the ABA model contract clauses. *American University Law Review*. 2021 v. 68, p. 1518-1554. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3420479>. Acesso em: 25 jul. 2023.

DALCERO, Kátia; HOFFMANN, Valmir Emil. Influência do desempenho e do disclosure das práticas ambiental, social and governance (ESG) na resiliência

organizacional. *XLVI Encontro da ANPAD: EnANPAD*, 2022. Disponível em: <https://anpad.com.br/uploads/articles/120/approved/92ae5cfef57d9ef9a523753e45fc9b0b.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2024.

DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. dirigismo – imprevisão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. mar. 2011, v. 905, p. 843-860, s.p.

DARNALL, Nicole; JO Hyunjung; IWATA, Kazuyuki; AIMURA, Toshi H. Do ESG reporting guidelines and verifications enhance firms' information disclosure? *Corporate Social Responsibility Environmental Management*, 2002, v. 29, p. 1214-1230.

DHIR, Aaron A., Towards a race and gender-conscious. conception of the firm. canadian corporate governance, law and diversity. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper. 1/2009, 2009. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/116>. Acesso em: 8 ago. 2023.

DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. A concretização do conceito de desenvolvimento sustentável (uma análise jurisprudencial do conflito entre desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente). Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2010.

DIAS, Rui Pereira; SÀ, Mafalda de. Deveres dos administradores e sustentabilidade. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 33-86.

DINIZ, Lucas de Medeiros. *Arbitragem de investimento*. impactos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. São Paulo: Almedina 2022.

EPSTEIN, Caroline. Moral clauses: past, present and future. *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*. v. 5. n. 1, 2015, p. 72-106, 72. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fnyuinpe5%26collection%3Dusjournals%26id%3D77%26startid%3D77%26endid%3D111>. Acesso em: 3 fev. 2023.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. 3. ed. v. III. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

_____. *Reforma das S.A. e do mercado de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 161.

EUR-LEX (UNIÓN-EUROPEA). Directive 2014/95/eu of the european parliament and of the council of 22 October 2014. *Official Journal of the European Union*, L 330/1, EN, 15.11.2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095>. Acesso em: 7 ago. 2023.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAORO, Guilherme de Mello Franco. As novas fronteiras do inadimplemento. critérios para um exame funcional da distinção entre mora e inadimplemento absoluto. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 3-27.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1.

_____. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 2.

FARIAS, Aline Januário; BARREIROS, Nicolý. Análise da adoção da ASG (ambiente, social e governança) no mercado brasileiro e internacional. *Direito Internacional e Globalização Econômica*. 2020, v. 7, n. 7, p. 38-52.

FARRAJOTA, Joana. Anticipatory breach no direito português? In: FREITAS, José Lebre de; DUARTE, Rui Pinto; CRISTAS, Assunção; NEVES, Vitor Pereira das; ALMEIDA, Marta Tavares de. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011, v. 2, p. 287-320.

FERNANDES, Flavia Mouta; CULLER, Lucas Matuyama; PEREIRA, Anderson Felipe Aedo. O Novo Mercado e o mercado de capitais: uma história indissociável. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 455-484.

FERENZINI, Felipe; UELZE, Heloisa; FRIZZO, Henrique. Compliance no setor farmacêutico. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance. visão prática*. São Paulo: CCBC, 2022, p. 90-105.

FERRARA, Francesco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Tradução de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939.

FERRARINI, Guido; UNGUREANU, Maria Cristina. Executive Remuneration. In: GORDON, Jeffrey; RINGE, Wolf-Georg (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018, p. 334-362.

FERREIRA, Manuel Requicha. Administradores nomeados por minorias. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 111-140.

FILHO, Ary Oswaldo Mattos. *Direito dos valores mobiliários*. Rio de Janeiro: FGV, 2015, v. 1, t.1.

_____. Perplexidades do mercado de valores mobiliários. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 189-204.

_____; UEMA, Lie Carmo; PRADO, Viviane Muller; DUTRA, Marcos Galileu. Por mais diversidade nos reguladores do mercado de capitais e financeiro. JOTA, out., 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/disclosure/diversidade-reguladores-mercado-de-capitais-financeiro>. Acesso em: 17 out. 2024

FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário. eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

FILHO, Willis Santiago Guerra. TURQUETI, Daniele de Mattos Carreira. LIMA, Marcus Vinicius Rodrigues. A responsabilidade pelo enfrentamento de demandas sociais. a assimilação empresarial do conceito e a nova onda ESG. Curitiba: *Revista Jurídica Unicuritiba*. jan.-mar. 2021, v. 2, n. 63, p. 663-683.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. ESG (enviromental, social and corporate governance). A publicidade enganosa e a publicidade abusiva em face do direito empresarial ambiental brasileiro. *Revista Direito Culturais*. Santo Ângelo: jan.-abr./2022, v. 17, p. 207-223.

FORGIONI, Alessandra. *A cláusula de declarações e garantias nos contratos de compra e venda de participações societárias de controle*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

FORGIONI, Paula A. Apontamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais. Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. jan./mar. 2006, v. 141, p. 31-40.

_____. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FRADERA, Vera. Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, nov. 1998, v. 44, p. 144-152.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S. As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance*. perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, p. 71-104.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. *The New York Times Magazine*. New York, 13. set. 1970.

FURTADO, Gabriel Rocha. Inadimplemento por perda do interesse útil para o credor. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 51-82.

_____. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCIA, Rebeca. Cláusula resolutiva expressa. análise crítica de sua eficácia. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, set. 2013, v. 40, p. 285-320.

GELDEREN, Eduard Van.; OUELLET, David. Technology-supported investment management. In: BRIL, Herman; KELL Georg; RASCHE Andreas (Ed.). *Sustainability, technology and finance*. Rethink how markets integrate ESG. Routledge: Nova Iorque, 2023, p. 163-182.

GIGLIO, André. Compliance LGPD/GDPR. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 14-26.

GIRARDI, Viviane; CASTRO, Isabella Silveira de. Inadimplemento de deveres e a natureza jurídica da responsabilidade pós-contratual. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2021, v. 2, p. 85-116.

GODELINK, Raz. *Rethinking corporate sustainability in the era of climate crisis*. a strategic design approach. Suíça: Palgrave Macmillan, 2021.

GOETTENAUER, Carlos. Algoritmos de *credit score*, dados pessoais: um mapa regulatório para o *compliance* na análise de crédito. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 581-604.

GOMES, José Ferreira. *M&A*. Aquisição de empresas e de participações sociais. Lisboa: AAFDL, 2022.

_____. O papel da informação no direito dos valores mobiliários. In: _____. *Estudos dispersos*. direito mobiliário e bancário. Lisboa: AAFDL, 2021, v. 3, p. 11-32.

GONÇALVES, Diogo Costa. Artigo 227º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 7.

GOUVÊA, Carlos Portugal. *A estrutura da governança corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

_____. Contencioso de ESG. a nova fronteira do controle difuso. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 47-56.

_____; GÄRNER, Bruna Magalhães; GUERRA, João Paulo Braune. Governança corporativa e direitos humanos: uma análise empírica no novo mercado. *Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. 2019, v. 3, n. 2, p. 139-158.

Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30587/20580>.

Acesso em: 1 fev. 2023.

GOMES, Orlando. Seguro de crédito e negócio fidejussório. Cláusula “*solve et repete*”. In: *Novíssimas questões de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 267-280.

_____. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./2021, v. 93, p. 91-111.

_____. Os fatores ASG e a prática do greenwashing. *Boletim Revista dos Tribunais Online*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2021, v. 21 s.p.

GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GRODT, Jonas Adriel dos Santos. *Environmental social and governance (ESG): uma análise na perspectiva da sensibilidade da remuneração executiva ao desempenho de mercado*. Dissertação (mestrado em Ciências Contábeis) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2022.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Contrato de fiança. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti; PEREIRA E SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade; PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade (Org.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 409-419.

GUILHARDI, Pedro. Breve panorama das garantias especiais impróprias e o controle de risco. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Processo, jan./jun. 2021, v. 28, n. 1, p. 197-228.

_____. Garantias genéricas ou omnibus no direito brasileiro. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Processo, jan./jun. 2020, v. 26, n. 1, p. 213-249.

HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2010, v. 900, p. 45-84.

HANDL, Günther. Declaration of the United Nations Conference on the human environment (Stockolm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on the Environment and Development, 1992. *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2012. Disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf?_gl=1*19tluc3*_ga*MTIyNjk5MDM5OC4xNjk1MjE0NTQy*_ga_TK9BQL5X7Z*MTY5NTIxOTU3Mi4yLjEuMTY5NTIxOTYyMy4wLjAuMA. Acesso em: 20 set. 2023.

HAZENT, Thomas L. Corporate and securities law impact on social responsibility and corporate purpose. *Boston College Law Review*. 2021, v. 62 n. 3, p. 851-904.

HENISZ Witold; KOLLER, Tim; NUTTALL, Robin. Five ways that ESG creates value. getting your environmental, social, and governance (ESG) proposition right links to higher value creation. here's why. *Mckinsey Quartely*, nov. 2019, Disponível em: [https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/Strategy%20and%20Corporate%20Finance/Our%20Insights/Five%20ways%20that%20ESG%20creates%20value/Five-ways-that-ESG-creates-value.ashx#:~:text=From%20our%20experience%20and%20research,capital%20expenditures%20\(Exhibit%202\)..](https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/Strategy%20and%20Corporate%20Finance/Our%20Insights/Five%20ways%20that%20ESG%20creates%20value/Five-ways-that-ESG-creates-value.ashx#:~:text=From%20our%20experience%20and%20research,capital%20expenditures%20(Exhibit%202)..) Acesso em 18 jul. 2023.

HENRIQUES, Sérgio Coimbra. Cláusula de garantia e segurança. entre a autonomia da vontade e o dever de cumprir. alguns aspectos. *Revista de Direito das Sociedades*, Lisboa, v. 6, n. 3/4, 2014, p. 643-718.

HILLER, Madeleine. Global business Leaders Support ESG convergence by committing to Stakeholder Capitalism Metrics. *Fórum Econômico Mundial*. 26 jan. 2021. Disponível em: <https://www.weforum.org/press/2021/01/global-business-leaders-support-esg-convergence-by-committing-to-stakeholder-capitalism-metrics-73b5e9f13d/>. Acesso em: 28 jan. 2023.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauros de Sales. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUBER, Betty Moy; COMSTOCK, Michael. ESG reports and ratings. what they are, why they matter. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. jul. 2017. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/07/27/esg-reports-and-ratings-what-they-are-why-they-matter/>. Acesso em: 9 ago. 2023.

JÚNIOR, Nilson Lautenschleger. *Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro*. ensaio de uma reflexão crítica e comparada. São Paulo: Malheiros, 2005.

JÚNIOR, Ruy Rosado Aguiar. *Extinção do contrato por inadimplemento do vendedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

JUNQUEIRA, Carolina Bueno. *Risk assessment* para programas de compliance efetivos. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 38-51.

JUNQUEIRA, Carlos Augusto. Valores mobiliários para inclusão social: moradia independente de pessoas com deficiência intelectual – breve nota sobre *Ability Housing* e o Instituto JNG. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 241-246.

KATHERIA, Tushar. Importance of moral clause in sports contracts. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 3. n. 3, 2020, p. 2025-2034. Disponível em: <https://heionline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fijlmhs5%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029>. Acesso em: 3 fev. 2023.

KNOEPFEL, Ivo; HAGART, Gordon. Future proof?: embedding environmental, social, and governance issues in investment markets – outcomes of the Who Cares Wins Initiative 2004-2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/681662>. Acesso em 28 jan. 2023.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, jul./dez./2012, v. 2, a. 1, p. 1-24, 23. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/45>. Acesso em: 10 abr. 2024.

KREMER, Bianca; PALMEIRA, Mariana M. A compreensão do encarregado: diferentes perfis, requisitos e qualificações. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas.

Compliance e políticas de proteção de dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 623-645.

KRISHNA, Rohit. The need to reset morality clause in athlete contracts. *Global Sports Policy Review*. v. 2. n. 1, 2021, p. 70-79. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fgblspr%26collection%3Djournals%26id%3D70%26startid%3D70%26endid%3D79>. Acesso em: 3 fev. 2023.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1.

LA TORRE, Mario; MANGO Fabiomassimo, CAFARO, Arturo; LEO Sabrina. Does the ESG index affect stock return? evidence from the Eurostoxx50. *Sustainability*. v. 12, 2020. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/16/6387>. Acesso em: 17 abr. 2024.

LAURENTIZ, Victória Vitti. ESG (enviromental, social and governance) e o dilema dos indicadores. a construção de uma agenda sobre a legislação de devida diligência nas cadeias produtivas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 197-215.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. introdução da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1.

LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, 2017, v. 12, p. 37-58.

LEM, Stanislaw. Vieses algorítmicos e desigualdades na concessão de limite de crédito. In: ROSA, Fabiano Machado da; COSTA, Luana Pereira da. (Org.). *Compliance antidiscriminatório*. lições práticas para um novo mundo corporativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 111-125.

LINDOSO, Maria Cristina. O uso do compliance e das políticas de proteção de dados como formas de coibir a discriminação algorítmica – como essas ferramentas podem resguardar as empresas, proteger os usuários e ainda ajudar na diminuição da discriminação de minoria. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 319-340.

LIPSON, Jonathan. Promising Justice: contract (as) social responsibility. *Wisconsin Law Review*. 2019, p. 1109-1160. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3508766. Acesso em: 5 abr. 2024.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUCIA, Caterina De; PAZIENZA, Pasquale; BARLETT, Mark. Does good ESG lead to better financial performance by firms? machine learning and logistic regression models of public enterprises in Europe. *Sustainability*. v. 12, 2020, s.p. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/13/5317>. Acesso em: 30 jan. 2023.

LUO, Di. ESG, liquidity, and stock returns. *Journal on International Financial Markets, Institutions & Money*. Elsevier B.V. v. 78, 2002, s.p.

LUPION, Ricardo. A empres(ESG) e seus atributos. In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo Monteiro de; CAMPINHO, Sérgio (Org.). *Direito empresarial e suas interfaces*. homenagem a Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, v. 1, p. 449-468.

MA, Winston. Finance, sustainability and technology. In: BRIL, Herman; KELL Georg; RASCHE Andreas (Ed.). *Sustainability, technology and finance*. rethinking how markets integrate ESG. Routledge: Nova Iorque, 2023, p. 184-192.

MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: _____. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1, p. 125-193.

MARTINEZ, Pedro Nuno Tavares Romano e Soares. *Cumprimento defeituoso*. em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 1994.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 36. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez. 2008, v. 9, n. 36, p. 77-106.

MARTINS, Mayra. *A relação da divulgação das práticas ESG com o valor de mercado das empresas brasileiras de capital aberto*. Dissertação (Mestrado em Ciências) — Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____ ; XAVIER, Rafael Branco. Fatores ESG e cláusulas ESG. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LEMES, Selma Ferreira; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A evolução do Direito no século XXI: homenagem ao Professor Arnaldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022, v. 2. p. 313-336.

_____. O *trust* e o Direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2017, v. 17, p. 165-209.

_____. A recepção do incumprimento antecipado do contrato do Direito brasileiro: configuração e limites. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2009, v. 885, p. 30-48.

MATIAS, Tiago dos Santos. Notas sobre a remuneração dos administradores, governo societário e empresas de investimento. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Administração e governação das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 309-330.

MATOS, Pedro. *ESG and responsible institutional investment around the world. a critical review*. CFA Institute Research Foundation, 2020.

MARCHILLI, Rafael Nardi. O greenwashing nos informes ESG como ilícito. In: SAADDINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 161-172.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo de. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 313-338.

MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 391, mai.-jun. 2007, p. 159-188.

MENESES, Lilian Lima. *O Impacto das práticas ESG sobre o custo da dívida. evidência para os EUA, Europa e Brasil*. Dissertação (Mestrado em Economia e Administração de Empresas) — Universidade do Porto, Porto, 2021.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial, tomo XXII: direito das obrigações*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MISALE, Guilherme; ZICHI, Tatiane. Canal de denúncias. um aliado para a integridade e para a agenda ESG. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 126-139.

MONK, Ashby; ROOK, Dane. Resilience as an analytical filter for ESG data. In: BRIL, Herman; KELL Georg; RASCHE Andreas (Ed.). *Sustainability, technology and finance*. rethinking how markets integrate ESG. Routledge: Nova Iorque, 2023, p. 141-161.

MONTEIRO, Antonio Pinto. A tutela da confiança. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, abr./jun, 2023, v. 32, p. 163-177.

MORAES, Luiza Rangel de. As companhias abertas e o mercado de valores mobiliários no século XXI. evolução e novos desafios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 89-121.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, jan./mar. 2005, v. 21, p. 95-119.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MORRIS, Rick G. Media moguls risking it all: contract-clauses in the entertainment business in the age of #METoo. *Arizona State University Sports and Entertainment Law*. v. 9, n. 1. 2019, p. 1-47, 6. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fselj9%26collection%3Dusjournals%26id%3D1%26startid%3D1%26endid%3D47>. Acesso em: 3 fev. 2023.

MOURA, Anderson Luiz Martins de. ESG e novos riscos jurídicos nas cadeiras de fornecimento de bens e serviços. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, out. 2023, v. 159, p. 34-42.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário*. poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual. requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 283-321.

NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MARIANI, Rômulo Greff (Org.). *Arbitragem e processo coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

NEVES, José Roberto de Castro. As “imperfeitas” cláusulas resolutivas. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1., p. 295-311.

NEVES, Edmo Colnaghi. *Fundamentos da governança corporativa*. riscos, direito e compliance. Curitiba: InterSaberes, 2021.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

NOGUEIRA, Carolina Queiroga. Aplicação de *soft law* no direito internacional. a adoção de parâmetros voluntários no direito ambiental e em ESG. *DIGE – Direito Internacional e Globalização Econômica*. 2002, v. 9. p. 50-64. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/article/download/58668/40209/183016>. Acesso em: 5 abr. 2024.

NOGUEIRA, Elton Pupo. Análise econômica do direito e eficiência ambiental, social e de governança (ESG) nas empresas. *Revista de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2022, v. 3, s.p. Disponível em:

<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2022-9153>.

Acesso em 18 jul. 2023.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

NOTARI, Marcio Bonini. As convenções internacionais ratificadas pelo Brasil no combate a corrupção. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*. jan./jun. 2017, v. 1, p. 60-77.

OIOLI, Erik. KATO, Mayara Kayuri Cabral. ESG. *Social Bonds* como potencial mecanismo de alavancagem. In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo Monteiro de; CAMPINHO, Sérgio (Org.). *Direito empresarial e suas interfaces*. homenagem a Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, v. 1, p. 217-239.

OKAFOR, Colins; UJAH, Nacasius. Executive compensation and corporate social responsibility. does a golden parachute matter? *International Journal of Managerial Finance*. v. 16(5), 2020, p. 575-598. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/IJMF-12-2018-0379/full/html>.

Acesso em: 14 ago. 2023.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*. herança. massa falida. securitização de créditos imobiliários. incorporação imobiliária. fundos de investimento imobiliário. *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____ ; SILVA, Rodrigo da Guia. Origem e evolução histórica do *compliance* no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance*. perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, p. 29-51.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Artigo 432º. In: PIRES, Catarina Monteiro. (Coord.). *Novo coronavírus e crise contratual*. anotação ao Código Civil. Lisboa: AAFDL, 2020.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutorio*: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2019.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. “Justaponto as lentes?” ESG e práticas restaurativas no caso Braskem/Maceió. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 173-186.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

O'NEIL, Cathy. Discriminação e vieses algorítmicos In: ROSA, Fabiano Machado da; COSTA, Luana Pereira da. (Org.) *Compliance antidiscriminatório*. lições práticas para um novo mundo corporativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 191-202.

PACHECO, Ana Carla de Albuquerque. ESG e *green criminology*. a responsabilidade socioambiental restaurativa. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 17-29.

PARELLA, Kishanthi. Protecting third parties in contracts. *American Business Law Journal*. v. 58, p. 327-386, 2021.

PARGENDLER, Mariana. Evolução do direito societário: lições do Brasil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 533-563.

_____. Controlling shareholders in the twenty-first century. complicating corporate governance beyond agency costs. Working Paper nº 483/2019. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, dez. 2019. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=3474555. Acesso em: 4 mar. 2023.

_____; GOUVÊA, Carlos Portugal. As diferenças entre declarações e garantias e os efeitos do conhecimento. In: _____; _____; MINZI-LEVI, Maurizio (Org.). *Fusões e aquisições*. pareceres. São Paulo, Almedina, 2022, p. 277-316.

PEGAS, Roberta. Compliance como ferramenta de gestão de crise/ESG. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 230-241.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. teoria geral do direito civil. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Luciana Vianna. ESG e a parábola do joio e do trigo. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 121-131.

PERLINGIERI, Pietro. *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

PERROTTI, Paulo Salvador Ribeiro. A responsabilidade do encarregado de dados frente às exigências da LGPD e do compliance corporativo. In: Comissão de Compliance da Câmara

de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 202-217.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de pesquisa*. São Paulo. v. 35. n. 124, jan./abr. 2005, p. 43-55. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 mar. 2023.

PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos*. I. perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020.

PITTA, André Grunspun. *A capitalização da empresa e o mercado de valores mobiliários*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

PODDI, Laura; VERGALLI, Sergio. *Does corporate social responsibility affect firms' performance?* jul. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24138929_Does_Corporate_Social_Responsibility_Affect_Firms%27_Performance?enrichId=rgreq-b8e7493e0c10ff5bc3bbd7660ad3cb50-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI0MTM4OTI5O0FTOjk4OTYxOTc3MjQ5ODAzQDE0MDA2MDU3ODI1MDc%3D&el=1_x_3&esc=publicationCoverPdf. Acesso em: 30 jan. 2023

POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. Working Paper nº 659/2022. *ECGI Working Paper Series in Law*. European Corporate Governance Institute, 2022. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Acesso em: 4 mar. 2023.

PONTES, Evandro Fernandes de. O Estado enquanto acionista: a experiência brasileira na governação (“e desgovernação”) das empresas estatais e das sociedades de economia mista. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano*: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 405-441.

PRADO, Viviane Muller; DUTRA, Marcos Galileu Lorena. *Compliance de dados e governança corporativa*. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 883-906.

PRATA, Daniela Arantes. ESG e sustentabilidade corporativa. estamos no caminho certo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2002, p. 246-270.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Treinamento e comunicação em programas de integridade/compliance. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 140-153. RAMOS, Jennifer. Shifting the mindset of commercial lawyers to rewire contracts, to mitigate climate change more effectively in practice. The Chancery Lane Project. *Environmental Law Review*. v. 23., 2021, s.p. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/14614529211000152>. Acesso em: 25 jul. 2023.

PUPPE, Matheus. ESG: o verde do capital. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 11-16.

REDECKER, Ana Cláudia. TRINDADE; Luiza Maria de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto. um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. 2021, 2, p. 59-125.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores das sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROCHA, Inês Daniela Sousa e. *Does ESG matter in times of natural disasters? A case study on U.S. companies during the billion-dollar hurricanes in 2017*. Dissertação (Mestrado em Economia e Administração de Empresas) — Faculdade de Economia da Universidade do Porto, Porto, 2022.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011.

ROSA, Fabiano Machado da; COSTA, Luana Pereira da (Org.). *Compliance antidiscriminatório*. lições práticas para um novo mundo corporativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2019.

SÁ, Aline Aparecida Lourenço Gomes de; TREVIZAN, Ana Flávia. Um breve panorama do mercado de carbono europeu. análise e lições aprendidas. In: SION, Alexandre Oheb;

FRANÇA, Lucyléa Gonçalves (Coord.). *ESG. novas tendências do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Synergia, 2021, p. 43-49.

SAAD, Aisha; STRAUSS, Diane. The new “reasonable investor” and changing frontiers of materiality. increasing investor reliance on ESG disclosures and implications for securities litigation. *Berkeley Business Law Journal*. v. 17(2), 2020, p. 397-439.

SAAVEDRA, Giovanni. *Compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SALOTTI, Carolina Sabbag. ESG & HER. a necessidade de inclusão do debate de gênero no “E” do ESG. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DUARTE, Gabrielli (Org.). *ESG e justiça climática*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 113-123.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Indenização e resolução contratual*. São Paulo: Almedina, 2022.

SCANDELARI, Gustavo Britta. *Compliance e prevenção corporativa de ilícitos*. inovações e aprimoramentos para programas de integridade. São Paulo: Almedina, 2022.

SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 3-39.

SCHLEICH, Melissa Velasco. Quais são as políticas e práticas em recursos humanos mais utilizadas pelas empresas com melhores índices ESG no Brasil? *Revista de Administração de Empresas*. v. 62. São Paulo: FGV EASP, p. 1-22. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/kmjN8FPqZ3t4hkHZGDWzWBw/?lang=pt#>. Acesso em: 01 fev. 2023.

SETH, Nandika. Watch your steps: role of morality clauses in talent and endorsement agreements. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 5. n. 5, 2022, p. 933-941.

Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fijlmhs5%26collection%3Djournals%26id%3D2020%26startid%3D2020%26endid%3D2029>. Acesso em: 3 fev. 2023.

SHILL, Gregory H. STRAND, Mattheuw L Diversity, ESG and latent board power. *Delaware Journal of Corpora Law*, v. 46, 2022, p. 255-323.

SIDNEY, Isaac. *Compliance* bancário. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.). *Compliance. perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 453-474.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Fabiana Aparecida dos Reis; LIMPA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. A proteção de dados pessoais como prática social e de governança à luz das regras de ESG. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 81-89.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Antidiscriminação & contrato. a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

SILVA, Rodrigo da Guia. *Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual*. In: *Revista de Direito Privado*. v. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2017.

SIMÃO, José Fernando; ARALDI, Rodrigo. Violação positiva do contrato: uma categoria verdadeiramente útil ao direito brasileiro? In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações. pressupostos, evolução e remédios*. v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 145-170.

SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. Critérios para aferição concreta do adimplemento substancial. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações. pressupostos, evolução e remédios*. v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 175-215.

_____. *Adimplemento substancial. parâmetros para a sua configuração*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SMITH, Margarida de la Riva. Governança e a importância dos programas de integridade e gestão de riscos. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance. visão prática*. São Paulo: CCBC, 2022, p. 168-177.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro,

2019, ano. 8, n. 2, p. 1-51. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/443>. Acesso em: 10 abr. 2024.

_____. Contribuições da causa do negócio jurídico para a disciplina do inadimplemento contratual. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*. pressupostos, evolução e remédios. v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 83-132.

STEFANELO, Fernanda; SANT'ANNA, Luiz Fernando. ESG – perspectivas no Brasil e evolução nos últimos anos. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 90-97.

STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. A influência do interesse do credor no sistema de descumprimento contratual da CISG. In: NALIN, Paulo; STEINER, Renata C.; XAVIER, Luciana Pedrosa. (Coord.). *Compra e venda internacional de mercadorias*. vigência, aplicação e operação da CISG no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014, p. 323-346.

TABARELLI, Liane. *Contratos agrários e sustentabilidade ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TANGANELLI, Aline Gonçalves Magrini. *ESG importa? Determinantes comportamentais do investidor individual na escolha de investimentos em empresas com estratégia ESG*. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) — Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos*. Contratos em espécie. Atos unilaterais. Títulos de crédito. Responsabilidade civil. Preferências e privilégios creditórios (arts. 421 a 965). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v.2.

_____; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*, v. 4. São Paulo: Atlas, 2008.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 31, Belo Horizonte: p. 135-165, jan./mar. 2022.

_____. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TOBING, Hanna Yolanda. *Corporate sustainability and responsibility of private finance institutions in the transition to a low carbon economy*. case studies in Australia and Indonesia. Tese (Doutorado em filosofia) – Faculty of Built Environment in University of New South Wales. Sidney, 2014. Disponível em: <https://unsworks.unsw.edu.au/entities/publication/37c162aa-95a5-4c1c-b0be-d35bfef4aea1>. Acesso em: 6 dez. 2023.

TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro*. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

UNITED NATIONS (DIGITAL LIBRARY). *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. 17ª sessão. 7 abr. 2008. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/625292>. Acesso em: 31 jan. 2023.

USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos*. temas atuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VALLE, Martim Della; PRATA, Daniela Arantes. Métricas e indicadores de compliance e eficácia. In: Comissão de Compliance da Câmara de Comércio Brasil Canadá (Org.). *Questões atuais do compliance*. visão prática. São Paulo: CCBC, 2022, p. 178-189.

VANDENBERGH, Michael P.; MOORE, Patricia A. Governance by contract. the growth of environmental supply chain contracting. Working paper 22-07. *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law*. v. 12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4098237>. Acesso em: 25 jul. 2023, s.p.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VERGALLI, Sergio; PODDI, Laura. *Does corporate social responsibility affect the performance of firms?* Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24138929_Does_Corporate_Social_Responsibility_Affect_Firms'_Performance. Acesso em: 28 jan. 2023.

VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidade das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89-119.

VILELLA, João Baptista. *Sanção por inadimplemento contratual antecipado: subsídios para uma teoria intersistemática das obrigações*. Belo Horizonte: Del Rey, 1966.

VON ADAMEK, Marcelo Vieira; CONTI, André Nunes. *A cláusula de declarações e garantias em aquisições de empresas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

WAISBERG, Ivo; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto. Sustentabilidade e responsabilidade social nas instituições financeiras: Princípios do Equador. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, a. 11, n. 41, jul./set. 2008, p. 177-196.

WALD, Arnaldo. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, p 53-78, jan./mar. 2002.

WANDERER, Bertrand. Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial*, v.5. São Paulo: Saraiva.

WEBBER, David; BARZUZA, Michal; CURTIS, Quinn. Shareholder value(s): index fund ESG activism and the new millennial corporate governance. *Southern California Law Review*. v. 93. p. 1243-1322. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1973&context=faculty_scholarship. Acesso em 28 jan. 2023.

WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Investimento responsável no século XXI: gestão de recursos de terceiros, questões ESG (*enviromental, social & governance*) e aspectos regulatórios. In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (Coord.). *Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros*

estudos: homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano: v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 693-713.

WILLIAMS, Cynthia. Corporate social responsibility and corporate governance. In: GORDON, Jeffrey; RINGE, Wolf-Georg (Ed.). *The Oxford handbook of corporate law and governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018, p. 634-678.

YASBEK, Otavio. *Apresentação. uma introdução, 40 anos depois*. In: TRUBEK, David; VIEIRA, Jorge Hilário Gouvêa; SÁ, Paulo Fernandes de. *Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. 1965-1970. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.*

_____; DUARTE, Anelise Paschoal Garcia. O dever de diligência dos administradores, ESG e riscos reputacionais. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 159, out. 2023, p. 132-141.

ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. O inadimplemento do dever instrumental de informar na execução dos contratos de duração. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações. pressupostos, evolução e remédios. v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 117-144.*

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 312-332.

ZENKNER, Marcelo; SPINELLI, Mário. O papel do encarregado pelo tratamento dos dados pessoais nas empresas privadas In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 647-663.

ZUMENTE, Ilze; BISTROVA, Jülija. ESG importance for long-term shareholder value creation. literature vs. practice. *Journal of Open Innovation. Technology, Market and Complexity*. v. 7, 2021, s.p.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Agenda para o Desenvolvimento Sustentável da ONU 2030: Agenda 2030;

Banco Central: BACEN;

B3 S.A. – Brasil, Bolsa e Balcão: B3;

Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá: CAM-CCBC;

Código Brasileiro de Governança Corporativa: CBGC;

Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas: CMAD;

Conselho Monetário Nacional: CMN;

Corporate Board Quota Law: CBQ;

Convenção das Nações Unidas para os Contratos de compra e Venda Internacional de Mercadorias, do ano de 1980, internalizada ao direito brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 538/2012, e promulgada pelo Decreto nº 8.327/2014: CISG

Crédito de Descarbonização instituído pela Lei nº 13.576/2017: CBIO

Declaração Universal dos Direitos Humanos: DUDH;

Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos: ACNUDH;

United Nations Framework Convention on Climate Change: UNFCCC;

Financial Conduct Authority: FCA;

Foreign Corrupt Practices Act: FCPA;

Fundo Monetário Internacional: FMI;

Guiding Principles on Business and Human Rights: GPBHR;

Global Reporting Initiative: GRI;

International Finance Corporation: IFC;

International Financial Reporting Standards: IFRS;

International Organization of Securities Commission: IOSCO;

International Sustainability Standards Boards: ISSB;

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa: IBGC;

Mercado Brasileiro de Registro de Emissões: MBRE;

Organização das Nações Unidas: ONU;

Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: ODS;

Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico: OCDE;

Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática: PRSAC;

Política de Responsabilidade Socioambiental: PRSA;

Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future: Relatório NFC;

Task Force on Climate-Related Financial Disclosures: TCFD;

Who Cares Wins: Connecting Financial Markets to a Changing World: Relatório WCW;

Securities Exchange Commission: SEC;

Sistema Nacional de Redução de Emissões de Gases de Efeito Estufa: SINARE;

Sistema Brasileiro de Comércio de Emissões de Gases de Efeito Estufa: SBCE;

Sustainability Accounting Standards Board: SASB.