



UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

**CUSTOS DE TRANSAÇÃO E EMPRESAS
AMBIENTALMENTE RESPONSÁVEIS**

VERA LUCIA ANGRISANI

**SÃO PAULO -
SP2023**

**CUSTOS DE TRANSAÇÃO E EMPRESAS
AMBIENTALMENTE RESPONSÁVEIS**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, da Universidade Nove de Julho, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, sob orientação do Professor Dr. Marcelo Benacchio.

**SÃO PAULO -
SP2023**

VERA LUCIA ANGRISANI

Angrisani, Vera Lucia.

Custos de transação e empresas ambientalmente responsáveis. /
Vera Lucia Angrisani. 2023.
207 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São
Paulo, 2023.

Orientador (a): Prof. Dr. Marcelo Benacchio.

1. Custos de transação. 2. Direito empresarial. 3. Empresa
contemporânea. 4. Métrica ESG. 5. Responsabilidade
ambiental.

I. Benacchio, Marcelo. II. Título.

CDU 34

CUSTOS DE TRANSAÇÃO E EMPRESAS AMBIENTALMENTE RESPONSÁVEIS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito.

São Paulo, 04 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

MARCELO

Assinado de forma digital por MARCELO

BENACCHIO:07729055848 BENACCHIO:07729055848

Dados: 2023.12.04 09:42:00 -03'00'



Documento assinado digitalmente

JOSE RENATO NALINI

Data: 04/12/2023 17:13:21-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr.
Marcelo
Benacchio
Orientador
UNINOVE

Prof. Dr. José
Renato Nalini
Examinador Interno
UNINOVE

Profa. Dra. Renata Mota
MacielExaminadora
Interna UNINOVE

Assinado de forma digital por

MARCUS ELIDIUS

MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE

MICHELLI DE ALMEIDA

ALMEIDA

Dados: 2023.12.04 15:37:15 -03'00'

Prof. Dr. Marcus Elidius Michelli de
Almeida Examinador Externo
PUC

Prof. Dr. Lauro
Ishikawa
Examinador Externo
FADISP

ANGRISANI, Vera Lucia. Custos de transação e empresas ambientalmente responsáveis. 2023. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Nove de Julho, 2023.

Resumo: O desenvolvimento, no século XX, da teoria dos custos de transação revolucionou a ciência econômica e permitiu a superação do dogma clássico da equação parametrizada de Wilfredo Pareto, em que elementos externos ao objeto negociado e questões de cunho subjetivo não influenciavam no preço final da negociação e tampouco impactavam diretamente no custo global da cadeia produtiva. Mediante esta teoria foi possível compreender que há parâmetros atrelados ao custo final que se associam ao risco de insucesso do negócio, emanando do arcabouço criado para reverter esse panorama e mitigar este risco – parâmetros estes que são denominados —custos de transação || . No entanto, no século XXI, é premente a ponderação de que, dentre estes custos, devem ser incluídos aspectos atrelados à responsabilidade ambiental dos agentes econômicos, haja vista que não só representam eles um fator de comportamento passível de sancionamento jurídico, mas também de sancionamento social pelo restante do mercado e pelos consumidores, mormente com o advento de métricas de aferição de comportamento (como a ESG). Parte-se desta consideração para analisar a necessidade e a viabilidade jurídica de se incluir a responsabilidade ambiental como espécie de custos de transação, concluindo-se, ao final desta tese, que não só tal proposição é possível, como imprescindível para a adequada compreensão do panorama jurídico- econômico que enfrenta a empresa contemporânea.

Palavras-chave: Custos de Transação; Direito Empresarial; Empresa Contemporânea; Métrica ESG; Responsabilidade Ambiental.

ANGRISANI, Vera Lucia. Transaction costs and environmentally responsible corporations. 2023. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Nove de Julho, 2023.

Abstract: The development, in the middle of the twentieth century, of the transaction cost theory represented a revolution in Economics as it caused an overcome on the traditional Paretian economical equation, in which externalities and any question different from the commercialized good were irrelevant in fixing the transaction's final price. The Transaction Cost Theory enabled economists to comprehend the existence of several new parameters based on risk and uncertainty, which can be increased or decreased depending on the commercial and legal structures used to enforce the contract. In early twenty-first century, however, a review of the Transaction Cost Theory is necessary, in order to make it contemplate the economic agents' environmental responsibility, since it is both sanctioned by law and informal market rules (including, here, the other economic agents and the consumers by themselves), as it happens with ESG Standard. Consequently, it is necessary to analyse the necessity and legal viability to include environmental responsibility as a transaction cost – which, as this thesis aims to show, now only is possible, but essential to assure proper comprehension of the juridical and economical panorama of the contemporary enterprise.

Keywords: Commercial Law; Contemporary Enterprise; Environmental Responsibility; ESG Standard; Transaction Costs

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Iniciar uma tese cujos alicerces se encontram no Direito e na Economia não é uma tarefa das mais fáceis. Ainda que as áreas caminhem em paralelo, interseccionando-se em alguns momentos, compreender essas zonas de superposição exige uma visão de mundo que abarque tanto um conhecimento técnico-jurídico como a vivência prática.

Este processo, entretanto, é facilitado quando já se viveu as intensas transformações do capitalismo ao longo do final do século XX e nas primeiras décadas do século XXI – mormente após a pandemia de Covid-19, que abalou o mundo econômico e promoveu, segundo alguns autores, uma nova fase do capitalismo, revolucionando a história da Humanidade.

Como todo sistema econômico, o capitalismo é marcado por inúmeras fases heterogêneas. Afirmá-lo enquanto modelo coeso e uno ao longo de toda a sua existência implicaria em ignorar as constantes mudanças da vida econômica e da sociedade como um todo. Apesar de manter premissas constantes – como a busca pelo lucro e a primazia da empresa como elemento centralizador de riqueza –, o capitalismo é um sistema em metamorfose. Se originalmente foi ele marcado pela busca desenfreada pelo lucro e pela produção de riqueza, a qual não sofria limitação por nenhuma norma jurídica ou estatuto de direitos, atualmente há uma convergência para um modo de atuação que preserve direitos fundamentais e garanta que o mercado subsista e continue, no futuro, a ter condições de continuar a gerar riqueza.

Na —Era dos Extremos || do século XX, o papel revolucionário, mas constantemente modificado, do capitalismo, é latente. Mudanças sempre ocorrerão e cabe aos agentes, tanto jurídicos como econômicos, identificá-las e delas tirar o melhor proveito possível, maximizando o resultado de suas atividades e evitando o ostracismo das teses que lastreiam seu pensamento.

Pode-se dizer que nos últimos cinquenta anos, das revoluções internas vivenciadas pelo capitalismo, duas são essencialmente dignas de nota: a primeira, a flexibilização da equação econômica, que deixa de adotar o paradigma do Ótimo de Pareto para assumir que determinados custos, essenciais às estruturas internas do sistema capitalista e para a mitigação dos riscos do fracasso da atividade negocial,

sempre existirão; a segunda, a progressiva importância atribuída ao direito ambiental, aflorando na percepção de que a economia deve ser orientada por padrões mínimos de sustentabilidade e de responsabilidade perante nosso bem mais valioso e sem a qual a vida na Terra não é possível.

Atrelada a esta segunda revolução está o surgimento de novas métricas de aferição do comportamento empresarial, como a ESG (*environment – social – governance*), a qual, mesmo sem ser provida de sanção jurídica específica, ganha força como um padrão de mercado que devem todos os agentes observar, sob risco

de serem dele alijados por não coadunarem com um *standard* de adoção obrigatória. Os comportamentos orientados por essas métricas não são necessariamente apartados do sancionamento jurídico, mas passam a ser fiscalizados sob uma ótica mais ampla – e mais flexível – do que aquela em que economistas e juristas tradicionalmente preconizavam como os riscos de quantificação necessária para a viabilidade de qualquer atividade econômica.

Este é o cenário posto na contemporaneidade, não cabendo discutir sua validade e/ou sua própria existência, mas tão somente aceitá-lo e buscar discutir sobre como tirar dele o máximo proveito possível. É certo que essas novas preocupações não irão destruir o capitalismo ou afastar dele a premissa da perquirição de lucro – muito pelo contrário, haja vista que, na atualidade, lucros recordes são registrados anualmente pelos grandes conglomerados empresariais -, mas irão exigir uma ressignificação do núcleo deste sistema e dos instrumentos que até então eram adotados. Entende-se, assim, ser imprescindível compreender adequadamente estas transformações, sob risco de se manter uma lógica jurídico-econômica anacrônica – o que, como se esclarecerá ao longo deste trabalho, não depende apenas de modificação da legislação, mas de um novo entendimento sobre como operar estes institutos.

A presente tese une estas revoluções nos custos de transação e no acolhimento das premissas de sustentabilidade ambiental e busca, como objetivo principal, avaliar como a responsabilidade das empresas para com o mesmo ambiente se insere dentro da proposta econômica de custos de transação de Ronald Coase e Oliver Williamson, seja considerando sua ótica jurídica (a partir de sanções oriundas do descumprimento de normas jurídicas de cunho ambiental) ou sua ótica de mercado (sanções pelo descumprimento da responsabilidade ambiental em sentido amplo, perceptível pelos demais agentes econômicos ou pelos consumidores finais de uma cadeia produtiva).

Já como objetivo secundário, faz-se necessário esclarecer como as sanções jurídicas impactam nos custos de transação e como proceder na hipótese das sanções de ambas as origens supramencionadas incidirem simultaneamente sobre um mesmo objeto econômico.

Refuta-se, desde logo, a pretensão de quantificar especificamente tais custos de transação, eis que seria inviável fazê-lo genericamente – como se destacará nos capítulos 02 e 04 deste trabalho, a variável econômica introduzida pela responsabilidade ambiental é dependente de condições específicas da empresa referenciada, razão pela qual, à míngua de um estudo de caso com acesso a todos os parâmetros produtivos e de custo de uma empresa, quantificar este custo de transação não se faz possível. Faz-se apenas a proposição de uma nova abordagem teórica, a qual futuramente poderá ser devidamente quantificada pelos economistas, mediante as ferramentas típicas desta área do conhecimento e que se apartam do escopo de uma pós-graduação em Direito.

Adota-se como hipótese, para tal, que a responsabilidade ambiental, tanto em sentido estrito (jurídico) como em sentido amplo (não-jurídico) configura uma nova espécie de custo de transação, ainda que seja ela desvinculada de um risco matemático de probabilidade quantificável e se aproxime de uma mera possibilidade de incidência, arevelar o reflexo apenas de uma incerteza.

A proposição que ora se faz é inovadora na medida em que a doutrina restringe os custos de transação a elementos calcados no risco (probabilidade), e não em situações limítimas, em que há mera incerteza (possibilidade), não tendo, até a presente data, indicado qualquer inclusão dos parâmetros de responsabilidade ambiental fixados de forma não-jurídica como representativos de espécies de custos de transação aos agentes econômicos. E, especificamente para o direito empresarial, esta tese é de grande relevância, na medida em que a preocupação para com a tutela do meio ambiente e o comportamento responsável dos empresários é cada vez maior e resulta em custos financeiros resultantes da adequação dos padrões produtivos e do objeto econômico, de um lado, e da estruturação da regulamentação incidente para regradar os limites desta responsabilização e suas hipóteses de incidência.

Como se destrinchará melhor ao longo desta tese, incertezas de cunho jurídico impõem ônus financeiros maiores às empresas do que aqueles riscos matematicamente quantificáveis, pois não é possível antever, *ex ante*, a sua ocorrência e aferir se o

dispêndio de numerário para conter esta incerteza é justificável sob o prisma da sustentabilidade financeira da atividade empresarial. Da forma como se desenha a responsabilidade ambiental, com a mitigação das amarras que tradicionalmente lhe eram colocadas quanto à delimitação do nexo de causalidade e da atualidade do dano, há uma aproximação de eventual —sanção || ao patamar da incerteza, pela ausência de elementos probabilísticos. Contudo, sabe-se que o ônus econômico pela simples rotulação da empresa como —ambientalmente irresponsável || é suficiente para alijar a empresa do centro do mercado e comprometer a sua imagem — eventual condenação na via judicial, se existente, apenas agrava esse ônus.

Assim, em não havendo como, no século XXI, dissociar a ação da empresa de um comportamento ambientalmente adequado, é imperativo assumir que esta ação —pró- ambiente || se associa a um novo custo de transação, mas de natureza distinta daquilo que tradicionalmente se entendia como tal. Dessa forma, a proposta que ora se faz, de uma ressignificação da delimitação da abordagem dos custos de transação, é necessária para deflagrar estudos futuros sobre a forma de quantificação *ex ante* destes custos, o que contribuiria diretamente com a compreensão da equação econômica da empresa contemporânea e do melhor gerenciamento e planejamento de seus custos.

A aferição desta hipótese é feita pela metodologia de revisão bibliográfica, seja na área de direito, com enfoque específico nas teorias empresariais contemporâneas e derresponsabilidade civil ambiental, e de economia, ao que se lança mão especificamente da teoria dos custos de transação (seja a tradicional, seja a referente às suas modificações) e de responsabilidade ambiental através da métrica ESG.

Estrutura-se a presente tese em quatro capítulos, para além de sua introdução e sua conclusão.

O capítulo 01 tratará dos atuais paradigmas para o direito empresarial e para a empresa contemporânea, enfocando especialmente as modificações vivenciadas desde o último século e que autorizam a afirmação de que a nova fase do capitalismo tornou arcaico o arquétipo da perquirição indiscriminada — e a todo custo — do lucro, condicionando-o a certos *standards*. Estrutura-se, assim, a base

conceitual daquilo que neste trabalho será entendido como empresa e agente econômico, abordando-se, inclusive, os desafios a serem enfrentados.

O capítulo 02, a seu turno, propõe enfrentar a teoria dos custos de transação, que, embora tenha sua origem exclusivamente na economia, converge atualmente para sua incidência em decorrência de comportamentos refutados pelo direito. Busca-se, à luz das propostas de Ronald Coase e Oliver Williamson, compreender como os riscos (e, eventualmente, as incertezas) impactam na formação dos preços e na aferição da viabilidade dos negócios econômicos, formatando um novo *design* para a equação econômica. Ao mesmo tempo, realiza-se exposição das críticas à teoria dos custos de transação e de eventuais inadequações do recorte feito pelos teóricos supramencionados, culminando com as teorias contemporâneas aplicáveis à matéria.

Já o capítulo 03 tratará da responsabilidade ambiental e da tutela jurídica atualmente conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito ambiental, o que se faz necessário para diferenciar as sanções jurídicas daquelas não-jurídicas, especialmente pelo fato de haver incidência sincrônica das mesmas para as empresas, em termos de revisão de comportamentos repulsivos. O capítulo também buscará fazer algumas considerações sobre o escopo de incidência desta —responsabilidade ambiental || , ao que se utilizará uma ampliação do conceito de —responsabilidade || , para além da tradicional associação de *schuld* e *haftung*, basilares ao conceito jurídico que até hoje se utiliza como paradigma.

Por fim, o último capítulo correlacionará os aspectos enfrentados nos três anteriores, visando a responder às provocações feitas na introdução deste trabalho e a validar a hipótese anteriormente fixada, consistindo na parte central da tese propriamente dita – ainda que muitos de seus traços inovadores já se encontrem diluídos ao longo de seus capítulos anteriores. Entretanto, a opção por realizar um capítulo unificador ao final da tese é fundamental para que, à luz daquilo pontuado anteriormente, possa-se extrair uma conclusão definitiva acerca da necessidade de se considerar o comportamento ambientalmente adequado dos agentes econômicos como parte integrante dos custos de transação, com a dificuldade adicional de não possuírem as empresas mecanismos adequados de mensuração

econômica dos prós e dos contras para a adoção de estruturas mitigadoras da incerteza – suscetibilizando-as a um ônus financeiro que pode impactar em seu planejamento de médio e longo prazo.

Destaca-se, por derradeiro, que a tese possui como fio condutor a perspectiva dos custos de transação da empresa contemporânea sob o prisma do direito ambiental. Embora esse seja o enfoque atribuído, ressalta-se desde já que não se ignora os demais

custos de transação existentes e nem se pretende simplificar a equação econômica de modo a alçar ao patamar de único custo relevante aquele referente ao direito ambiental: pelo contrário, parte-se da premissa de que eles de fato existem e repercutem economicamente, mas se limita a análise ao recorte ambiental pela assunção de que, embora sejam custos de transação, possuem eles característica ligeiramente distinta, qual seja, a de não possuírem quantificação certa *ex ante*.

• **Empresa e Direito Empresarial no século XXI**

Delimitar o quadro que se apresenta na contemporaneidade quando enfrentada a temática do capitalismo e do comportamento dos empresários exige o estabelecimento de premissas bem definidas acerca do objeto de estudo. Dentre os ramos do Direito, dúvida não há de que é no Direito Empresarial que os pontos de intersecção com a economia se fazem mais candentes, como preconizara desde longa data Rubens Requião¹. E não é para menos: é este ramo da ciência jurídica que se destina a analisar a fenomenologia da atividade econômica, estando a empresa – a força motriz dos fluxos econômicos² – localizada em seu centro.

Estando inserida dentro de um contexto econômico e atuando enquanto o principal *player* na produção de riqueza, a empresa é um ator volátil que se molda às necessidades da realidade fática para possibilitar a concretização de seu objetivo último, a realização de lucro. É necessário, portanto, delimitar o que se entende como empresa para os fins deste estudo.

Este capítulo, portanto, propõe a apresentação de uma revisão da perspectiva da empresa e do capitalismo, superando o dogma tradicional proposto até a primeira metade do século XX – e fortemente afetada pela perspectiva marxista de releitura da história econômica – e contemplando uma outra forma de se analisar aqueles dois institutos.

- **A empresa clássica e a empresa contemporânea: aspectos gerais e pano de fundo de cada uma das realidades empresariais**

O fenômeno empresarial é historicamente caracterizado como uma consequência do capitalismo industrial, ainda que também possa ser compreendido como desdobramento e evolução da organização econômica mercantilista.

Por tal razão, é necessário diferenciar a concepção tradicional e clássica da empresa, típica de parte substancial do século XX, daquela hoje utilizada e influenciada fortemente pela Globalização.

¹ REQUIÃO, Rubens. O controle a proteção dos acionistas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Ano XIII, pp. 23-36, 1974. p.23

² ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Tradução de Fabio Konder Comparato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano XXXV, n. 103, pp. 87-100, julho-setembro/1996. p. 93-94

Watson³ sintetiza a seguinte evolução histórica dos modelos proto-empresariais até que se atingisse a empresa em sua forma clássica:

(...) a corporação comercial depois de 1657, quando a Companhia Inglesa das Índias Orientais adquiriu capital permanente, compartilhava todas as características principais que foram reconhecidas como a empresa moderna havia adquirido após Salomon v Salomon & Co Ltd. A Companhia Inglesa das Índias Orientais era uma corporação e, portanto, uma persona ficta ou pessoa jurídica artificial. (...) A corporação persona ficta é uma ficção legal no sentido de que é uma criação da lei e é artificial, não natural. Criações artificiais podem ser reais além da lei. O dinheiro e as nações ainda existem, embora sejam feitos pelo homem. Como a corporação persona ficta, eles são criados de forma abstrata, mas se manifestam pelo impacto que têm no mundo. A empresa moderna difere de outras corporações. É novo porque é uma corporação persona ficta que possui um Fundo Corporativo. O Fundo Corporativo é semeado por capital separado dos acionistas tanto legalmente (porque a empresa é uma pessoa jurídica separada de seus acionistas) quanto por meio do mecanismo contábil de escrituração por partidas dobradas. O Fundo Corporativo alimenta a empresa enquanto ela opera no mundo. A empresa moderna torna-se uma entidade à medida que opera no mundo e adquire valor. (...)⁴

Não se nega a existência da atividade econômica organizada em período anterior ao século XIX e início do século XX, quando constituídas as bases da empresa clássica. Entretanto, ainda se tratava de sistema muito embrionário, sem a necessária distinção formal entre a empresa e aquele que a exerce (a pessoa física por detrás da empresa). Assim, para o presente trabalho, desprezar-se-á toda a construção histórica anterior ao marco da empresa clássica e a efetiva separação patrimonial entre empresa e empresário, eis que não se afigura relevante para a tese a ser desenvolvida.

³ WATSON, Susan. **The making of the Modern Company**. Hart Publishing, 2022. p. 17

⁴ No original: —As we have seen, a form with the key features of the modern company had emerged at an earlier time. The business corporation after 1657, when the English East India Company acquired permanent capital, shared all the key features it was recognised the modern company had acquired after *Salomon v Salomon & Co Ltd*. The English East India Company was a corporation and therefore a *persona ficta* or artificial legal person. As set out in chapter 2, the *persona ficta* concept entered the common law in 1612 in *The Case of Sutton's Hospital*. The *persona ficta* corporation existed in the abstract as a creation of the law. As will be discussed in chapter 13, however, the *persona ficta* corporation is not a legal fiction in the sense that it has no reality beyond the law. The *persona ficta* corporation is a legal fiction in the sense that it is a creation of the law and is artificial, not natural. Artificial creations can be real beyond the law. Money and nations still exist even though they are man-made. Like the *persona ficta* corporation, they are created in the abstract but are manifested by the impact they have on the world. The modern company differs from other corporations. It is novel because it is a *persona ficta* corporation that has a Corporate Fund. The Corporate Fund is seeded by capital separated from shareholders both legally (because the company is a separate legal entity from its shareholders) and through the accounting mechanism of double-entry bookkeeping. The Corporate Fund fuels the company as it operates in the world. The modern company becomes an entity as it operates in the world and acquires value. These points and others are picked up in the next chapters. ||

Para Ascarelli⁵, a empresa é o fenômeno jurídico que canaliza operacionalmente uma atividade econômica organizada, —dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços ||, sendo capitaneada pelo empresário. Não é qualquer ator econômico que assume a feição de empresa, mas apenas aquele que pratica as relações comerciais de maneira organizada e estruturada em caráter de continuidade e visando o lucro como finalidade por excelência.

Nota-se desde esta primeira concepção a ideia de uma congregação de esforços em busca de resultados comuns, maximizando as chances de se concretizarem os objetivos buscados, refletindo, assim, uma das tônicas da vida

em sociedade – e a principal razão pela qual os indivíduos se agrupam e interagem mutuamente sob o prisma econômico⁶. Sabe-se que a congregação de esforços entre diferentes agentes permite a superação dos pontos fracos de cada qual e o aumento da eficácia de sua atividade produtiva. Se essa realidade já ocorre entre indivíduos isolados, razão não haveria para que se transpusesse para a organização da atividade econômica.

Já nos termos do conceito clássico de Asquini⁷, a empresa poderia ser definida acordo com quatro perfis bem delimitados - o subjetivo, o objetivo, o funcional e o corporativo.

O perfil subjetivo enfoca a empresa a partir de seu líder, o empresário: seria ele a materialização concreta do responsável pela execução dos atos empresariais e por coordenar a organização da atividade econômica feita pela empresa. Nesse sentido, ainda que haja a distinção entre a personalidade jurídica do empresário e da empresa, há relação de dependência desta para com aquele.

Na concepção clássica da empresa, há relação unitária ao se pensar no exercício do poder. Quem controla a empresa é, também, quem profere as ordens de mando e se responsabiliza na hipótese de algum ato praticado ter destoadado daquilo que se esperava dentro dos ditames empresariais. Não há, ainda, sequer o embrião de uma descentralização de poder entre diferentes agentes executores e ordenadores, pois na empresa clássica a relação de poder ainda se atrela muito a uma relação familiar, portanto, dotada de baixa complexidade.

⁵ ASCARELLI, Tullio *apud* COMPARATO, Fabio Konder. O Empresário. **Revista de Direito Mercantil**, v. 109, janeiro/1998, pp. 183-189.

⁶ VERRUCOLI, Piero. Associazionismo economico e cooperativismo: Considerazioni generali. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo (SP), n° 34, pp. 11-20. Abril- Junho/1979. p. 12-14

⁷ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale**, v. 43, n.1, 1943.

O perfil subjetivo da empresa de Asquini acentua a baixa complexidade da estrutura corporativa e pode ser comparada com as primeiras formas de organização política adotadas pelas civilizações mais primitivas. Na medida em que o agente condutor da empresa é também a imagem encarnada da empresa, o comportamento de um e de outro possui influência recíproca na vida do empresário e da sociedade empresária: não se pensa, ainda, na lógica da necessária continuidade da atividade empresarial e em uma sobrevivência de longo prazo.

Trata-se, portanto, de fórmula que simplifica a estrutura de gestão e governança empresarial.

O perfil objetivo busca analisar a empresa enquanto patrimônio e enquanto estabelecimento, ou seja, um complexo de relações jurídicas dotadas de caráter patrimonial e que se diferencia daquelas assumidas/contraídas pela pessoa física do empresário. Pode-se dizer que este perfil coexiste harmônica e complementarmente ao perfil subjetivo: ambos preconizam a necessidade de diferenciar a empresa do empresário, seja sob a perspectiva da realidade objetiva, seja sob a perspectiva da personalidade de cada um. Entretanto, se sob o prisma patrimonial a distinção é mais fácil, o mesmo não se replica ao aspecto subjetivo, já visto anteriormente.

Daí porque estes dois perfis marcam elementos indispensáveis ao fenômeno empresarial e que até hoje continuam a ter suma relevância.

A blindagem patrimonial assegurada ao empresário – salvo exceções em que a atividade empresarial é utilizada com fins escusos – em relação aos atos da empresa e a distinção da personalidade jurídica de cada um deles configuram traço importantíssimo para que se mitigue um dos riscos da atividade empresarial (cerne de seus custos de transação, como se tratará no capítulo subsequente): a existência de riscos. Confundir o patrimônio da empresa e do empresário implicaria em exposição excessiva deste último ao risco de seu insucesso: a distinção jurídica, feita tanto na legislação civil brasileira como na doutrina, desde os seus primórdios, assegura ao empresário que seu prejuízo seja limitado ao que efetivamente empenhou para a atividade empresarial – evitando desestímulos a esta última.

Nota-se que o aspecto objetivo da empresa é medida necessária em qualquer ambiente, independentemente de sua complexidade. A variação que ocorrerá está na forma como a blindagem patrimonial irá acontecer e os acessórios que ela empregará: se na forma clássica de empresa se entendia que a mera distinção entre o patrimônio da pessoa física e o da pessoa jurídica era, por si só, medida suficiente, atualmente já se

adotam estratégias diferenciadas para melhor demarcação de cada um dos patrimônios e para evitar a imputação de confusão patrimonial – o que é cada vez mais demandado, seja por força da jurisprudência, seja por força de medidas de governança e *compliance* empresarial.

O perfil funcional trata da empresa a partir da concepção de que a mesma seria um —corpo em movimento || , tendo como função precípua a geração de lucro e a estimulação da atividade empresarial. Importa a este perfil a função e a atividade empresarial que possui a empresa: deixa-se de se analisar a empresa a partir de sua perspectiva interna (como feito nos primeiros dois perfis) e vislumbra-se a mesma a partir de um olhar exógeno e finalístico.

A justificativa para este perfil está no núcleo fático da empresa, que mais adiante se detalhará, uma vez que o fenômeno empresarial se manifesta tão somente quando houver a finalidade precípua da geração de lucro – atrelada, por evidente, a outras características. Pode-se dizer que, se destacada a perspectiva de lucro de uma organização produtiva, não se pode afirmar que a mesma é uma empresa, mas sim fenômeno jurídico diverso.

Importa ressaltar que, na ótica clássica de Asquini, não haveria condicionantes à geração de lucro enquanto perfil funcional da empresa se não a exigência de que fosse algo contínuo (e não meramente pontual). Reforça-se o arquétipo da busca desenfreada pelo lucro, independentemente dos meios que a empresa adote para tal; tal percepção, porém, encontra mitigações sensíveis quando se considera que o meio utilizado para geração de lucro impacta o resultado final da atividade econômica e que este deve necessariamente ser lícito. Entretanto, para os autores clássicos, a previsão da busca pelo lucro como finalidade última era medida suficiente à configuração do perfil funcional, razão pela qual maiores considerações sobre os —meios || utilizados podem ser feitas posteriormente neste capítulo.

Por fim, o perfil corporativo preconiza a empresa enquanto uma instituição cujos integrantes possuem fins comuns, assim como o ocorrido nas instituições públicas – conceito que, em suas origens, representava o ideal fascista de união para o trabalho entre empresários e empregadores, como se uma grande família fossem.

Atualmente, entretanto, essa concepção da empresa enquanto uma corporação ou instituição deve ser ressignificada: a estrutura da empresa é corporativa na medida em

que o sucesso da atividade empresarial depende de que ela própria adote técnicas internas de governança e que permita a atenção de fins comuns outros do que apenas a geração de lucro – por evidente, ainda será ela o principal objetivo da atividade empresarial, mas não mais o único -, como a observância de certos padrões ambientais e de responsabilidade social. Apenas seguindo estes padrões é que a empresa terá seu mecanismo produtor de lucro orientado para o seu máximo potencial, permitindo, assim, que não apenas ela se beneficie de sua atividade (gerando lucro imediato), mas também toda a sociedade.

Assim, deve ser adotada uma ressignificação que tem ganho força nos últimos tempos, resgatando a essência da teoria de Asquini, no sentido de atribuir um caráter institucional à empresa, mas enquanto ente autônomo e apto a provocar mudanças sociais e na agenda governamental por si própria (e dotada de poder coercitivo, principalmente econômico, para fazê-lo), como preconizado por May⁸.

O arquétipo do empresário capitalista pode ser sintetizado no personagem Ebenezer Scrooge, da obra fictícia —A Christmas Carol ||, de Charles Dickens. O personagem explora – no sentido negativo da palavra – ao máximo seus empregados, não os remunera condignamente e acredita na persecução do lucro como um fim último indispensável do capitalismo, independentemente dos meios empregados para tal – vale-se da máxima de Maquiavel de que —os fins justificam os meios ||. Ainda que não seja ele o melhor representante da —empresa clássica || – senão de uma realidade específica do capitalismo industrial inglês do século XIX -, é da figura de Scrooge que se podem notar falhas na concepção anteriormente percebida pelos agentes capitalistas que a empresa contemporânea busca evitar: estando inserida ela em uma realidade socioeconômica específica, possui ela expectativas de comportamento, podendo ser sancionada caso não os obedeça – este tema será retomado mais adiante neste capítulo, quando analisada a métrica ESG.

Para fins deste estudo, o emprego do conceito —empresa clássica || se prestará como referencial ao modelo tradicional de empresa, predominante durante a maior partedo século XX, e que se entende estar superado na presente data. Observa-se desde já que esta tese não busca analisar este modelo de empresa, mas sim a sua acepção contemporânea; entretanto, não se perde de vista que a compreensão do fenômeno

⁸ MAY, Christopher. **Who's in charge? Corporations as institutions of global governance.** PalgraveCommun, 2015.

empresarial exige a análise de sua integral evolução⁹, tanto para compreensão dos fatores externos que a influenciaram, como para extrair aquilo que é característica perene – e que, como se destacará adiante neste capítulo, é fundamental para as transformações futuras que deverão recair sobre a empresa.

O conceito contemporâneo de empresa, por outro lado, se distancia desta perspectiva clássica ao adicionar novos elementos de complexidade ao fenômeno empresarial. Afinal, se no modelo clássico havia a concepção de que a empresa deveria operar de forma livre e sem a adstrição de amarras do capitalismo, a empresa contemporânea se aproxima mais de uma perspectiva lógico-racional de capitalismo, originária em Weber¹⁰, no sentido de que a essência capitalista, ainda que maximizada quando reduzida a intervenção estatal, não dispensa um conteúdo ético-racional, já que seus agentes, dotados de racionalidade, são aptos a captar desvios de comportamento repugnados pelo público consumidor e a atuar no sentido de tanto evidenciar a conduta negativa de seus concorrentes como de mudar seu próprio comportamento para conquistar este público, aumentando significativamente seus lucros – tese esta proposta por Bloom¹¹ e por Wray-Bliss¹².

A empresa contemporânea, assim, deixa de ser concebida enquanto uma realidade atomística e passa a exigir uma compreensão reticular, tanto em seu aspecto endógeno como exógeno, ainda que, para o primeiro deles, algum grau de amorfismo também seja digno de nota. Ou seja: a empresa deve ser considerada enquanto realidade integrante de um todo complexo, e não apenas de *per se*, sob pena de se ter um indevidoenviasamento na compreensão das dificuldades por ela enfrentadas.

No aspecto endógeno à empresa, deixa-se de lado a concepção da empresa enquanto um ator isolado em detrimento de um formato amorfo, mas tendente à conglomeração: se na visão de Asquini a empresa era erigida sob a forma de grupos familiares enquanto regra, a empresa contemporânea não possui formato fixo para sua construção, podendo ela ser tanto representativa do labor individual (a sociedade

⁹ WATSON, Susan. **The making of the Modern Company**. Hart Publishing, 2022. p. 11

¹⁰ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do Capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

¹¹ BLOOM, Peter. **The ethics of neoliberalism: the business of making capitalism moral**. Londres: Routledge, 2017.

¹² WRAY-BLISS, Edward. **Neoliberalism, management and religion: re-examining the spirits of capitalism**. Londres: Routledge, 2019.

empresarial unipessoal¹³ e o empresário individual¹⁴) como de organizações mais complexas (grupos econômicos) – é fato, porém, que a tendência fática é a migração da forma mais simples para a mais complexa, consoante o crescimento e avanço econômico da empresa.

Para o presente trabalho, as formas simples de organização da empresa – ainda muito próximas do formato clássico e desprovidas de elementos de complexidade relevantes que ensejem a adoção de técnicas mais refinadas de estruturação e governança – serão deixadas de lado. O foco da análise está justamente nas formas complexas de organização empresarial, já que, para elas, a teoria dos custos de transação é essencialmente digna de maior relevância – até porque, foi diante do problema da complexidade do fenômeno empresarial que Coase propôs a sua teoria, como se verá no capítulo subsequente deste trabalho.

Dentro do gênero de empresas complexas, tende a predominar o grupo econômico, espécie verticalizada e caracterizada pelo controle de uma empresa sobre as demais, cuja origem, não raramente, decorre apenas de aspectos fáticos: bastaria que uma sociedade adquirisse ações suficientes de uma segunda para deter seu poder de controle para caracterizar a formação de um grupo econômico, como destaca Galgano¹⁵. Ao mesmo tempo, a adoção de um controle centralizado, mas com execução decisória pulverizada tenderia a facilitar a rápida tomada de decisões, evitando, de um lado, que não se decida pela existência de múltiplos

posicionamentos conflitantes – o que ocorre com a pulverização do controle – e, de outro, que a capacidade executória seja enrijecida e possa ser comprometida, por intercorrências diversas – o que ocorre com a centralização da execução, ao ver de Edström e Galbraith¹⁶.

E, pela complexidade que se revestiu o mercado, é inconcebível pensar na existência de um modelo reticular atomizado e com independência entre os diferentes agentes econômicos. Ainda que as relações de controle possam se dar em graus

¹³ Art. 1.052, Código Civil. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.

¹⁴ Art. 966, Código Civil. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁵ GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 1993. p. 260-261

¹⁶ EDSTRÖM, Anders e GALBRAITH, Jay R. Transfer of Managers as a Coordination and Control Strategy in Multination Organizations. *Administrative Science Quarterly*, v. 22, n. 2, pp. 248-263, junho/1977.

variáveis e mediante a criação de incontáveis estruturas distintas, é inegável que a formação de grupos societários é uma tendência que tem se consolidado principalmente nos últimos quarenta anos, o que demonstra a sua eficácia para atingir os objetivos propostos¹⁷.

Galgano¹⁸ conceitua o grupo econômico como a máxima extensão de complexidade de uma empresa, não possuindo origem legislativa, mas decorrendo tão somente da realidade empresarial enquanto forma de potencializar o sucesso econômico da atividade desenvolvida. Para o autor, os grupos econômicos, ainda que não derivem diretamente de uma normatização prévia do legislador, decorrem reflexamente de dois fenômenos jurídicos: a autonomia contratual – que permitiria a formação de redes contratuais, aqui incluída a criação de laços de dependência, entre diferentes empresas – e o direito de propriedade – que, quando projetado para as ações, permite que aquele que as tenha possa delas gozar, fruir e dispor.

Irujo¹⁹, a seu turno, compartilha em parte da definição de Galgano para os grupos econômicos, mas acrescenta que, além destes serem uma forma aglutinativa de agentes econômicos visando a atenção de um fim comum, há nela

necessariamente o traço da subordinação, decorrente da existência do poder de controle entre uma das empresas que constitui o grupo e as demais – tendo em vista que, ainda que possível o arranjo por meio de cooperação, este levaria à formação de figura jurídica distinta (o consórcio).

Já Lobo²⁰ afirma que os grupos de sociedade constituem um mecanismo pelo qual diferentes empresas, mediante convenção, conservam sua autonomia jurídica, mas subordinam seu controle econômico a um poder central, exercido por aquela sociedade escolhida como controladora. O autor, portanto, adota uma posição intermediária entre as teses de Galgano e Irujo, na medida em que reconhece dois campos de atuação distintos, verificando-se, em cada qual, uma distinta percepção de autonomia: enquanto

¹⁷ LEAL, Ricardo Pereira Câmara; SILVA, André Luiz Carvalho e VALADARES, Silvia Mourthé. Estrutura de controle das companhias brasileiras de capital aberto. **Revista de Administração Contemporânea**, v. 6, n. 1, pp. 7-18. abril/2002.

¹⁸ GALGANO, Francesco et al. **Los grupos societarios: dirección y coordinación de sociedades**. Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 11-12

¹⁹ IRUJO, José Miguel Embid. Algunas Reflexiones sobre los Grupos de Sociedades y su Regulación Jurídica. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 53, pp. 18-40, 1984. p. 23-24

²⁰ LOBO, Jorge Joaquim. Direito dos Grupos de Sociedades, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 107, pp. 99-122, jul./set. 1997.

a personalidade jurídica das empresas constituintes do grupo não é alterada²¹ – individualmente continuariam a existir -, economicamente elas haveriam de ser consideradas enquanto uma só.

Destas três definições pode-se extrair, portanto, a concepção de que o grupo de sociedades é, em resumo, uma realidade fática na qual diferentes agentes econômicos, ligados por um interesse comum, se estruturam em um vínculo vertical (desubordinação) para fins tão somente econômicos, de modo que, agindo em conjunto, maximizam seu potencial lucrativo e reduzem os riscos a que se submetem, sem comprometimento da personalidade jurídica de cada uma das empresas constituintes.

É claro que o grupo econômico não é a única forma complexa de organização do fenômeno empresarial que se digna de nota no presente trabalho –

pois configura apenas uma das espécies de cooperação empresarial – mas ilustra com perfeição a dinâmica dessa estruturação atual da empresa.

Caves²² propõe que o mercado é diretamente afetado pelas estruturas organizacionais disponibilizadas às companhias, havendo uma tendência dos agentes econômicos de buscar mecanismos que permitam maximizar sua produção e seu lucro (fatores —positivos || da equação econômica) ao mesmo tempo em que se diminuem os seus custos (fatores —negativos || da equação econômica). Não haveria uma forma única e homogênea de se alcançarem esses resultados, tendo em vista que as variáveis afetadas repousariam em aspectos produtivos distintos, a depender do ramo econômico e das especificidades da realidade enfrentada por um determinado agente econômico.

Uma das alternativas possíveis, em mercados complexos e caracterizados por uma pulverização dos agentes econômicos, cada qual guardando algum grau de interdependência com um ou mais de seus congêneres, seria a formação de arranjos empresariais, instituições associativas em que, através da criação de uma estrutura organizacional mais robusta, diferentes empresas socializariam os ônus de suas produções para maximizar seu lucro – o que não necessariamente teria um caráter de

²¹ Nesse sentido, convém ressaltar que a ausência de personalidade jurídica para o grupo de sociedades é pontuada pela doutrina como um fator de crise do sistema jurídico, pois demonstra a existência de uma figura híbrida: a despeito de faticamente se mostrar como um ente uno e que toma decisões de maneira articulada e orgânica, sob o prisma do direito, é nada mais do que um conjunto de sociedades que pode ser fragmentado em sua individualidade, sem qualquer prejuízo. Acerca do tema: OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo; Saraiva, 1979. pp.590-591.

²² CAVES, Richard E. Industrial Organization, Corporate Strategy and Structure. **Journal of Economic Literature**, v. 18, n. 1, pp. 64-92, março/1980.

subordinação, admitindo a mera relação de cooperação, com conservação do patamar horizontal, como assevera Thompson²³.

Em detrimento de interações puramente horizontais e particularizadas – entre duas diferentes empresas e tão somente com o fim de realização de operações comerciais isoladas -, passa-se à adoção de interações pluridirecionais (horizontais e verticais) e que não mais se limitam ao aspecto transacional da vida econômica: governança, estruturação interna e conjunção de esforços para

consecução dos aspectos da vida empresarial comum passam a ser medidas indispensáveis para o sucesso da empresa.

Os elementos característicos da empresa contemporânea, ao menos nas formas mais complexas, assim, emergem de demandas da realidade fática, mas exigem algum grau de regulamentação jurídica, ainda que de forma mínima – como se nota no caso dos grupos econômicos brasileiros: há regulamentação, que é observada apenas em elementos pontuais, ficando ela afastada especialmente para a constituição destes grupos, eis que pouco prática.

Identifica-se, assim, um primeiro ponto de dissenso relevante em relação à forma clássica de empresa: se lá a regulamentação externa sequer era considerada, não se afigurando enquanto característica relevante, na empresa contemporânea esta modelagem é essencial – no capítulo seguinte deste trabalho, se esclarecerá que isto se deve ao aumento substancial dos custos de transação.

O aumento da complexidade interna da empresa se explica pelo fenômeno da aversão aos riscos. Ainda que o tema seja analisado mais detidamente no próximo capítulo, convém tecer aqui algumas linhas gerais.

A fórmula econômica prevista pelos economistas comportamentais e aprimorada ao longo do século XX prevê que a moldagem dos processos empresariais internos apenas é viável quando não gerar um custo de implementação maior do que as vantagens por ela possibilitadas – principalmente se, quando comparadas as equações atinentes ao lucro da empresa sem a estrutura criada e com a estrutura criada, a primeira delas resultar em valor maior justamente porque esse custo, não necessariamente financeiro, não consegue ser integralmente absorvido pelo agente econômico. O que os

²³ THOMPSON, James D. **Organizations in Action: social science bases of Administrative Theory**. Londres: McGraw-Hill, 1967.

agentes econômicos constantemente buscam fazer – e o fazem pela necessidade de evitar prejuízos financeiros de maior monta – é se estruturar organizadamente para dissipar o risco do insucesso negocial e evitar a quebra generalizada: tal modelagem protetiva já ocorria na empresa clássica, mas não de forma organizada

e também não orientada de forma a pulverizar os riscos através de sua antecipação, em sede de atividade de planejamento estratégico-empresarial²⁴.

Afinal, para a empresa clássica, imperava no aspecto de mitigação de riscos um formato extremado, que oscilava entre a descrença na ocorrência do risco e a estruturação hiper burocrática e de precaução maximizada. Enquanto para um dos extremos do pêndulo empresarial o risco era considerado nulo e não integrante da equação econômica (ou considerado suficientemente mitigável, pois improvável diante da situação concreta da empresa, ainda que teoricamente não o fosse), para o outro extremo era necessário adotar uma governança prévia que mitigasse por completo todo e qualquer risco, sem exercício de um juízo concreto de probabilidade.

Ademais, para essa concepção primevada empresa, falava-se essencialmente em eliminação de riscos, e não em pulverização²⁵. Esta é outra das diferenças sutis entre a formatação clássica e contemporânea da empresa: na primeira, assume-se que, existindo um risco, é possível reduzi-lo por completo a zero, e, para tal, é necessário catalogar todos os riscos potencialmente existentes e atacá-los um a um; na segunda forma, identificam-se os riscos extremados (que poderiam levar à ruína à atividade empresarial) e se criam mecanismos para a sua eliminação, ao mesmo tempo em que se calcula o risco médio e busca-se a sua pulverização, mitigando seus potenciais impactos, mas ciente de que não é compatível com a racionalidade econômica enfrentar todos os riscos de maneira individualizada, sob risco de oneração excessiva da atividade empresarial.

Daí porque a empresa contemporânea, no tópico da aversão aos riscos, adota um *approach* mais realístico, mas que é igualmente mais complexo. Suas estruturas são limitadas ao necessário para promover a redução dos riscos e se houver racionalidade econômica em sua adoção. Ou seja: em havendo outra alternativa que conduza ao mesmo resultado, mas que seja menos custosa, ela será preferencialmente adotada.

²⁴ MAY, Christopher. **Who's in charge? Corporations as institutions of global governance**. PalgraveCommun, 2015.

²⁵ MACHER, Jeffrey e RICHMAN, Barak. Transaction cost economics: An assessment of empirical research in the social sciences. **Business and Politics**, v. 10, n. 1, pp. 01-63, 2008.

Sobre o tema, vale destacar que Comparato²⁶, quando do advento da Lei das Sociedades Anônimas, já alertava para a proliferação de riscos na empresa contemporânea, asseverando que seus sócios/acionistas não-controladores estão constantemente sujeitos a algum grau de opressão dos majoritários e/ou controladores, criando um potencial fator de atrito dentro dos quadros societários; no caso dos grupos econômicos, o risco de configuração de fraude contra credores seria aumentado pela possibilidade de manejo do grupo econômico com finalidade elisiva das obrigações anteriormente contraídas e, por fim, o próprio mercado se exporia ao risco daquele novel grupo se utilizar de sua força e capilaridade para promover abuso de poder econômico, dentre outros atos de concentração anticoncorrenciais. Ainda assim, todos esses riscos seriam o preço a ser pago pela empresa contemporânea para que se inserisse dentro de uma realidade igualmente complexa.

O aspecto exógeno que se apresenta à empresa contemporânea também justifica a sua distinção em relação à empresa clássica, já que, com o advento da Globalização, a concepção reticular da realidade econômica também passou a se impor.

Lewandowski (2003, p. 50)²⁷ aponta que a globalização é a interdependência dos sistemas econômicos e, também, entre Estados e investimentos internacionais, fenômeno que sempre esteve presente na história da humanidade, mas que se acentuou no final da década de 1980 e início da década seguinte. Essa acentuação se justificara pelo surgimento de novas tecnologias e a maior integração entre os Estados e povos, em virtude do fim da Guerra Fria. Além disso, é um processo contínuo, mas não-linear, que se sustenta em bases econômicas e que coincide com a nova etapa do capitalismo denominada —capitalismo financeiro ||, assim como com a nova divisão internacional do trabalho.

Já Losano²⁸ afirma, na linha do defendido por Lewandowski, que é a globalização um movimento de interdependência de diversos aspectos da sociedade global em uma rede, de modo que os pontos da rede são todos interligados entre si e influenciam uns aos outros, seja na forma de remissões diretas e explícitas ou na forma indireta e implícita.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Comercial**. São Paulo: Forense, 1978.

²⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

²⁸ LOSANO, Mario. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede: novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Ano 8, n. 16, jul-dez, São Paulo: RT, 2005.

Essas duas primeiras definições a respeito da globalização revelam que o mundo globalizado se configura na forma de uma grande rede em que todos os pontos são interdependentes e sofrem influências das decisões uns dos outros. Tal característica não é exclusiva dos Estados, mas também das empresas: o incremento da interação entre os atores empresariais, que se dá pela expansão das cadeias produtivas e da interdependência de diversos setores econômicos, leva também a uma percepção de que os agentes econômicos não podem ser compreendidos a partir de relações puramente bilaterais, mas sim a partir de suas relações multilaterais.

O fenômeno, a bem da verdade, já era conhecido dos economistas e já havia sido percebido em movimentos de instabilidade econômica global (v.g. Crise de 1929 e Crises do Petróleo), tendo, porém, se acentuado com a globalização. A reticularização das cadeias econômicas e das empresas exige que se redobre a atenção com a qual se analisa o comportamento individual das empresas, eis que qualquer medida por elas adotada, ainda que sob o prisma de sua governança interna, poderá ter consequências imediatas sobre toda a cadeia na qual se insere – o exemplo clássico é a exclusão do *player* do mercado (por falência ou por ação própria do mercado), que acarreta no redimensionamento das relações de fornecedores e de consumidores, que se redistribuem entre os demais agentes remanescentes, ao ver de Keeley²⁹.

Além do aspecto da reticularização, a alteração das proporções de tempo e espaço ocasionadas pela globalização também não podem ser ignoradas dentro do fenômeno empresarial.

Ianni³⁰, em obra clássica sobre o tema, afirma que a globalização consiste na modificação dos conceitos de tempo, que se torna dinâmico e reduzido, e espaço, que se torna, simultaneamente, mais extensível – quando referente a diferenças no plano imaterial – e menos extensível – quando referente a diferenças no plano material ou físico, e se manifesta através de diversas metáforas, como a

aldeia global e a fábrica global. Aqui, de forma explícita, surge outro tipo de modificação causada pela globalização: a redução do tempo. A consequência imediata desse evento é o incremento da velocidade com que se demandam mudanças, já que os fatos em si produzem consequências mais rapidamente. Além disso, da teoria supracitada se extrai

²⁹ KEELEY, Terrence. **Sustainable: Moving Beyond ESG to Impact Investing**. Columbia Business School Publishing, 2022.

³⁰ IANNI, Otávio. **Teoria da Globalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

outra importante noção que está impregnada na globalização do final do século XXI: a influência irrestrita em todos os setores da sociedade, sobretudo no Direito. Uma vez

que direito e economia são conceitos diretamente relacionados pela existência de elementos regulatórios e jurídicos na economia, mudanças econômicas produzem efeitos jurídicos e demandam a mudança do direito, e vice-versa³¹.

Se há uma alteração da velocidade das demandas econômicas, passam os agentes que se submetem a esse emaranhado de relações a ter que prontamente se dispor a adaptação com estas realidades. Há, assim, a necessidade de constante replanejamento da governança e do aparato interno da empresa, seja para que ela própria se adeque em suas relações internas, seja para que ela busque a alteração de sua rede de interações para que capte as melhores soluções a essas demandas externas. Isso justifica, de certa forma, o amorfismo empresarial contemporâneo: a incerteza provocada pelas constantes mudanças exige que a empresa tenha condições de prontamente se reestruturar quando necessário e adotar modelagens mais eficientes para o seu negócio.

Barbosa³², por sua vez, inicia sua obra mais importante com a seguinte definição de globalização, a qual ilustra o contexto de grande complexidade em se que insere a empresa contemporânea:

A globalização caracteriza-se portanto pela expansão dos fluxos de informações - que atingem todos os países, afetando empresas, indivíduos e movimentos sociais, pela aceleração das transações econômicas - envolvendo mercadorias, capitais e aplicações financeiras que ultrapassam as fronteiras nacionais - e pela crescente difusão de valores políticos e morais em escala universal. Assim, no mundo globalizado, as distâncias geográficas e temporais encolhem-se de forma pronunciada. A oposição "longeperto" - tão marcante nas

sociedades primitivas e também dos Estados Nacionais dos últimos duzentos anos - mostra-se cada vez menos nítida.

A ideia de Barbosa encampa grande parte dos problemas da Globalização que já foram anteriormente pontuados e que repercutem diretamente na realidade empresarial: a ideia de um sistema interconectado de fluxos e redes, assim como na aproximação concomitante ao distanciamento. E ambas essas ideias estão fortemente conectadas: a noção física de espaço já não importa mais, pois a tecnologia da informação e o capital

³¹ A relação economia-direito opera de forma cíclica. A título de exemplo, mudanças na legislação trabalhista provocam mudanças econômicas, como aumento do preço das mercadorias, elevação do custo da mão de obra, etc. Essas mudanças econômicas ensejam novas mudanças jurídicas para evitar um colapso social e/ou econômico, como o vivido em um período de crise.

³² BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado - política, sociedade e economia**. São Paulo: Contexto, 2001.

circulam em uma velocidade tão rápida que as fronteiras quase não são mais capazes de exercer seu papel limitador.

O limite físico, que antes era exercido pelo território dos Estados e imposto por meio da soberania estatal, agora é reduzido, mas não inexistente. Esse fato é ilustrado pelo poder atribuído às bolsas de valores e aos Organismos Internacionais de cunho econômico: o que ocorre internamente a essas instituições tem repercussão imediata em todos os Estados.

A recíproca também é verdadeira: as ações estatais possuem o condão de desencadear um movimento de caos na relação econômica - a atual guerra verificada no leste europeu, entre Ucrânia e Rússia, é um ótimo exemplo dessa situação, na medida em que, afetando o elo da cadeia de fornecimento de agrotóxicos e insumos agrícolas, provocou o imediato incremento do custo de produção de todos os elos remanescentes, impactando no quantitativo de alimento produzido, como ensejando a busca das empresas do setor agrícola por novos fornecedores dos mesmos insumos. Isto não apenas ilustra o aspecto da retirada de um *player* do mercado anteriormente mencionado como consequência da reticularidade que hoje se verifica na economia, mas justifica também a transformação da empresa em uma estrutura complexa e que constantemente necessita se debruçar sobre a realidade circundante.

Forjaz³³ aponta que os efeitos da globalização podem ser vistos a partir de duas óticas diferentes. A primeira é mais pessimista, na qual o Estado perdeu a sua importância e foi hierarquicamente substituído pelo mercado, que passa a subordinar o Estado. Essa primeira ótica é visível na desterritorialização do Estado e a ausência de fronteiras para o mercado e seus fluxos financeiros e tem, como consequência, a supressão de parte da finalidade econômica do Estado, que nada pode fazer frente ao mercado.

Já a segunda ótica é moderada e consiste no impedimento do estado de realizar políticas macroeconômicas que sejam divergentes das normas do mercado, contudo, o inverso também é verdadeiro – o mercado precisa respeitar certos ditames da legislação

³³ FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do estado nacional. **Revista de Administração de Empresas**, [s.l.], v. 40, n. 2, p.38-50, jun. 2000.

estatal e supraestatal em suas atividades, e caso contrário, aquele que desrespeitar está sujeito a sanções³⁴.

Daí porque as empresas passam a ter agregado um importante elemento de complexidade em suas atividades: os atos por ela praticados não mais interferem tão somente em seu microcosmos, mas possuem repercussões em maior escala, atingindo, até mesmo, o plano estatal.

Essa segunda ótica possível para os efeitos da Globalização é defendida por Chaimovich³⁵, que afirma que a política econômica do mercado e os desígnios estatais estão cada vez mais interligados e, portanto, cada vez mais instáveis. Afinal, sobre a legislação comercial, a globalização econômica e a criação de novos eixos comerciais, ao centro dos quais se situa o mercado, levou à necessidade de mudanças drásticas, como nas áreas de direito societário e propriedade intelectual e industrial.

No direito empresarial, aponta Coelho³⁶ que a globalização apresentou efeitos benéficos pela promoção da liberdade de iniciativa e de competição,

favorecendo a disputa de mercado entre os empresários pela proibição, pelos organismos internacionais, da concessão de medidas que travavam a competição, como o fornecimento desleal de subsídios.

O comércio foi amplamente favorecido pelo progresso de integração decorrente do regionalismo e da globalização, uma vez que houve harmonização e compatibilização da legislação dos diferentes países, reduzindo os custos de transação das operações internacionais. O melhor exemplo dessa situação pode ser vislumbrado nas padronizações dos títulos de créditos que, por legislação internacional comum a todos, deve se resumir às letras de câmbio, aos cheques e às notas promissórias.

Em nível infraconstitucional, merece destaque a adoção de medidas de interpretação da lei comercial que são compreendidas como direito cogente. Nesse sentido, supondo uma lacuna na legislação brasileira, é possível fazer uso dessa interpretação padronizada para solucioná-la. Essa prática, no âmbito dos blocos

³⁴ Seria o caso, por exemplo, de uma empresa petrolífera que, por negligência, comete erro operacional e provoca um desastre ambiental – como no caso da Chevron, em 2013, condenada a pagar R\$95 milhões em virtude de um vazamento de petróleo no Rio de Janeiro.

³⁵ CHAIMOVICH, Mariana Midea Cuccovia. **O direito da integração nas Constituições dos Estados Membros da União Europeia**. 2011. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Internacional, Universidade de São Paulo, São Paulo (sp), 2011.

³⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. v.1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp.119 e ss.

regionais, se faz bastante frequente, dada a elevada probabilidade de litígios decorrentes da diferença da legislação entre os membros.

A modalidade econômica da **G**lobalização, a Globalização econômica, pode ser resumida na progressiva integração das economias nacionais a um grande sistema de comércio mundial, cuja principal característica é a intensa movimentação de capitais. O problema basilar desse modelo é a incompatibilidade entre o tempo da economia, em que as transações ocorrem em tempo real, e o tempo das modificações necessárias, que ocorre de forma gradual – é o tempo das mudanças legislativas.

Silber³⁷ aponta que a globalização econômica é a —internacionalização do comércio, das finanças e da produção || , sendo sua característica o aumento da participação das multinacionais na dinâmica comercial

mundial, como evidenciado por estatísticas de organismos internacionais. Contudo, o autor aponta que ao mesmo tempo que as multinacionais ganham protagonismo, há também um movimento de aproximação dos Estados, através da criação de blocos comerciais em nível regional. Os participantes desses blocos tendem a adotar políticas econômicas comuns, com redução das tarifas alfandegárias entre si e tendência a liberação da circulação de mercadorias – e, em escala mais avançada, até mesmo de pessoas.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Ranieri afirma que a globalização é a —configuração de um espaço econômico e comercial único, de âmbito mundial ||³⁸, que se diferencia de outros movimentos históricos similares pela configuração de um mercado global de lógica única e peculiar, com a repartição das etapas do processo produtivo entre Estados distintos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a vertente econômica está no núcleo do processo de globalização, dela derivando todas as demais, e que no sistema de rede por ela criado, inexistente um ponto central de irradiação: os pontos estão repartidos de forma aleatória na rede e apresentam proporções distintas entre si. Os Estados – pontos dessa rede – não concentram totalmente a produção econômica, de forma que dependem dos fluxos econômicos dos demais e vice-versa.

³⁷ SILBER, Simão Davi. Comércio Internacional. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JUNIOR, Rudinei (Org.). **Manual de Economia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 495-517.

³⁸ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole, 2013. p.182 e ss.

É importante frisar que a globalização não se constitui numa única rede isoladas, mas em um complexo emaranhado de redes que, quando tomadas em conjunto, correspondem a um grande sistema interligado.

Daí porque se frisa neste trabalho que a empresa contemporânea não pode ser dissociada da globalização, em hipótese alguma. Reforça-se, aqui, a concepção de Irty³⁹, no sentido de que a empresa contemporânea é uma evolução natural do conceito clássico de empresa, mas que agrega elementos de complexidade, representando uma verdadeira reinvenção daquilo que se acreditava ser o

arquétipo da empresa: os grupos familiares dão lugar a grandes conglomerados; a organização singela de poucos agentes dotados de poder real dão lugar a sociedades complexas, cujos detentores das cotas e/ou ações não são necessariamente os executores das ações reais das empresas (os CEOs); a concepção da empresa enquanto um agente puramente pontual, com poucas interações relevantes, dá lugar a um importante *player*, capaz de desbalancear, por si só, toda a rede econômica em que se insere.

Entretanto, independentemente do modelo que se adote como referencial, nota-se que há pontos de similitude entre a empresa clássica e a empresa contemporânea, a justificar a afirmação de que esta é evolução do primeiro modelo, e não uma realidade autônoma. Para melhor esclarecer este ponto, convém lançar mão do conceito de núcleo essencial de empresa e, delimitando este núcleo, restará claro os motivos pelos quais se defende uma constante evolução do instituto, a despeito do cenário adverso e de extrema complexidade enfrentado nas últimas décadas do século XX e nas duas primeiras décadas do século XXI.

- **Delimitando o núcleo essencial da empresa**

No início deste capítulo, já foi delineado de maneira genérica o objetivo último da empresa ao longo de toda a existência deste fenômeno: a persecução do lucro feita de maneira estruturada e organizada. Entretanto, identificar traços comuns no objetivo finalístico da empresa não é suficiente para justificar a continuidade do fenômeno e, principalmente, a possibilidade da própria estrutura utilizada para a persecução do lucro ser relativizada.

³⁹ IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 145, p. 44- 49, jan/mar 2007.

O que marca a continuidade do fenômeno empresarial é a preservação de seu núcleo essencial ao longo de toda a sua linha evolutiva, ou seja, de um mínimo estrutural que define um determinado fato da realidade como representativo do fenômeno econômico-jurídico da empresa. Necessário, assim, que se delimite e

conceitue tal núcleo, dissociando os caracteres de essencialidade daqueles de mera acessoriedade.

Antes de adentrar propriamente ao que seria o núcleo essencial de uma empresa, é necessário estipular o que se convencionou chamar, no presente trabalho, de —núcleo essencial || . O presente tópico, portanto, terá a finalidade de definir aludido conceito e a forma como o qual será tratado ao longo do restante deste trabalho.

O núcleo essencial de um conceito corresponde aos elementos fáticos que sempre estarão presentes em uma realidade posta para caracterizar determinada instituição e/ou fenômeno jurídico-econômico, partindo de ao menos uma mesma premissa comum e visando a atingir o mesmo objetivo. É, portanto, o conteúdo comum indispensável a todas as acepções possíveis de um determinado conceito, e sem o qual não será possível caracterizar aquela manifestação da realidade como representativa da conceituação teórica proposta.

A compreensão desse núcleo essencial deve se ater aos limites da interpretação hermenêutica autêntica, como exposto por Eco⁴⁰. Nesse sentido, não se pode inserir arbitrariamente dentro de um nada além daquilo que o próprio conceito ou texto delimita. A interpretação de um dado conceito é autolimitada por ele próprio e, dessa forma, a análise do núcleo essencial da empresa não pode extrapolar os limites daquilo que, conceitualmente, se entende pertinente ao fenômeno empresarial.

A utilização do conceito de núcleo essencial possui razões linguísticas e jurídicas.

Acerca dos motivos linguísticos para se delimitar um núcleo essencial, Umberto Eco⁴¹ afirma que o significado de qualquer signo linguístico depende do contexto, do lugar e do momento histórico (tempo) em que foram tanto elaborados como empregados. Para ilustrar essa tese, conta a historieta de um diálogo entre o Imperador asteca, Montezuma, e seus mensageiros – o Imperador afirmara que havia visto um

⁴⁰ ECO, Umberto. **The limits of interpretation**. Bloomington: Indiana University Press, 1991.

⁴¹ ECO, Umberto. **Kant and the Platypus: Essays on Language and Cognition**. Boston, MA: MarinerBooks, 2000.

macatl (cavalo) no pátio do palácio real, o que indicaria a chegada dos espanhóis à capital, mas um dos mensageiros tinha dúvidas se o significado que Montezuma dera a *macatl* era o mesmo dado pelos mensageiros. Após a narrativa, conclui Eco que apenas após uma série de interpretações verificáveis e que levem em conta os requisitos de contexto, lugar e tempo é que se possibilita a identificação do significado por detrás de um dado signo linguístico.

Já sobre o prisma jurídico, há razões igualmente relevantes para a tratativa do conceito de núcleo essencial. Segundo Kleffens⁴² os conceitos jurídicos tendem a possuir origem e etimologia que não serão necessariamente certas, mormente aqueles que não possuem uma manifestação específica na realidade fática (ou que se trata de realidade abstrata materializável pela ação de terceiros), possuindo significados precisos que variarão conforme o repertório daquele que analisa o conceito e da realidade especificamente posta no momento da análise. Seria incorreto, então, assumir que conceitos jurídicos abstratos – mormente se analisados a partir de uma perspectiva transnacional – sejam únicos, estanques e dotados de validade universal: ainda que todos partilhem um mesmo núcleo fático (o conteúdo essencial), haverá inúmeras diferenças pontuais e que, ainda que pequenas, modificam substancialmente o conceito.

Veja-se, por exemplo, a observação feita por Albino de Souza⁴³ à polissemia do conceito de empresa:

- Ainda quanto à expansão do sentido a ser dado à empresa, pode ser registrada a contribuição dos sociólogos. Tomam a empresa como —assunto || , —acontecimento || , —negócio || —(affaire) de sociedade || para afirmar que —os discursos sobre a empresa têm mudado de sentido: não se trata mais de nela ver um simples aparelho de produção, porém a instituição central de uma sociedade, que ainda procura o seu nome || . E acrescentam: privadas ou nacionalizadas, pequenas ou grandes, atualizadas ou em declínio tecnológico, locais ou multinacionais, as empresas envolvem, em nossos dias, a vida das pessoas, dos territórios e das cidades || . Salientam que, neste mesmo sentido, o discurso do Estado também tem evoluído, descrevendo a empresa como uma espécie de parceira e até mesmo de substituta no seu próprio poder de regular a questão do emprego. O Estado dirige-se à empresa para pedir-lhe colaboração, para melhor produtividade e qualidade, para sair das dificuldades, para criar empregos com a ajuda dos Poderes Públicos. Especialmente com a passagem do intervencionismo de Estado para as privatizações, novas acepções e novos tratamentos da empresa se nos apresentam, desafiando atualização por parte do Direito.

- Sem dúvida, ponto fundamental ao conceito de empresa e cuja retomada se recomenda, refere-se à sua natureza jurídica. Não devendo ser simplesmente

⁴² KLEFFENS, Eelco van. **Sovereignty in International Law: Five Lectures**. The Hague: Recueil des Cours, 1953.

⁴³ ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Conceito de empresa: um desafio que persiste? **Revista do TRF-1**, v. 16, n. 5, maio/2004.

confundida com a sociedade —contratual || ou a —firma || pela qual irá atuar, permaneceu durante o Século XX, e ainda perdura sem pacificação a questão de tomá-la como —sujeito || ou como —objeto || em face da atividade econômica. Considerando-a —instituição ||, já Hauriou levantava esta questão pela visão institucionalista, enquanto Rippert denunciava a necessidade de reconsiderá-la pela orientação —contratualista ||.

Uma vez estabelecido o conceito abstrato de núcleo essencial de um signo linguístico no contexto jurídico, pode-se avançar para a delimitação do que seria o núcleo essencial da empresa.

Começemos com a premissa básica da atividade empresarial: a persecução do lucro de forma lícita – afinal, na linha do que já foi destacado na parte introdutória deste capítulo, não há como conceber a atividade empresarial de maneira dissonante do escopo lucrativo.

Ocorre que o escopo lucrativo ora em enfoque é apenas aquele obtido de maneira lícita – a atividade ilícita não pode, de forma alguma, ser confundida com a atividade empresarial, ainda que haja organização e inserção dentro de uma rede organizada de agentes.

O empresário apenas investe capital (financeiro e humano) e tempo no desenvolvimento da atividade empresarial, se submetendo ainda aos riscos inerentes da mesma, porque busca auferir receita superior aos gastos que foram dispendidos. A empresa, assim, nada mais é do que um mecanismo produtor e canalizador de riqueza para os agentes que nela atuam.

Desse primeiro aspecto do núcleo essencial da empresa, resta claro que o traço característico é o escopo finalístico, e não os meios utilizados para a busca do lucro. Este, portanto, é o primeiro elemento acessório que orbita em torno do núcleo essencial

– e, não obstante, está nele a grande revolução sofrida pela empresa ao longo dos últimos duzentos anos, e que será enfrentada em mais detalhes adiante neste trabalho, quando analisada a métrica ESG.

Entretanto, a mera persecução do lucro obtido lícitamente não é a única característica do núcleo essencial da empresa. Fosse esse o caso, não haveria diferenciação entre o fenômeno empresarial e a cobrança de juros por um agiota ou a atividade de um cidadão que, isoladamente, recebe pequenas quantias em dinheiro por atuar como guarda-carros em uma rua da cidade.

Independentemente do modo como o faça, a empresa é necessariamente um fenômeno jurídico que parte de estrutura e organização definidas. Isso não significa que a empresa deva fazê-lo a partir de formas pré-determinadas ou deva conservá-lo indefinidamente, mas sim que deve haver algum grau de organização na roupagem por ela adotada. Esta organização não pode ser meramente fática, mas deve derivar de elementos de racionalidade: o agente econômico deve saber que revestiu a empresa de organização e que o fez com base em motivos específicos, os quais, em síntese, convergem para a continuidade da atividade empresária e a concretização de seu aspecto lucrativo.

Assim, não integra o núcleo essencial da empresa a forma específica de organização adotada para a persecução do lucro, mas o simples fato da empresa adotar alguma organização interna. Nesse sentido, ao conceber seus perfis da empresa, Asquini(1943)⁴⁴ já havia formulado a concepção objetiva de empresa – exigindo a distinção singela entre o patrimônio da empresa e do empresário – e a concepção corporativa, que hoje adquire a roupagem de compreender a empresa enquanto fenômeno jurídico dotado de uma estrutura específica voltada para a geração de lucro e que se oriente por práticas de governança.

Ainda sobre o tema, afirma Galbraith⁴⁵:

A liturgia corporativa enfatiza fortemente o poder do conselho de administração e, em última análise, portanto, dos acionistas que eles supostamente representam. Os ritos que atestam este ponto são conduzidos com muita solenidade; ninguém se permite ser cínico quanto à sua falta de substância. Súmulas pesadas, repletas de dados, são submetidas ao conselho. As recomendações são anexadas. A discussão é breve, estilizada e superficial. A maioria dos participantes são homens idosos. Dada a extensão e o caráter da

preparação do grupo, a rejeição seria impensável. O conselho, no entanto, fica regularmente com a impressão de que tomou uma decisão. O procedimento societário também permite que o conselho atue em transações financeiras – mudanças na estrutura de capital, declaração de dividendos, autorização de linhas de crédito. Estas, dado o controle pela tecnoestrutura de suas fontes de poupança e oferta de capital, são frequentemente as decisões mais rotineiras e derivadas. Mas, como observado em outro lugar, qualquer associação com grandes somas de dinheiro transmite uma impressão de poder. Isso me traz à mente pelas mesmas razões tradicionais de um destacamento de soldados || .⁴⁶

⁴⁴ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale**, v. 43, n.1, 1943.

⁴⁵ GALBRAITH, John Kenneth. **The new industrial state**. Oxford University Press, 2007. p. 134-135

⁴⁶ No original: —Corporate liturgy strongly emphasizes the power of the board of directors and ultimately, thus, of the stockholders they are assumed to represent. The rites which attest this point are conducted with much solemnity; no one allows himself to be cynical as to their lack of substance. Heavy dockets, replete with data, are submitted to the board. Recommendations are appended. Discussion is brief, stylized and superficial. Most of the participants are old men. Given the extent and character of the group preparation, rejection would be unthinkable. The board, nonetheless, is regularly left with the impression

O terceiro e último elemento do núcleo essencial da empresa é o seu poder de repercussão acerca da realidade circundante, ainda que em um microcosmo reduzido: o fenômeno empresarial como um todo deve ser entendido enquanto o elo fundamental da cadeia produtivo-econômica e sem o qual esta não existiria. Daí porque se exige que a empresa seja estrutura organizada em busca de lucro: o fato de um indivíduo isolado praticar ato específico para ganhar lucro – e nunca mais repeti-lo – não o transforma em uma empresa. Por outro lado, uma pequena confecção local, que gere emprego e renda para uma comunidade e cuja ausência repercutirá economicamente naquela localidade (ainda que apenas para aqueles que integravam o pequeno negócio) será efetivamente considerada uma empresa.

Acerca deste papel econômico das empresas – e que se configura enquanto elemento necessário para a configuração das mesmas –, vale destacar o ensinamento doutrinário de Lazonick⁴⁷, no sentido de que pode esse papel das empresas ser revertido em fator de diferenciação para ela própria:

Resulta dessa definição que uma empresa otimizada que considera as condições tecnológicas e de mercado como dadas ao tomar suas decisões de alocação de recursos não pode gerar inovação. A relação entre uma empresa inovadora e uma empresa otimizada pode ser modelada perguntando como, ao transformar as condições tecnológicas, as condições de mercado ou ambas, um pequeno número de empresas inovadoras pode ser capaz de se diferenciar de outras empresas em uma indústria para ganhar vantagem competitiva sustentada. vantagem. A empresa inovadora torna-se dominante ao transformar a estrutura de custos da indústria e produzir um volume

maior de produção que pode vender a preços mais baixos do que as empresas otimizadoras da indústria. Ao confrontar e transformar as condições tecnológicas e de mercado, em vez de aceitá-las como restrições às suas atividades, a empresa inovadora pode superar a empresa otimizadora. Ao expandir a produção e baixar os preços, a empresa inovadora cresce e setorna maior do que a empresa otimizada.⁴⁸

that it has made a decision. Corporate procedure also allows the board to act on financial transactions— changes in capital structure, declaration of dividends, authorization of lines of credit. These, given the control by the technostructure of its sources of savings and capital supply, are frequently the most routine and derivative of decisions. But, as elsewhere noted, any association with large sums of money conveys an impression of power. It brings it to mind for the same traditional reasons as does a detachment of soldiers || .

⁴⁷ LAZONICK, William. Innovative enterprise and historical transformation. **Enterprise and Society**, v. 3, n. 01, março/2002, pp. 03-47. p. 05

⁴⁸ No original: —It follows from this definition that an optimizing firm that takes technological and market conditions as given in making its resource allocation decisions cannot generate innovation. The relation between an innovative enterprise and an optimizing firm can be modeled by asking how, by transforming technological conditions, market conditions, or both, a small number of innovative enterprises might be able to differentiate themselves from other firms in an industry to gain sustained competitive advantage. The innovative enterprise becomes dominant by transforming the industry cost structure and producing a larger volume of output that it can sell at lower prices than the industry's optimizing firms. By confronting and transforming technological and market conditions rather than accepting them as

A bem da verdade, este poder de repercussão na realidade fática que possuem as empresas deriva de sua própria filiação enquanto uma instituição social relevante, o que reforça o acerto da tese originária de Asquini. Assim, o aspecto corporativo- institucional da empresa, seja perante a realidade social como um todo, seja na rede de atuação em que se encontra inserida, é elemento que permeia o seu núcleo fático.

Deste modo, pode-se conceituar o núcleo fático-essencial de uma empresa enquanto —o fenômeno jurídico estruturalmente organizado para a persecução de lucro e que possui o condão de, por meio da atividade econômica por ela desenvolvida, alterar a realidade a ela circundante || .

- **A perspectiva contemporânea do ESG: uma métrica de avaliação decomportamentos para a geração de lucro das empresas**

Quando conceituado de forma genérica o que é a empresa, buscou-se fazer uma ressalva expressa acerca do que seria um conceito clássico – ao que se remeteu à perspectiva de Ascarelli – e um conceito contemporâneo – ao que se remeteu ao conceito de Irti. Também já se buscou identificar qual o núcleo essencial da empresa e o que se conservou daquele conceito originário nos dias de hoje, mostrando, portanto, que a empresa contemporânea é uma evolução da empresa clássica.

Tais esclarecimentos são fundamentais para que se construa o arcabouço teórico necessário à justificação da proposição de que, na contemporaneidade, não mais se sustenta a perspectiva clássica da empresa, em detrimento de um instituto ressignificado e que se insere em um contexto econômico distinto, seja no que se refere aos objetivos a serem alcançados e nas premissas que o fundam.

A empresa clássica não é mais compatível com a prática contemporânea de mercado. Frisa-se, dentro deste cenário, que não se está a afirmar a erosão absoluta da empresa clássica, mas a ressignificação de seus elementos essenciais diante de um novo contexto de mercado, no qual o alcance do lucro e a produção de riqueza estão sujeitos à influência dos demais atores de mercado.

constraints on its activities, the innovative enterprise can outperform the optimizing firm. By expanding output and lowering prices, the innovative enterprise grows to be larger than the optimizing firm || .

O fundamento para tal afirmação está na transformação ocorrida no cerne da responsabilidade empresarial ao longo do século XX, que integra a empresa contemporânea enquanto um de seus elementos acessórios definidores (ou seja, um traço distintivo em relação à empresa clássica).

Os agentes econômicos, de acordo com as expectativas contemporâneas que lhe são impostas, não deixam de ser agentes sociais, mas possuem características *sui generis* que os apartam dos demais. Não raro são estes agentes indutores de determinados comportamentos, tanto premiadores quanto repressores por parte da sociedade. Podem as empresas incentivarem a redução do consumo de produtos nocivos ao meio ambiente e estimularem seus consumidores a fazê-lo, consoante tese de Speth⁴⁹, bem como representarem polos de inclusão social para

as camadas marginalizadas, na linha do proposto por Jacobs e Mazzucato⁵⁰, o que lhes trará prognósticos positivos em sua equação econômica, internalizando custos para auferirem lucros ainda maiores.

Entretanto, também podem as empresas adotar comportamentos repulsivos, visando tão somente a reduzir seus custos para aumentar a margem de lucro líquido. E é nesse ponto que sua singularidade a distingue do resto da sociedade: enquanto a sociedade teria um papel eminentemente ativo, os agentes econômicos também atuam passivamente na construção das expectativas de mercado, recebendo diretamente o influxo de pressão do restante da sociedade e de seus pares. O comportamento desleal pode ser lucrativo em um primeiro momento, mas, a longo prazo, tende a não ser, pela perda de seu público-alvo: a título de exemplo, no caso dos bancos e dos planos de saúde, dois dos grandes alvos de ações por infringência ao direito consumerista, nota-se já há alguns anos o surgimento de opções concorrentes, desvinculadas das grandes redes, em que a captação de novos usuários é calcada justamente na promessa daquilo que seria o mais básico: que os direitos fundamentais dos usuários seriam minimamente atendidos em tempo razoável.

Deste modo, a empresa que opta por abandonar as expectativas sociais postas pelo mercado consumidor pode ser socialmente punida por sua conduta: não se trata de um processo implementado pelo Estado, mas que certamente deriva do reconhecimento, por ele, de que determinadas condutas não são mais concebíveis. O acúmulo de decisões

⁴⁹ SPETH, James Gustave. **The bridge at the edge of the world: capitalism, the environment and crossing from crisis to sustainability**. New Haven: Yale University Press, 2008.

⁵⁰ JACOBS, Michael e MAZZUCATO, Mariana. **Rethinking capitalism: economics and policy for sustainable and inclusive growth**. Londres: Wiley-Blackwell, 2016.

repulsivas de igual proporção apenas alimenta um sentimento de insatisfação que, pelo movimento natural do mercado, pode retirar estas empresas de ação.

Ainda que a questão da responsabilidade seja objeto do capítulo 4 desta tese, convém tecer considerações gerais sobre o pano de fundo que se apresenta às empresas, e sobre os quais se erige a métrica ESG (*Environment – Social – Governance*), que se analisará sucintamente neste capítulo, eis que é mecanismo

que integra a empresa contemporânea – e se presta a avaliar sua aderência aos *standards* impostos pelo mercado -, mas que também é diretamente atrelada à redução dos custos de transação, os quais se analisará no capítulo subsequente.

Wernaart⁵¹ reconhece ser impossível a existência de comportamentos puramente éticos – e, portanto, desvinculados do lucro – por parte dos agentes econômicos, razão pela qual a ética empresarial/comercial será aquela que, partindo da premissa de que a busca pelo lucro é uma realidade inafastável das empresas (e, portanto, será ele o norte de qualquer decisão a ser tomada), funda a adoção de determinados comportamentos morais dentro da atividade empresarial e perante seus clientes e demais competidores – afinal, a prática de comportamentos éticos seria uma exigência subjetiva/implícita do mercado contemporâneo, sem a qual nenhum agente econômico seria apto a manter sua atividade, pelo ostracismo praticado pelos consumidores finais.

A empresa contemporânea, assim, lida com o constante dualismo entre a busca pelo lucro e a adoção de comportamentos esperados por parte dos consumidores e dos demais fornecedores. O maquiavelismo empresarial que se refletia no arquétipo clássico capitalista deve dar lugar ao agente econômico que minimamente se preocupa com a função social exercida pela empresa e seu papel determinante em questões socioambientais.

A transformação verificada é explicada pelo papel exercido pelos direitos fundamentais intergeracionais e por uma mudança de percepção da sociedade acerca do papel dos agentes econômicos. Mesmo durante o período neoliberal, os agentes econômicos não retornaram à busca desenfreada e desmedida por lucro que pautou a empresa no século XIX e no início do século XX: afinal, reconheceu-se que a atividade econômica, mesmo com intervenção estatal mínima, é apta a transformar a realidade

⁵¹ WERNAART, Bart. **Ethics and Business: a global introduction**. Groningen: Noordhoff Uitgevers (Routledge), 2021.

social – fruto do intenso processo de complexidade ocasionado pela Globalização que se delimitou anteriormente.

É dentro desse contexto de mudança do paradigma da empresa que se insere a métrica do ESG. Partindo do dogma clássico apontado anteriormente, nota-se que, a partir da segunda metade do século XX, a preocupação central das empresas deixa de repousar na busca indiscriminada de lucro de maneira pontual e se volta para a garantia da continuidade do auferimento de lucro, seja através da captação constante da clientela, da adoção de traços distintivos em relação aos seus concorrentes, da redução do seu custo de organização interna ou de outras medidas voltadas a, de alguma forma, produzir uma equação econômica que lhe seja mais favorável.

A equação econômica mais favorável para os agentes econômicos implica em assegurar, simultaneamente, que haja uma redução nos custos internos necessários para a atividade produtiva e um incremento quantitativo dos consumidores do produto. É nisso que a empresa contemporânea se diferencia em maior grau da empresa clássica: busca-se um mecanismo de balanceio de sua equação econômica – revisitando seus custos de transação, objeto do próximo capítulo – que gere estímulos positivos à atividade econômica, e não apenas o corte desenfreado de despesas ou a busca do lucro bruto e imediato.

A aferição de comportamentos éticos (ou antiéticos) dos agentes econômicos é feita por metrificações específicas, dentre as quais a ESG (*Environmental – Social – Governance*). A sigla, traduzida para o português como Meio Ambiente, Social e Governança Corporativa (ASG), denota três pilares da sustentabilidade que determinam atitudes específicas dos agentes econômicos para cuidar do meio ambiente, realizar ações sociais e garantir a organização e *compliance* dentro da estrutura corporativa existente. Ainda que não seja de adoção obrigatória, é um *standard* de comportamento que os agentes externos esperam que as empresas adotem.

Não se trata de prática recente, tendo se consolidado de forma intensa na última década. Entretanto, está ela em constante aprimoramento, na medida em que não enuncia uma modelagem estanque, mas apenas parâmetros para uma realidade social, ambiental e empresarial específica. A mudança dessa realidade ocasiona na mudança da expectativa de comportamento, daí porque se pode afirmar a constante evolução dessa métrica e seu grau elevado de atualidade.

Sobre a consolidação contemporânea do ESG, convém destacar a síntese feita por Hill⁵²:

O termo —investimento ambiental, social e de governança (ESG) || é atribuído a um relatório de 2004 (*The Global Compact*, 2004) que relatou a convicção de mais de 20 das maiores instituições financeiras do mundo de que abordar positivamente as questões ESG é importante para a qualidade global da gestão das empresas. Afirmaram ainda que: —As empresas com melhor desempenho nestas questões podem aumentar o valor para o acionista, por exemplo, gerindo adequadamente os riscos, antecipando a ação regulatória ou acessando novos mercados, ao mesmo tempo em que contribuem para o desenvolvimento sustentável das sociedades em quais operam. Além disso, essas questões podem ter um forte impacto na reputação e nas marcas, uma parte cada vez mais importante do valor da empresa. || Às vezes, ESG é usado como um rótulo genérico para descrever qualquer estilo de investimento que tenha um elemento de propósito social. Embora entendamos que há necessidade de um rótulo abreviado, preferimos reservar esse termo para uma abordagem mais sofisticada de investimento em portfólio, em que o investidor ou gestor de fundos investe em dívida pública e/ou ações, muitas vezes por meio de fundos mútuos ou bolsas de valores, fundos negociados. A carteira geralmente tem o objetivo de obter uma taxa de retorno de mercado, enquanto investe em ativos com pontuação favorável em fatores ESG.⁵³

Trata-se, portanto, de uma modelagem que permite verificar, dentro da estrutura empresarial e da forma com a qual ela se porta perante toda a sociedade, se o comportamento praticado é sistemicamente aceitável ou não: o mercado parte dessa métrica para decidir se investir em determinado agente econômico é viável ou inviável, sob o prisma da sustentabilidade – deixa-se de pensar no lucro a curto prazo para se considerar a atuação da empresa a longo prazo dentro da sociedade.

O ESG não se aparta da questão dos custos de transação ou da parametrização da ação econômica das empresas. A métrica permite avaliar estes custos oriundos da ação ética das empresas, considerando que os comportamentos antiéticos podem gerar lucro imediato, mas prejuízo futuro. Uma empresa que desrespeite direitos trabalhistas pode

⁵² HILL, John. **Environmental, Social and Governance (ESG) Investing: a balanced analysis of the theory and practice of a sustainable portfolio**. Elsevier, 2020.

⁵³ No original: —The term —environmental, social, and governance (ESG) investing || is attributed to a 2004 report (*The Global Compact*, 2004) which reported the conviction of more than 20 of the world’s largest financial institutions that positively addressing ESG issues is important to the overall quality of companies’ management. They further stated that: —Companies that perform better with regard to these issues can increase shareholder value by, for example, properly managing risks, anticipating regulatory action or accessing new markets, while at the

same time contributing to the sustainable development of the societies in which they operate. Moreover, these issues can have a strong impact on reputation and brands, an increasingly important part of company value. ESG is sometimes used as a catchall label to describe any investing style which has an element of social purpose. While understanding that there is a need for a shorthand umbrella label, we prefer to reserve this term for a more sophisticated approach to portfolio investing, wherein the investor or fund manager invests in public debt and/or equity, often via mutual funds or exchange-traded funds. The portfolio often has an objective of earning a market rate of return, while investing in assets which score favorably on ESG factors.

possuir uma margem imediata de lucro maior, mas, a longo prazo, terá que arcar com o pagamento de indenizações na Justiça. Empresas que promovam o esgotamento de um recurso natural essencial à sua atividade econômica, sem dar tempo à natureza para repô-lo, podem no longo prazo se tornar inviáveis economicamente. Há, portanto, custos que afetam a viabilidade das transações realizadas e que decorrem desse comportamento ético.

Nesse sentido, convém destacar ponderação feita por Bose⁵⁴:

Os investidores, juntamente com uma ampla gama de outras partes interessadas, exigem cada vez mais a divulgação de informações não financeiras além daquelas atualmente disponíveis nas demonstrações financeiras. Muitos investidores acreditam no valor social e privado da integração de considerações ambientais, sociais e de governança (ESG) na tomada de decisões financeiras, conforme articulado pelos Princípios da ONU para o Investimento Responsável. Outros têm uma preocupação mais restrita em gerar desempenho financeiro superior por meio da busca do alfa ESG. Além disso, a pressão modesta de algumas instituições reguladoras para analisar os riscos das mudanças climáticas e do clima extremo nos balanços das empresas aumentou o interesse dos investidores em uma maior divulgação sobre o impacto das tendências globais das mudanças climáticas nos ativos corporativos e nas cadeias de suprimentos. Existe, portanto, um interesse considerável em revisar as estruturas contábeis e de divulgação para rastrear medidas de desempenho não financeiro e incorporar análises de riscos e oportunidades relacionados às mudanças climáticas.⁵⁵

A letra —E || da sigla se refere às práticas empresariais em relação à conservação e mitigação dos danos causados ao meio-ambiente. Sabe-se, atualmente, que as empresas privadas são peças-chave para o desenvolvimento sustentável, na medida em que estão elas sob a constante vigilância dos consumidores e fornecedores, da mídia e da sociedade em geral – sem prejuízo da ação estatal que, mesmo no passado, já era cristalizada em matéria ambiental.

A preocupação com o meio ambiente caminha ao lado das preocupações sociais da empresa, na medida em que, hodiernamente, ambos estes comportamentos, ao refletir

⁵⁴ BOSE, Satyajit. **Evolution of ESG Reporting Frameworks**. —in || ESTY, Daniel e COURT, Todd. *Values at Work: sustainable investing and ESG Reporting*. Palgrave Macmillan, 2020.

⁵⁵ No original: —Investors, along with a broad range of other stakeholders, increasingly demand disclosure of non-financial information beyond that which is currently available in financial statements. Many investors believe in the societal and private value of integrating environmental, social, and governance (ESG) considerations into financial decision-making as articulated by the UN Principles for Responsible Investment. Others harbor a narrower concern to generate financial outperformance through the pursuit of ESG alpha. In addition, modest pressure from some regulatory institutions to analyze the risks of climate change and extreme weather on corporate balance sheets has boosted investor interest in greater disclosure on the impact of global climate change trends on corporate assets and supply chains. There is thus considerable interest in revising accounting and disclosure frameworks to track measures of non- financial performance and incorporate analysis of climate change-related risks and opportunities || .

a responsabilidade esperada do empresário para com a sociedade ao seu redor, permitena maximização dos lucros, evidenciando uma mudança na equação econômica, que, agora, admite que custos iniciais possam ser convertidos em proventos futuros, na linha do proposto por Makower⁵⁶.

Entretanto, há de se ter em mente a existência de teses parcialmente contrárias, como a de *Unműßig*⁵⁷, no sentido de que a economia verde é apenas uma peça do quebra-cabeça, devendo ser manipulada conjuntamente com uma forte atuação estatal e com uma mudança de comportamento orientada pela existência de sanções, sem asquais os efeitos positivos da adoção da ética ambiental podem levar a comportamentos não-éticos em outros segmentos, como no campo social – afinal, para se balancear a equação dos custos de transação e evitar um custo excessivo para os produtos finais, a tutela do meio ambiente, na prática, levaria a sacrifícios de natureza social (como os direitos trabalhistas).

Não é esta, contudo, a concepção dominante que se tem hoje acerca da importância da responsabilidade ambiental. Os agentes econômicos progressivamente têm se debruçado sobre estratégias e ferramentais que os permitem se tornar mais

—verdes || e sustentáveis, vislumbrando não apenas uma medida de comportamento, mas uma necessidade para a sobrevivência de seus próprios negócios, dada a finitude dos recursos ambientais.

Sobre o tema, decorre Benjamin⁵⁸:

Esta abordagem da empresa como uma entidade exclusivamente privada tem uma série de implicações para o clima. De acordo com o modelo de primazia do acionista, os constituintes das partes interessadas, como o meio ambiente, são excluídos da proteção pela lei societária e espera-se que busquem proteção contra acordos contratuais ou mecanismos regulatórios fora da lei societária, como a lei ambiental ou mecanismos de mercado. A primazia do acionista sob a análise contratualista também diminui o conceito de firma como uma entidade capaz de servir a uma variedade de interesses, e a reduz a uma esfera amplamente contratual. Sob o modelo contratual de primazia do acionista, resta muito pouca ou nenhuma oportunidade para o meio ambiente como constituinte não acionista de contratar a empresa. O modelo contratual da empresa não prioriza ou protege os interesses do meio ambiente e da sociedade em geral dos impactos negativos das emissões de gases de efeito estufa pelas empresas. A norma da primazia do acionista privilegia o acionista como principal constituinte da sociedade e do direito societário, em

⁵⁶ MAKOWER, Joel. **Strategies for the green economy: opportunities and challenges in the new world of business**. Nova Iorque: McGraw Hill, 2008.

⁵⁷ UNMÜBIG, Barbara et al. **Critique of the green economy: toward social and environmental equity**. Berlim: Henrich Boil Foundation, 2012.

⁵⁸ BENJAMIN, Lisa. **Companies and Climate Change: theory and law in the United Kingdom**. Cambridge University Press, 2022.

detrimento dos interesses e valores dos demais *stakeholders*. Ele se concentra apenas na eficiência e na maximização da riqueza dos acionistas como o único objetivo da empresa. Essa abordagem pode levar a uma concentração míope em lucros de curto prazo, a uma mercantilização econômica do meio ambiente e ao incentivo de externalidades negativas. Como resultado, a norma de primazia do acionista combinada com a prevalência de abordagens de gestão de curto prazo é inadequada para restringir as contribuições das empresas às mudanças climáticas. Essas normas estão cada vez mais desatualizadas e devem ser repensadas. Em particular, a mudança climática e outros riscos ambientais sistêmicos devem ser equilibrados com os interesses dos acionistas onde esses riscos são significativos e a ação corporativa pode mitigá-los e gerenciá-los. Ver a empresa como uma entidade com existência de longo prazo é uma abordagem teórica mais adequada e mais propícia ao equilíbrio de interesses diversos, incluindo, mas não apenas, os dos acionistas. As normas e teorias corporativas não são conceitos estáticos, e a própria mudança climática, combinada com a mudança das normas sociais, está desafiando essas abordagens teóricas tradicionais da empresa e, portanto, motivando mudanças na própria lei das empresas em certas jurisdições.⁵⁹

Ainda, vale destacar, a título de exemplo, que o dano ambiental provocado por uma empresa petrolífera pode levantar questionamentos sobre as ações praticadas por todas as demais empresas do mesmo setor e ensejar a criação de regulamentos mais estritos que incidirão sobre todas. Ademais, o comportamento

irresponsável dos atores, especialmente em matéria ambiental, pode gerar um efeito sistêmico no mercado, inclusive pela via jurisdicional, ainda que, quanto a esta última, opta-se por não entrar em mais detalhes nesta tese, por não tratar do tema específico de estudo. Entretanto,

⁵⁹ No original: —This approach to the firm as an exclusively private entity has a number of implications for the climate. Under the shareholder primacy model, stakeholder constituents such as the environment are excluded from protection by company law, and expected to seek protection from contractual arrangements or regulatory mechanisms outside of company law, such as environmental law or market mechanisms. Shareholder primacy under the contractarian analysis also diminishes the concept of a firm as an entity capable of serving a variety of interests, and reduces it to a largely contractual sphere. Under the contractual model of shareholder primacy, there remains very little to no opportunity for the environment as a non-shareholder constituent to contract with the company. The contractual model of the company does not prioritise or protect the interests of the environment and wider society from the negative impacts of greenhouse gas emissions by companies. The shareholder primacy norm privileges shareholders as the primary constituent of the company and of company law, to the detriment of the interests and values of other stakeholders. It focuses solely on efficiency and shareholder wealth maximization as the sole purpose of the firm. This approach can lead to a myopic concentration on short-term profits, an economic commodification of the environment, and the encouragement of negative externalities. As a result, the shareholder primacy norm combined with the prevalence of short-term management approaches is inadequate to constrain companies' contributions to climate change. These norms are increasingly outdated, and should be reconsidered. In particular, climate change and other systemic environmental risks should be balanced against shareholder interests where these risks are significant and corporate action can mitigate and manage them. Viewing the company as an entity with a long-term existence is a more appropriate theoretical approach and is more amenable to balancing a variety of interests, including, but not only, those of shareholders. Corporate norms and theories are not static concepts, and climate change itself, combined with shifting social norms, is challenging these traditional theoretical approaches to the company, and therefore motivating changes to company law itself within certain jurisdictions. ||

pode-se destacar, a título de exemplo, o caso da litigância climática, como alertam Setzer *et al*:

Ações que tem por foco a mitigação climática podem forçar governos a implementar leis e políticas destinadas a reduzir emissões de GEE, por exemplo, garantindo a efetividade de metas de redução ou de mercados de carbono. Podem também buscar reduzir emissões decorrentes do uso e ocupação do solo, por exemplo, estabelecendo o combate ao desmatamento ou medidas no planejamento urbano e em processos de licenciamento ambiental. Ações que tem por foco a adaptação climática podem responsabilizar governos, empresas e até mesmo cidadãos pela avaliação de riscos e forçar a adoção de medidas necessárias para o enfrentamento de impactos atuais e futuros. Por exemplo, as cidades devem desenvolver instrumentos legais e planos para lidar com maior índice pluviométrico, incidência mais frequente de secas e aumento do nível do mar, e tais critérios devem ser seguidos por agentes licenciadores, empreendedores imobiliários e pessoas físicas que desenvolvam atividades em áreas sujeitas a riscos. Ações de indenização podem buscar a responsabilização do Estado e/ou de grandes emissores de GEE por danos causados a indivíduos e grupos

em razão de eventos climáticos extremos resultantes do fenômeno das mudanças climáticas. Por fim, ações ligadas à avaliação e gestão de riscos climáticos envolvem, por exemplo, a consideração de riscos climáticos em processos de licenciamento ambiental e a prestação a investidores de informações sobre riscos financeiros relacionados às mudanças climáticas.

Sob o prisma social, enfoca a ESG em preocupações envolvendo direitos humanos, relações trabalhistas, comunidades e com o público em geral. Uma empresa alinhada a este critério social é aquela que reconhece seus colaboradores, desenvolve pessoas, oferece melhorias na qualidade de vida com boas relações de trabalho, promove doações e auxílios aos mais necessitados e incentiva o trabalho voluntário dentro de comunidades: é o cerne do ‘S’ da métrica ESG.

Entretanto, em se tratando de uma métrica, não há como se afirmar de maneira cabal qual ação uma determinada empresa deve tomar para atender à sua finalidade social. Deve ela analisar a sua realidade específica e buscar atender, principalmente, o princípio da função social da empresa – uma tônica do capitalismo contemporâneo –, observados os seus próprios limites econômicos e de atuação.

Guimarães⁶⁰, retomando os ensinamentos de Keith Davis, em obra clássica sobre tema, sintetiza em cinco pontos no que consistiria a responsabilidade social das empresas – e, conseqüentemente, o *standard* de comportamento contemporâneo a que elas se submetem – e como poderiam elas alcançar estas metas:

⁶⁰ GUIMARÃES, Heloisa Werneck Mendes. Responsabilidade social da empresa: uma visão histórica desua problemática. **Revista de Administração de Empresas**, v. 24, n. 4, out./dez. 1984. pp. 211-219.

- A responsabilidade social emerge do poder social. Como as decisões empresariais têm conseqüências sociais, estando relacionadas com o sistema social global, elas não podem ser tomadas com base unicamente em fatores econômicos. A tomada de decisão deve obrigatoriamente se guiar por ações que também protejam os interesses da sociedade. Como as empresas, no desempenho de sua missão, se utilizam de um grande volume de recursos da sociedade, em contrapartida espera-se que elas utilizem esses recursos em favor dessa sociedade. Keith Davis afirma que as organizações que ignorarem a responsabilidade advinda de seu poder social estarão ameaçadas pela lei de ferro da responsabilidade social: "a longo prazo,

quem não usa poder de uma maneira que a sociedade considera responsável tenderá a perder esse poder".

- As empresas devem ser abertas em duas direções: para receber os inputs da sociedade e para revelar seus resultados ao público. Tradicionalmente, a empresa tem-se aparelhado para enviar mensagens, não para recebê-las. e necessário procurar entender as necessidades e desejos sociais e não apenas detectar informações de mercado sobre aspectos relacionados meramente aos tradicionais objetivos econômicos. Os resultados sociais das operações das empresas devem também ser divulgados da mesma maneira que os dados econômicos. A proposta operacional é a de elaboração de um balanço social dentro dos modelos do balanço contábil. Na França, a publicação desse balanço é uma obrigação legal para as empresas que possuem mais de 300 empregados. Ele deve fornecer informações sobre salários, condições e segurança, condições de trabalho, política social desenvolvida pela empresa etc.
- Os custos sociais, tanto quanto os benefícios de uma atividade, produto ou serviço devem ser exaustivamente considerados antes de se optar ou não por ele. Se antigamente a viabilidade técnica e a lucratividade econômica eram os únicos critérios adotados na tomada de decisão, hoje é necessário que se inclua nessa ponderação o efeito social do projeto. Quando o efeito desse puder ter um impacto muito forte, as partes possivelmente afetadas devem ser envolvidas na tomada de decisão.
- O usuário deve pagar. Os custos sociais de cada atividade, produto ou serviço devem ser incorporados a ele, de modo que caiba ao usuário pagar por ele. A sociedade não deve arcar com esses custos. O consumidor deve pagar, por exemplo, pelos custos da prevenção contra poluição. Essa filosofia de que o usuário deve pagar não é, contudo, uma regra rígida. Existirão várias exceções, como por exemplo: quando os custos são tão mínimos que podem ser ignorados, quando os custos são desconhecidos, quando sua avaliação é impossível etc. Se os custos adicionais advindos dessa prática desencorajarem o consumo, o resultado será ainda benéfico, porque custos sociais serão evitados.
- Embora as instituições empresariais não tenham uma responsabilidade primária na solução de determinados problemas sociais, devem, na medida do possível, prestar assistência à sua solução. A empresa tem obrigação de reconhecer os problemas sociais e contribuir ativamente para saná-los. Como qualquer cidadão, ela se beneficiará de uma sociedade melhor.

Ainda sobre o tema, mas enfocando o objeto dessa responsabilidade social, vale destacar o comentário feito por Kirschner⁶¹:

Os estudos sobre responsabilidade social da empresa têm privilegiado as relações da empresa com atores e fatores exteriores a ela. Por exemplo, meio-

⁶¹ KIRSCHNER, Ana Maria. Sociologia da Empresa e responsabilidade social das empresas. *Nueva Sociedad*, n. 202.

ambiente, ações com as comunidades próximas, ou projetos culturais. A responsabilidade social interna, ou seja, as ações da empresa

focalizadas no bem-estar de seus funcionários são bem menos estudadas. É menos visível e não repercute tanto na imagem que a sociedade faz da empresa, ou dizendode forma mais contundente: as ações para promover a melhoria das condiçõesde trabalho não dão visibilidade para a empresa.

A ação social das empresas, a filantropia empresarial, o balanço social das empresas é discutido tanto na academia quanto no meio empresarial e na imprensa. Cappellin, Giuliani, Pessanha e Morel (2002), analisando diversas organizações empresariais brasileiras, mostram que atualmente —os critérios de avaliação do sucesso começam a incorporar dimensões que vão além da organização econômica e que dizem respeito à vida social, cultural e à preservação ambiental || . A pesquisa dos autores confirma a tese de que a empresa é um sistema social com dimensões que ultrapassam os objetivos econômicos, e que a empresa é um espaço ao mesmo tempo socializador e socializado, em contínua interação com a sociedade.

O cerne da questão, portanto, é compreender a empresa como um agente cujos atos possuem repercussão social, independentemente desta não ser a finalidade última do agente econômico. Trata-se de ressaltar elemento característico do núcleo essencial da empresa, mas que se mantinha em segundo plano na empresa clássica: não apenas possui o ente responsabilidade econômica, mas, também, algum grau de responsabilidade social (e influência social direta).

Não se ignora a existência de outros conceitos de responsabilidade empresarial, como a proposição feita por Solomon⁶², no sentido de que a responsabilidade da empresa se limita aos valores inerentes à cultura de uma determinada empresa, mas se refuta esta proposta, uma vez que é necessário adotar um referencial mais amplo: é inviável conceber a responsabilidade enquanto o mero somatório de atomizações individuais ou de um *approach* personalista, sendo mais prudente percebê-la a partir doselos coesivos entre essas concepções singulares – ou seja, o traço comum entre todos eles.

Também não se ignora – ainda que não se adote integralmente – a concepção de Weiss⁶³, para quem o escopo da responsabilidade empresarial se limitaria a definir o queé certo e o que é errado dentro do ambiente de tomada de decisões dentro das transaçõesde mercado. A razão para não se endossar a tese da integralidade está no fato da mesma carecer de considerar o aspecto finalístico da empresa – a busca pelo lucro – enquanto

⁶² SOLOMON, Robert. **A melhor maneira de fazer negócios**. São Paulo: Editora Negócio, 2000.

⁶³ WEISS, Joseph W. **Business ethics: a stakeholder and issues management approach**. 7a edição. Oakland: Berrett-Koehler Publishers, 2021.

um parâmetro da tomada de qualquer decisão, de sorte que a definição de —certo || e —errado || não pode dele se apartar.

Assim, pode-se afirmar que o comportamento dos agentes econômicos nas áreas social e ambiental é constantemente monitorado pelo mercado e pelo público consumidor na contemporaneidade. Supera-se a concepção tradicional de capitalismo, oriunda do século XIX, em que se tem na empresa o —arquétipo do vilão || : não se trata mais de uma busca desenfreada pelo lucro, mas uma busca consciente, que alia o pilar fundamental do lucro com a inserção da empresa como aliada na tutela de outros direitos humanos, inclusive o meio ambiente, em relação ao qual as ações ambientais são tradicionalmente apontadas apenas como destrutivas.

Busca-se no comportamento da empresa, assim, a criação de uma mimetização para os consumidores, que, ao se espelhar no que as *Big Companies* fazem, podem reproduzir determinados comportamentos. No entanto, como pontuado, o comportamento empresarial adequado aos *standards* de responsabilidade não é uma via de mão única: a empresa não o faz apenas por —vontade própria || , mas o faz para responder uma demanda do mercado e para se manter enquanto um *player* econômico relevante. Empresas —irresponsáveis || são alijadas do jogo econômico por representarem, para a rede global em que se inserem, atores que podem erodir o próprio sistema econômico e causar um impacto negativo de maneira sistêmica (que afeta a todos).

Ao lado da responsabilidade socioambiental, as empresas também se sujeitam à obediência de *standards* mínimos de governança e gestão interna.

Especificamente acerca dos mecanismos que permitem transparecer como a gestão empresarial influencia na remodelação da empresa contemporânea, optou-se por traçar um panorama das técnicas de governança corporativa e de *compliance*, as quais se associam com a efetivação do *accountability* empresarial — ou seja, a responsabilização e o comprometimento dos atores endo-empresariais para com a transparência e idoneidade nos atos praticados.

Em primeiro lugar, devem ser rechaçadas, de plano, concepções de *compliance* que o dissociam da responsabilidade empresarial, como aquela exarada por Kasabov e

Warlow⁶⁴, que inserem a técnica enquanto uma estratégia assecuratória de transparência e organização das práticas internas que permitam principalmente atrair o consumidor, tendo a função ética um caráter somente retórico. Não é o que ocorre na contemporaneidade, em que a governança corporativa é mecanismo necessário para assegurar o indispensável *accountability* empresarial.

Ao mesmo tempo, também se realiza um contraponto com conceitos extremados, que repudiam a adoção do *compliance* por entenderem ser tal prática incompatível com um modelo de neoliberalismo econômico e de livre-mercado, justamente por burocratizarem em excesso a atividade empresarial, ainda que por meio de mecanismos diversos que a atuação estatal⁶⁵.

Sobre a relevância da governança corporativa na presente data, convém transcrever as ponderações feitas por Cikaliuk⁶⁶:

Nossa pesquisa sugere que os conselhos se comportam com responsabilidade quando os conselheiros estão intrinsecamente motivados a contribuir com seus conhecimentos e habilidades para o bem-estar da empresa e de seus stakeholders; seu sistema de valores e identidade pessoal correspondem ao propósito e aos objetivos da empresa; os diretores acreditam muito em sua própria autoeficácia e capacidade de mobilizar os esforços dos outros; e eles estão dispostos a autoavaliar suas ações. O modelo de entidade abre a possibilidade de o conselho decretar agência (liderança) para decisões sobre a direção e gestão da empresa. Argumentamos que uma visão agentiva dos conselhos de administração, baseada na teoria cognitiva social, nos obriga a ampliar nossa conceituação de por que e como os diretores se comportam e fazem o que fazem para moldar relacionamentos (sistemas sociais). Ao fazê-lo, os diretores, individual e coletivamente, podem decretar uma liderança responsável, agindo como agentes fiduciários, em vez de agentes restritos.

Acreditamos que as características estruturais e comportamentais na análise dos conselhos de administração não devem ser consideradas separadamente. Estruturas (ou seja, internas/corporativas e externas/sistêmicas) e ações (ou seja, comportamentos individuais e coletivos) estão em constante relação de interdependência. As características estruturais podem regular e permitir que os conselhos atuem de uma determinada maneira. Portanto, as placas podem ser vistas produtivamente como "produtos" de um conjunto de estruturas. Ao mesmo tempo, movidos por motivações, capacidades e sentido de eficácia, os administradores podem empreender ações através das quais podem influenciar (isto é, liderar) ativamente o contexto estrutural atual. Mais importante, argumentamos - os diretores podem

se comportar de forma agentiva para criar novas estruturas. Eles podem ser formadores proativos e transformacionais (ou produtores) em seus campos de governança.⁶⁷

⁶⁴ KASABOV, Edward e WARLOW, Alex. **The compliance business and its customers: gaining competitive advantage by controlling your customers**. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2012.

⁶⁵ DEKKER, Sidney. **Compliance capitalism: how free markets have led to unfree, overregulated workers**. Nova Iorque: Routledge, 2021.

⁶⁶ CIKALIUK, Monique. **Responsible leadership in corporate governance**. Routledge, 2022. p. 22-23

⁶⁷ No original: —Our research suggests that boards behave responsibly when directors are intrinsically motivated to contribute their knowledge and skills to the wellbeing of the company and its stakeholders; their value system and personal identity correspond with the purpose and goals of the company; directors

O *compliance* empresarial está associado, assim, com o desenvolvimento de estruturas de mitigação de riscos. Assim como se verá mais adiante com os custos de transação, estas estruturas são necessárias para transparecer previsibilidade decisória e para evitar que haja um comportamento desleal da empresa visando a promover um enriquecimento próprio às custas de outrem ou às custas dos *standards* do mercado. Trata-se de medida que busca nivelar os atores econômicos e colocar todos no mesmo plano, jogando de acordo com as mesmas regras do jogo.

Em resumo, nota-se que a empresa se submete a determinados *standards* de comportamento que, em *ultima ratio*, não se dissociam do regime de suas próprias responsabilidades. Vale destacar, nesse ponto, os ensinamentos de Vergara e Branco sobre a necessidade de transformação da empresa e sua adequação a certos *standards* de comportamento⁶⁸:

Ocorre que esse inquestionável poder econômico em parte vem sendo obtido a um custo social inaceitável. Isso porque as múltiplas externalidades associadas à atividade empresarial, sob a forma de degradação da natureza, condições de trabalho impróprias e produtos inadequados às necessidades humanas, vêm sendo tratadas por meio da privatização dos ganhos e da socialização dos custos. Caso consideremos a crescente competitividade que hoje caracteriza o mundo dos negócios, são preocupantes as consequências da manutenção dessa prática, assim como incoerentes as situações que se criam. Basta que tomemos o exemplo citado por Ryland (1998), segundo o qual grandes empresas norte-americanas do setor de saúde investem alguns milhões de dólares em ações de empresas de cigarro.

Analisando-se os desafios que temos a enfrentar como sociedade e o poder hoje representado pelas empresas, podemos argumentar quanto ao seu necessário envolvimento com a eliminação das externalidades tidas como inerentes às suas atividades. Nesse sentido, despontam

empresas assumindo compromissos com a redução de impactos ambientais, com o apoio a grupos socialmente excluídos, com a erradicação das múltiplas causas de pobreza,

have high belief in their own self-efficacy and ability to mobilise the efforts of others; and they are willing to self-evaluate their actions. The entity model opens up the possibility for the board to enact agency (leadership) for decisions about the direction and management of the company. We argue that an agentic view of boards of directors, based on social cognitive theory, compels us to broaden our conceptualisation of why and how directors behave and do what they do to shape relationships (social systems). In so doing, directors, individually and collectively, may enact responsible leadership acting as agentic fiduciaries rather constrained agents. We believe that structural and behavioural characteristics in analysing boards of directors should not be considered separately. Structures (i.e. internal/corporate and external/systemic) and actions (i.e. individual and collective behaviours) are in a constant interdependent relationship. Structural characteristics can both regulate and enable boards acting in a certain manner. Therefore, boards can be productively viewed as ‘products’ of a set of structures. At the same time, driven by motivations, capabilities and sense of efficacy, directors can undertake actions through which they can actively influence (that is, lead) the current structural context. More importantly, we argue— directors can behave agentially to create new structures. They can be both proactive and transformational shapers (or ‘producers’) in their governance fields realm || .

⁶⁸ VERGARA, Sylvia Constant e BRANCO, Paulo Durval. Empresa humanizada: a organização necessária e possível. **Revista de Administração de Empresas**, v. 41, n. 2, abr.-jun./2001, pp. 20-30.

tais como a ausência de educação. Essas ações não só acenam com a conciliação entre competitividade e humanização das empresas como parecem revelar indícios de que um novo paradigma esteja emergindo no mundo dos negócios. Investigar essa possibilidade é, por si só, instigante.

Um dos exemplos de como o ESG atua nas empresas, influenciando diretamente na sua responsabilidade e na governança corporativa, é na expectativa de que os atores econômicos adotem programas de integridade, quer facultativos, quer obrigatório, tendo como foco medidas anticorrupção adotadas pela empresa, especialmente aquelas que visem à prevenção, detecção e remediação de atos lesivos ao mercado e à sociedade – práticas, em geral de concorrência desleal e/ou que envolvam ilícitos penais ou administrativos.

As boas práticas de governança corporativa e *compliance* constituem um pilar de sustentação para os negócios das empresas, sempre pautados pela ética, pela integridade e pela transparência. Não são eles, porém, os únicos mecanismos que a métrica ESG busca fomentar: busca ela também solucionar os problemas apontados anteriormente acerca da responsabilidade social e ambiental da empresa.

É fato que a atual geração de consumidores, trabalhadores e investidores impõe ao mercado maiores responsabilidades, menores impactos socioambientais e mais transparência, concretizando os três eixos pivotais da métrica ESG. Entretanto, essa simples demanda não seria suficiente para explicar o motivo pelo qual se adota uma métrica de comportamento que, em primeira análise, não traria um lucro direto e imediato à empresa.

O que explica a adoção da métrica é a tentativa das empresas de pulverizar os riscos econômicos e mitigar os custos de sua atividade econômica – os denominados

—custos de transação || -, maximizando globalmente, assim, o saldo líquido de sua equação econômica, ainda que isto importe na assunção de diversas responsabilidades para atender aos *standards* ambientais, sociais e corporativos.

Não se ignora a existência de críticas ao uso da métrica ESG, sob a tese de que esta não teria eficácia comprovada na melhoria dos padrões de responsabilidade das empresas e que, no fundo, se revelaria apenas como estratégia de *marketing*, como afirma Edmans⁶⁹. Entretanto, entende-se que críticas como essa carecem de fundamentação por equívoco de premissa: não é a ESG uma métrica com uma

⁶⁹ EDMANS, Alex. The End of ESG. **Financial Management**, v. 52, n. 1, 2022, p. 03-17.

finalidade em si própria de promover responsabilidade, mas de orientar as empresas a como elas próprias podem alcançar a responsabilidade. Evitar o uso da métrica como mero discurso retórico e *marketing* cabe ao mercado, não se podendo imputar a ela própria o papel de vilã da história – enquanto, a bem da verdade, é ela vítima de mau uso pelos agentes econômicos.

Interessa para o presente trabalho, porém, apenas a perspectiva ambiental trazida pelo ESG, tendo em vista a proposta de recorte teórico feita. Isso não decorre apenas da métrica, mas pela concomitante existência de um elemento jurídico de responsabilização, consoante se analisará em mais detalhes no capítulo 03 desta tese: ainda assim, a abordagem preliminar que se fez neste capítulo, abordando a ESG em sua integralidade, é fundamental para a compreensão do complexo panorama apresentado às empresas – que não devem observar apenas os

custos de transação ambiental, mas também aqueles decorrentes de comportamentos socialmente inadequados e da inobservância de normas de gestão e governança corporativa, cada qual com repercussões próprias. Há, assim, no ESG, um tripé de ações estruturadas que cabem às empresas, que, a seu turno, tem o dever de ponderar como adequar seus negócios a esta realidade sem perder sua finalidade lucrativa e sem prejudicar o seu potencial de geração de riqueza.

Deixa-se, porém, os aspectos social e de governança de lado a partir deste momento para focar apenas no prisma ambiental – ressaltando, porém, que não há óbice para que estudos futuros conjuguem as análises dos custos de transação paracada um destes elementos. E neste elemento específico de análise é que se reconhece, desde já, um papel cada vez mais relevante no século XXI e que, caso inobservado, pode comprometer não apenas a geração de riqueza, pelo esgotamento dos recursos do planeta, mas também a própria razão de existir do mercado.

A empresa contemporânea, portanto, se insere em um contexto de intensa transformação, não apenas interna, mas de todo o contexto circundante – a tutela ambiental é apenas uma dessas dificuldades. Não é de surpreender, portanto, que inúmeras teorias econômicas têm sido cunhadas nos últimos vinte anos para tentar explicar as particularidades dessa nova fase do fenômeno empresarial e como o mesmo pode avançar cada vez mais. Uma dessas teorias é a teoria dos custos de transação – que, atualmente, deixaram de ser um aspecto puramente acessório da realidade econômico para se tornar a peça-chave para a explicação por detrás da

adoção da métrica ESG e de outros padrões de aferição de comportamento dos agentes econômicos.

E, nesse sentido, um dos grandes desafios que se apresenta é a tentativa de compatibilizar a produção de riqueza com a proteção ao meio ambiente, mesmo se considerado o cenário em que a própria delimitação do que vem a ser um —dano ambiental || ou um —comportamento ambientalmente inadequado || não é tão cristalina quanto parece ser em primeira análise.

Assim, uma vez fixado o contexto no qual se insere a empresa contemporânea, é esse o campo nebuloso que terá que ser enfrentado nos próximos capítulos: é necessário, a partir de agora, delimitar o que vem a ser estes custos de transação e como eles se apresentam em matéria ambiental para, posteriormente, se retomar à análise de como essas questões se apresentam em conjunto à métrica ESG, na forma de dificuldades práticas de gestão a serem enfrentadas pelas empresas e demais agentes econômicos.

- **A teoria econômica dos custos de transação e seus impactos na estruturação dos negócios empresariais**

No capítulo anterior, ao ser enfrentada a temática da empresa contemporânea, foi destacado que uma de suas características de maior relevância é a capacidade de identificação de maneira precisa dos fenômenos realísticos que influenciam no custo final da atividade econômica, buscando a sua atenuação para maximizar o lucro líquido histórico final – e, como abordado sucintamente naquela ocasião, tais fenômenos realísticos seriam nada mais do que espécies de custos de transação.

O presente capítulo busca esmiuçar essa proposição e analisar no que consiste a teoria econômica dos custos de transação, detalhando como eles se apresentam dentro da realidade fática e por que passaram eles a constituir elo fundamental da equação econômica nos últimos cinquenta anos.

Antes de se adentrar para o estudo de cada uma das teorias dos custos de transação de *per se* e de sua evolução histórica, convém tecer alguns prolegômenos iniciais sobre a matéria.

A teoria econômica neoclássica tinha como premissa básica de seus modelos teóricos a possibilidade de desenvolver uma fórmula matemática padronizada para se calcular o preço final de uma determinada transação, dela se abstraindo influências de caráter subjetivo, ainda que, anteriormente à formulação da equação econômica, seja necessário superar premissas envolvendo o conhecimento dos agentes acerca da realidade sistêmica de fundo.

Tal situação decorre do fato de o pensamento neoclássico se basear, essencialmente, em três axiomas centrais – o individualismo metodológico, o instrumentalismo metodológico e o equilíbrio metodológico, consoante proposta de Arnsperger e Varoufakis⁷⁰ – os quais, em síntese, fundam as premissas de que o ser humano pode, por conta própria, se informar suficientemente sobre todos os aspectos da vida econômica e/ou adquirir o conhecimento necessário para decidir de maneira informada e qualificada sobre uma decisão a ser tomada⁷¹, bem como que tem ele seu agir pautado em um comportamento definido para satisfação de suas preferências e

⁷⁰ ARNSPERGER, Christian e VAROUFAKIS, Yanis. What is neoclassical Economics?

Panoeconomicus, v. 53, n. 1, pp. 05-18, 2006.

⁷¹ UEBEL, Thomas. Rationality and pseudo-rationality in political economy: Neurath, Mises, Weber.

Boston Studies in the Philosophy and History of Science, v. 336, pp. 197-215, 2019.

buscando a máxima utilidade deste seu comportamento – adotando, no mais, as premissas utilitaristas de Mill, como destaca Hahn⁷².

Deste panorama decorre a tese de que a equação econômica é insuscetível de influências subjetivas externas: se os agentes são economicamente oniscientes, então toda contratação é pautada pelo pleno conhecimento dos riscos atinentes ao negócio, ao ver de Zouboulakis⁷³. Consequentemente, se todos os agentes contratam estando cientes da máxima extensão dos riscos a que estão eles sujeitos e prosseguem na investida comercial pela utilidade da avença, então não há um custo adicional promovido pela insegurança do inadimplemento ou pelo mero temor de que o mesmo não será cumprido – a onisciência do agente econômico lhe asseguraria o poder de distinção entre negócios que não seriam concretizados de negócios que seriam efetivados, tudo em caráter precedente à contratação.

Pode-se, portanto, sintetizar o dogma econômico neoclássico na equação econômica parametrizada apenas na oferta e na procura, sendo irrelevante demais fatores que não estejam diretamente associados a um destes dois fatores, observando-se, por evidente, as premissas anteriormente indicadas acerca dos agentes contratantes. Daí porque o ápice desta teoria pode ser encontrado na

proposição da Teoria da Eficiência de Pareto (—Ótimo de Pareto ||)⁷⁴, que assevera que, em relações econômicas, sempre existirá um ponto de equilíbrio em que não é possível aumentar as vantagens auferidas por uma das partes sem acarretar prejuízo para o contratante remanescente, consoante senota da própria estruturação do modelo proposto por Pareto, em trecho referenciado por Newman⁷⁵:

O modelo do Manual (especialmente seu apêndice matemático) descreve indivíduos – consumidores – que desejam consumir determinados bens e trocar outros bens, e firmas – produtores – que buscam obter o máximo lucro. Um equilíbrio para um consumidor é um ponto na curva de indiferença mais alta possível, aquele —onde seus gostos serão mais bem satisfeitos || ([1906] 1971: 131), ou aquele onde seu índice de ofelividade⁷⁶ será maior. A noção de índice de ofelividade de Pareto para um consumidor é semelhante à utilidade de Edgeworth, exceto pela diferença crucial de que não precisa ser objetivamente mensurável ou comparável entre indivíduos. Isso é o que os

⁷² HAHN, Frank. General Equilibrium Theory. **National Affairs**. Edição Especial. pp. 123-150. 1980.

⁷³ ZOUBOULAKIS, Michel. **The varieties of Economic Rationality: from Adam Smith to contemporary behavioural and evolutionary economics**. Londres: Routledge, 2014.

⁷⁴ CRAWFORD, Vincent P. A procedure for generating Pareto-Efficient Egalitarian-Equivalent allocations. **Econometrica**, v. 47, n. 1, pp. 49-60. Janeiro/1979.

⁷⁵ NEWMAN, Peter (Ed.). **The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law**. Volume III (P-Z). Londres: Palgrave MacMillan, 2018.

⁷⁶ Valor de uso de uma mercadoria, ou seja, o *quantum* que ela representa em termos de satisfação das necessidades humanas.

economistas modernos chamariam de função de utilidade ordinal, não uma função cardinal. Simplesmente reflete preferências, não força ou sentimento. Um equilíbrio para um produtor é o ponto mais alto possível na colina do lucro. Um equilíbrio geral é aquele em que os consumidores estão maximizando seus índices de ofelividade e, simultaneamente, os produtores estão maximizando os lucros.⁷⁷

Partindo-se da lógica preconizada por Pareto, os agentes econômicos sempre buscariam alcançar esse ponto de equilíbrio, eis que, nele, os proveitos para ambos os contratantes estariam em seu ápice, tendo a contratação celebrada logrado êxito em alcançar seu maior patamar de eficiência, consoante proposta de Nath⁷⁸. Por ser estanque em uma contratação bilateral, variando tão somente quando alterados os sujeitos da relação econômica, este ponto de equilíbrio poderia ser antevisto *a priori* pelos contratantes e buscado de maneira objetiva, com tendência a ser constantemente repetido tão logo se identificasse o equilíbrio.

Daí que, sob essa perspectiva teórica, a tendência dos agentes econômicos é a de sempre repetir as mesmas transações econômicas com os mesmos contratantes, assegurando-lhes uma relação perene de bem-estar. Como o contexto circundante é desprezível na equação econômica, bastaria que se encontrasse o ponto de otimização em cada relação bilateral existente para que um determinado agente usufrísse da maior vantagem econômica possível para a sua atividade.

No entanto, como destacado por Copetti Neto e Bolzan de Morais⁷⁹, esse modeloteórico esbarrava em dois problemas recorrentes na atividade empresarial: a premissa deque o influxo de informações é exclusivamente bilateral e retilíneo, e não multilateral e reticular, e a assunção de que os atores econômicos possuiriam racionalidade ilimitada e

⁷⁷ No original: —The model of the Manuel (especially its mathematical appendix) describes individuals – consumers – who wish to consume certain goods and exchange other goods, and firms – producers – who seek to obtain maximum profits. An equilibrium for a consumer is a point on the highest feasible indifference curve, one —where his tastes will be best satisfied || ([1906] 1971: 131), or one where his index of ophelimity will be greatest. Pareto’s notion of index of ophelimity for a consumer is akin to Edgeworth’s utility, except for the crucial difference that it need not be objectively measurable or comparable between individuals. That it, it is what modern economists would call an ordinal utility function, not a cardinal function. It simply reflects preferences, not strength or feeling. An equilibrium for a producer is the highest point possible on the hill of profit. An equilibrium overall is one where consumers are maximizing their indices of ophelimity and simultaneously producers are maximizing profits || .

⁷⁸ NATH, S. K. **A reappraisal of Welfare Economics**. London: Routledge & Kegan Paul, 1969.

⁷⁹ COPETTI NETO, Alfredo e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Segundo Movimento *Law and Economics*, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) Direito Contemporâneo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 56-76.

acesso a meios adequados para prever e solucionar, a um custo irrisório⁸⁰, todas as problemáticas que pudessem afetar a eficácia econômica de sua ação.

Litteris:

Não obstante tudo isso, se enaltece a seguir três críticas à teoria da eficiência de Pareto, ou seja, a primeira, coloca-se à intersecção da base normativa - utilitarista ordenalista - com o mecanismo formal de compreensão da teoria; a segunda, quanto ao próprio mecanismo formal de compreensão da teoria, e, a terceira, no seu aspecto ideológico, como seguem: a) a crítica da impossibilidade: pela impossibilidade real de informação e, ainda, pela incoerência da unanimidade em um específico estado de coisas sem falar no caráter paradoxal e contraditório em que se coloca o requisito fundamental da teoria, a percepção individual subjetiva e incomparável de bem-estar, com a necessidade de uma percepção unânime ao alcance de uma determinada situação, que vem fortalecida pela existência

comprometedora de uma pluralidade de situações do mundo real; b) a crítica do respeito/negação/suplantação do direito individual ao veto: pelo caráter obrigatório de atingir o consenso e a unanimidade, isto é em uma dada situação mesmo esta sendo eficiente, não existe nenhuma possibilidade realde coerção à aceitação de todos sem que tal coerção à aceitação não negue o direito individual ao veto. Noutras palavras: ou o direito individual ao veto, se respeitado, impossibilita e descaracteriza a eficiência, ou, a eficiência se sobrepõe ao direito individual ao veto, ou, ainda, como auge disso tudo, a eficiência se enraíza numa falácia normativa à vista de suplantar o direito individual pelo consenso; c) a crítica da manutenção do *status quo* e da supressão da justiça distributiva: em se tratando, teoricamente, de situação ótima de Pareto isto é, uma dada situação se assume como ótima de Pareto quando não se pode, em hipótese alguma, melhorar as condições - subjetivas - de um indivíduo sem, com isso, piorar as condições de outro o *status quo* deve permanecer inalterado, mesmo que se suprima a justiça distributiva, na medida em que é tanto ótima de Pareto uma sociedade A que acumula todos os recursos a X e nenhum a Y como uma sociedade B que divide os recursos à metade para X e Y (CALSAMIGLIA, 1987, n. 4, p. 273).

À crítica acima destacada, também devem ser adicionadas considerações acerca dos parâmetros da equação econômica em si. Pareto e seus contemporâneos neoclássicos se limitavam a incorporar na equação econômica o comércio de bens propriamente ditos, ignorando que, anteriormente a esta comercialização, tais bens haveriam de ser produzidos. Sobre o tema, vale destacar as lições de Hall *et al*:

Consequentemente, os primeiros pensadores da economia começaram com um modelo de troca pura de bens, sem considerar sua produção. Com um conjunto de pressupostos matemáticos sobre o —comportamento racional do consumidor ||, demonstrou-se que, através da troca de bens nos mercados, resulta um equilíbrio em que todos os consumidores maximizam a sua utilidade, no sentido de que não é possível melhorar a situação de um único

⁸⁰ Nenhuma das teorias econômicas de maior expressão previa a possibilidade de solução de problemas —a custo zero || pelos agentes de mercado. Pelo contrário: preconizavam que este custo sempre existiria e que o sucesso da atividade econômica passaria pela sua redução a um valor marginal que não interferisse na equação econômica. O cerne da diferença entre estes teóricos e Coase está na quantificação do custo necessário para solucionar estes problemas: enquanto os primeiros defendiam a possibilidade do custo sempre tender a zero, Coase entendia que o piso alcançável sempre seria superior a zero e nunca atingiria a marginalidade prevista, já que o —custo de solução || e o —custo do risco || seriam inversamente proporcionais.

consumidor sem piorar a situação de pelo menos um outro consumidor (o chamado ótimo de Pareto). Este benefício de mercados (perfeitos) é geralmente considerado como a base da economia de livre mercado. Mostra por que os mercados, onde os indivíduos —gananciosos || se encontram, funcionam. Mas, posteriormente, quando o modelo foi estendido para incluir produção, o problema da

geração física da riqueza juntou-se, inseparavelmente, ao problema da distribuição da riqueza como consequência da estrutura do modelo: no equilíbrio neoclássico, com a hipótese de Comportamento empresarial maximizador de lucros, as produtividades dos fatores, por definição, tinham que ser iguais aos preços dos fatores. Isso significa que no modelo resultante os pesos com os quais os fatores de produção contribuem para a geração física de riqueza são determinados pela parcela de custo de cada fator.⁸¹

Pressupunha a modelagem neoclássica, portanto, que dois contratantes apenas negociariam na forma de uma obrigação de dar coisa certa ou uma obrigação de fazer e assumindo que a transação se esgotaria de imediato, configurando-se ato instantâneo e sem projeção de efeitos para o futuro: a contratação e a afiguração da *traditio* (supondo a entrega de uma coisa certa) seriam atos sincrônicos que dispensariam a ação de terceiros intermediários, cabendo a integralidade da celebração e execução do contrato (aqui inclusos os atos de natureza pré-contratual (Forgioni)⁸²) ao indivíduo comprador e ao indivíduo vendedor. Tal hipótese, porém, é muito distante da realidade econômica dominante, seja no século XIX, quando concebida a teoria, ou na contemporaneidade, em que a construção das relações econômicas se baseia em redes contratuais pluricêntricas e interdependentes, tema este já destacado no Capítulo 1 deste trabalho.

Os equívocos da equação econômica dos autores neoclássicos, portanto, são manifestos. Ainda que não se negue que oferta e demanda são integrantes da equação econômica, é inviável imputá-los à função de serem as únicas variáveis relevantes e não desprezíveis *a priori* do cálculo a ser realizado para encontrar o lucro máximo que pode efetivamente ser obtido pelo agente econômico. A adoção desta concepção implicaria,

⁸¹ No original: —Consequently, the early thinkers in economics started with a model of pure exchange of goods, without considering their production. With a set of mathematical assumptions on —rational consumer behavior, || it was shown that, through the exchange of goods in markets, an equilibrium results in which all consumers maximize their utility, in the sense that it is not possible to improve the situation of a single consumer without worsening the situation of at least one other consumer (the so-called Pareto optimum). This benefit of (perfect) markets is generally considered as the foundation of free-market economics. It shows why markets, where —greedy || individuals meet, work at all. But later, when the model was extended to include production, the problem of the physical generation of wealth was coupled, inseparably, to the problem of the distribution of wealth as a consequence of the model structure: In the neoclassical equilibrium, with the assumption of profit-maximizing entrepreneurial behavior, factor productivities by definition had to equal factor prices. This means that in the resulting model the weights with which the production factors contribute to the physical generation of wealth are determined by the cost share of each factor. ||

⁸² FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; p. 100-101.

em *ultima ratio*, negar o próprio contexto reticular em que se insere a empresa contemporânea – e que, a bem da verdade, também se inseriria a empresa clássica, ainda que em menor proporção.

A falácia da formulação teórica de Pareto, assim, expõe que a equação econômica não é composta apenas por fatores econômicos que dependam da relação intersubjetiva, mas também por fatores associados à operação comercial e que transbordam da égide interrelacional (v.g. os gastos necessários para a manutenção dos equipamentos utilizados para o desenvolvimento da atividade econômica) e por externalidades propriamente ditas (v.g. influências do contexto econômico circundante).

- **Externalidades em sentido amplo**

Para que não parem dúvidas conceituais, e para melhor delimitação do escopo da análise deste trabalho, faz-se necessário diferenciar as externalidades em sentido estrito dos custos de transação, antecipando-se, porém, que a externalidade é um gênero do qual o custo de transação é uma espécie.

Externalidades nada mais são do que fenômenos externos à relação econômica individualmente considerada e que dela não se derivam, ainda que possam ter origem nos próprios agentes econômicos contratantes, mas que impactam direta ou indiretamente na relação enfocada, favorecendo ou dificultando a sua concretização. Consistem, assim, em um gênero de fenômenos que podem contribuir para o incremento ou redução do custo total de um contrato, sendo irrelevante a sua natureza.

Buchanan e Stubblebine (2000, p. 139)⁸³, nesse sentido, definem externalidades como uma atividade geratriz de mudanças de comportamento, sejam elas positivas ou negativas, em um agente econômico, influenciando o grau de utilidade de uma determinada operação com repercussão financeira. Assim, para os autores, os agentes econômicos sempre buscariam uma posição de

equilíbrio para maximizar o proveito que teriam a partir daquela transação individual. Nas palavras dos autores:

Definimos um efeito externo, uma externalidade, para estar presente quando, $u_A = u_A(X_1, X_2, \dots, X_m, Y_1)$

⁸³ BUCHANAN, James e STUBBLEBINE, William. Externality. —in || GOPALAKRISHNAN, Chennat (Ed.). **Classic papers in natural resource economics**. Londres: Palgrave Macmillan, 2000. pp. 138-154

Esta afirma que a utilidade de um indivíduo, A, depende das —atividades || (X_1, X_2, \dots, X_m) , que estão exclusivamente sob seu próprio controle ou autoridade, mas também de outra atividade única, Y_1 , que é, por definição, sob o controle de um segundo indivíduo, B, que se presume ser membro do mesmo grupo social. Definimos uma atividade aqui como qualquer ação humana distinguível que pode ser medida, como comer pão, beber leite, vomitar fumaça no ar, jogar lixo nas estradas, dar aos pobres, etc. Observe que a utilidade de A pode, e irá no caso normal, dependem de outras atividades de B além de Y_1 , e também das atividades de outras partes. Ou seja, a função de utilidade de A pode, em termos mais gerais, incluir variáveis como $(Y_2, Y_3, \dots, Y_m; Z_1, Z_2, \dots, Z_m)$. Para simplificar a análise, no entanto, devemos limitar nossa atenção aos efeitos de uma atividade particular, Y_1 , já que ela afeta a utilidade de A.

Assumimos que A irá se comportar de modo a maximizar a utilidade da maneira ordinária, sujeito aos valores externamente determinados para Y_1 , e que ele modificará os valores para os X's, conforme Y_1 muda, de modo a manter um estado de —equilíbrio || .⁸⁴

Ocorre que, ainda que a equação econômica acima destacada pareça singela, ela adquire traços de maior complexidade quando considerado que os agentes econômicos celebram simultaneamente uma miríade de transações e operações em seu cotidiano, para Azariadis e Drazen⁸⁵. Logo, a busca pelo equilíbrio quanto às externalidades não incide apenas sobre uma operação isolada, mas sobre o seu conjunto. O reverso também é verdadeiro: as ações praticadas por um indivíduo não reverberam apenas sobre um único agente, mas sobre todos os agentes com os quais contrata. Daí porque a inserção do sistema econômico em uma realidade de rede maximiza os efeitos das externalidades e torna impossível sua redução à zero – ou à sua marginalização -, algo que seria

⁸⁴ No original: —We define an external effect, an externality, to be present when, $u_A = u_A(X_1, X_2, \dots, X_m, Y_1)$

This states that the utility of an individual, A, is dependent upon the —activities \parallel , (X_1, X_2, \dots, X_m) , that are exclusively under his own control or authority, but also upon another single activity, Y_1 , which is, by definition, under the control of a second individual, B, who is presumed to be a member of the same social group. We define an activity here as any distinguishable human action that may be measured, such as eating bread, drinking milk, spewing smoke into the air, dumping litter on the highways, giving to the poor, etc. Note that A's utility may, and will in the normal case, depend on other activities of B in addition to Y_1 , and also upon the activities of other parties. That is, A's utility function may, in more general terms, include such variables as $(Y_2, Y_3, \dots, Y_m; Z_1, Z_2, \dots, Z_m)$. For analytical simplicity, however, we shall confine our attention to the effects of one particular activity, Y_1 , as it affects the utility of A.

We assume that A will behave so as to maximize utility in the ordinary way, subject to the externally determined values for Y_1 , and that he will modify the values for the X's, as Y_1 changes, so as to maintain a state of —equilibrium \parallel . \parallel

⁸⁵ AZARIADIS, Costas e DRAZEN, Allan. Threshold Externalities in Economic Development. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 105, n. 2, pp. 501-526, 1990.

possível apenas em um sistema de transações exclusivamente bilaterais e sem relação de interdependência, na linha do proposto por Chandlers e Tulken⁸⁶.

A equação de Buchanan e Stubblebine, ao considerar que as ações influenciadoras (o coeficiente Y) são individuais, não realiza qualquer distinção acerca da natureza deste indivíduo, se privado ou estatal⁸⁷, impondo como única condicionante o fato de ser um membro do mesmo grupo social daquele que sofre as consequências da ação praticada. Ocorre que é possível generalizar a prática das externalidades para que estas incidam sobre toda e qualquer ação que repercuta na utilidade e/ou na equação de uma transação celebrada por um agente econômico distinto: a ação pode até mesmo ser praticada por um —não-indivíduo \parallel , na forma do fato do príncipe ou de fenômenos naturais, sendo irrelevante, para fins conceituais, a definição precisa de quem a pratica, mas tão somente a sua repercussão sobre terceiros. Daí porque se pode afirmar, como feito anteriormente, que a externalidade não é uma espécie fenomênica, mas sim um gênero dos mesmos.

Deste panorama, nota-se que, em termos probabilísticos, seria tendente a zero a ocorrência de uma rede relacional sem externalidade alguma, caso se admitisse que as externalidades decorrem apenas da ação humana (como defendem Buchanan e Stubblebine). No entanto, considerando-se que, na realidade, há externalidades alheias à vontade humana, é nula, por completo, a probabilidade de se conceber transação econômica sem externalidade: o mero

risco de haver um fato superveniente provocado por forças não-humanas e que possa promover o inadimplemento contratual já é, por si só, uma externalidade (na modalidade custos de transação, como se destacará mais adiante neste capítulo).

Ainda, na busca de uma definição precisa do que seriam externalidades, convém destacar o que assevera Sztajn⁸⁸, forte na tese de que a repercussão econômica promovida pelas externalidades pode ser positiva ou negativa e, principalmente, que não se trata de fator matematicamente irrelevante, como defendiam os neoclássicos:

Externalidade, termo largamente empregado pelos economistas, ligado a benefícios ou custos nascidos e presos ao exercício de atividade que não são

⁸⁶ CHANDERS, Parkash e TULKENS, Henry. Exchange processes, the core and competitive allocations. —in || DREZE, Jacques et al. **Public goods, environmental externalities and fiscal competition**. [s.l.]: Springer, 2006. pp. 63-80.

⁸⁷ Op. Cit, p. 150.

⁸⁸ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto (org.). Fundamentos do estado de direito: estudo em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317.

suportados pelo seu exercente, por quem lhes dá causa, mas recaem sobre terceiros "externos" à sua origem, pessoa, grupos de pessoas ou a sociedade. Externalidades são comuns na vida de relação e, muitas vezes, são desejadas e fomentadas.

Os efeitos, positivos ou negativos, decorrentes da ação de algum agente econômico, particular ou do Estado, podem recair ou afetar pessoas não acopladas a ela, atividade. Externalidade é, portanto, o efeito experimentado por alguém, mas que deriva de ato, fato ou ação de outrem.

As externalidades, portanto, não podem ser sumariamente excluídas ou presumidas como nulas na equação econômica, seja porque podem atuar positivamente (ocasião em que os agentes econômicos, em vez de nulificá-las, buscarão maximizar seus efeitos em seu favor) para otimizar o equilíbrio contratual, seja porque todas as equações econômicas terão externalidades a elas relacionadas. Logo, partindo-se da já estabelecida premissa de uma economia em rede e ciente de que os elos posteriores de uma cadeia contratual são afetados pelas escolhas feitas pelos elos antecedentes, basta que haja externalidade no contrato —zero || de uma relação econômica e que esteja localizado no primeiro nível da cadeia relacional para que todas as transações subsequentes sejam afetadas.

Por fim, concluindo-se a análise das externalidades, convém destacar que, para alguns doutrinadores, as externalidades também podem ser percebidas sob a forma de um fenômeno em rede, replicando-se sincronicamente para todos os agentes econômicos que integram uma mesma cadeia relacional – ao que se remete à percepção teórica de Dahlman⁸⁹ -, o que permite concluir que são as externalidades cumulativas: o aumento do grau de interdependência de um contrato em relação a elos anteriores da cadeia produtiva incrementa também o grau de representatividade e a valoração numérica que uma externalidade possui dentro da equação econômica - sobre o tema, convém destacar a construção matemática feita por Schachermayer⁹⁰.

Esta parece ser a construção teórica que mais se amolda à realidade econômica contemporânea, dadas as premissas fundantes do sistema fixadas no capítulo anterior deste trabalho e já retomadas, ainda que sinteticamente, nos parágrafos anteriores. Entretanto, é importante destacar que admitir o efeito cumulativo das externalidades em decorrência das redes econômicas contratuais não implica em assumir a ocorrência do

⁸⁹ DAHLMAN, Carl J. The Problem of Externality. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 1, pp. 141-162, abril/1979.

⁹⁰ SCHACHERMAYER, Walter. **Asymptotic Theory of Transaction Costs**. European Mathematical Society Publishing House: Zurique, 2017.

fenômeno apenas em um ambiente reticular e nem que a mera existência da rede econômica seja uma externalidade negativa, que maximize este fenômeno ou que facilite a emergência de novas espécies de externalidades⁹¹.

- **Os custos de transação**

Uma vez conceituadas as externalidades, pode-se avançar para a seara dos custos de transação, espécie de externalidade negativa que será analisada de maneira mais detida neste trabalho. De antemão, faz-se ressalva metodológica importante para o restante deste trabalho: ainda que os custos de transação tenham sido a externalidade negativa eleita para as análises que serão feitas ao longo do trabalho – tendo em vista serem a mais intimamente relacionada com a

responsabilidade empresarial, eis que esta se insere dentro da seara do risco do negócio, configurando, doravante, um custo de transação -, não se propõe a afirmação de que os custos de transação são a única externalidade negativa existente ou se mostram como a mais dominante. A escolha se justifica pelo fato de que, no universo peculiar do objeto de análise deste trabalho, são os custos de transação a externalidade de maior representatividade e que podem quantificar o impacto da ação responsável e/ou irresponsável dos agentes econômicos para com o meio ambiente.

Dentro do universo das externalidades, os custos de transação representam, em linhas gerais, um fator econômico que representa o risco de inadimplemento, de readequação contratual superveniente ou de insegurança e incerteza para com o objeto finalístico contratual. Quanto maior numericamente a variação que representa os custos de transação, maior, por consequência, é o risco de um determinado negócio vir a não ser cumprido ou demandar maior prudência e atenção do agente econômico na persecução de sua concretização.

Logo, ainda que os custos de transação representem uma influência não nulificável na atividade econômica – daí porque podem ser traduzidos em uma espécie do gênero —externalidade negativa || -, suas raízes estão na esfera jurídica e pressupõem o conhecimento dos riscos e das incertezas do negócio jurídico e, minimamente, de fatores da realidade sistêmica que podem provocar o inadimplemento. Como os agentes

⁹¹ LIEBOWITZ, S. J. e MARGOLIS, Stephen E. Network externality: an uncommon tragedy. **Journal of Economic Perspectives**, v. 8, n. 2, pp. 133-150, 1994.

econômicos são racionais, mas não oniscientes, partem eles de seu conhecimento da realidade e da *praxis* econômica para fixar previamente alguns custos de transação, denominados custos originários, associados especificamente ao objeto e ao momento temporal da contratação, e posteriormente acrescentam outros custos à operação, denominados custos subjetivos, que se relacionam diretamente com a operação a ser realizada (considerando não só seu objeto, mas especificamente o sujeito com quem se transaciona).

Antes de avançar na temática dos custos de transação, necessário esclarecer a distinção entre risco e incerteza para os fins do presente trabalho. Dentro da

teoria dos custos de transação, denomina-se risco aquela situação cuja probabilidade de ocorrência pode ser aferida ou, ao menos, estimada com algum grau de confiança, aqui se incluindo modificações legislativas que encareçam, de maneira superveniente, os custos do contrato; incerteza, por outro lado, é a álea por excelência do negócio jurídico, conceituando-se enquanto uma situação que não tem sua probabilidade ou sequer a sua possibilidade estimáveis matematicamente – nela se incluem os fatos do príncipe e os fenômenos naturais, desde que não possuam relação com o objeto ou os sujeitos da contratação. Sobre o tema, destaca-se interessante passagem da obra de König, referente a riscos e incertezas⁹²:

Uma distinção fundamental foi feita entre —incerteza || e —risco || . Ambas as construções foram aceitas para representar os extremos polares de um continuum de certeza, cuja definição provocou uma série de discussões teóricas em vários estudiosos (Carnap, 1945; Keynes, 1921; Knight, 1921). As descrições abrangem o —grau de crenças pessoais || , o —grau de possibilidade || ou o —nível em que as avaliações de probabilidade podem ser adotadas || . Por exemplo, Frank Knight (1921), sendo um dos primeiros na literatura econômica que investigou minuciosamente os conceitos de risco e incerteza, argumentou que a diferença poderia ser definida pelo tipo de avaliação de probabilidade que é aplicável na situação dada. —Risco || representa um estado onde —a lei da mudança é conhecida || (Knight 1921: 37) e, portanto, probabilidades objetivas (por exemplo, simetrias a priori ou probabilidades estatísticas) podem ser adotadas para avaliar o futuro. Em contraste, a —incerteza || é um estado que é acessível apenas de forma limitada, pois apenas probabilidades subjetivas (por exemplo, suposições, opiniões) podem ser aplicadas. Knight argumentou que ambos os conceitos desempenham um papel crucialmente diferente nos processos de geração de lucro das empresas. Ele apontou que a mudança per se – que poderia ser descrita com um certo tipo e nível de risco – não seria a causa do lucro, mas uma —condição necessária || (Knight, 1921: 37). A condição suficiente é atendida se a competição em torno das fontes de lucro for confinada pela presença de incerteza. A incerteza refere-se à divergência das condições reais do estado esperado em cuja base as decisões de negócios anteriores foram

⁹² KÖNIG, Franziska. **The uncertainty-governance choice puzzle revisited: predictions from Transaction Costs Economics, Resource-Based Theory and Real Options Theory.** Berlin: Gabler Edition Wissenschaft, 2008.

tomadas (Knight, 1921). Carnap (1945) descreveu de forma semelhante a distinção entre risco e incerteza com referência a dois tipos de avaliações de probabilidade em um continuum de certeza. A primeira avaliação de probabilidade é descrita como o —grau de confirmação || e refere-se ao conceito de incerteza. Em contraste, a segunda avaliação de probabilidade diz respeito à —frequência

relativa no longo prazo || (Carnap, 1945: 517), indicando a incidência do risco. O principal *insight* dessas distinções é que o risco (também chamado de —incerteza newtoniana ||) pode ser reduzido pela coleta e processamento de informações, enquanto a incerteza genuína só poder ser transformada, mas não eliminada (O'Driscoll e Rizzo, 1985).⁹³

Desta forma, os custos de transação não são um fenômeno exclusivamente jurídico ou exclusivamente mercadológico-econômico, mas transitam entre estas duas esferas, e também não possuem uma prévia possibilidade de quantificação exata, eis que também transitam entre a incerteza e o risco. Contudo, desde a origem da transação econômica, pode-se afirmar que, na medida em que se inserem na equação econômica, podem os custos de transação flutuar positiva ou negativamente na formulação total do cálculo da operação mercantil – idealmente, caberá ao agente econômico buscar que os mesmos tendam à zero, ou que estejam dentro de um patamar de irrisoriedade.

Para Leland⁹⁴, a tendência à zero, que seria possível apenas em um cenário de idealidade econômica – daí porque a equação econômica neoclássica seria possível apenas em um contexto de utopia –, representaria a contratação com risco ou incerteza

⁹³ No original: —One fundamental distinction has been made between —uncertainty || and —risk || . Both constructs have been agreed to represent the polar ends of a certainty continuum, whose definition has provoked a number of theoretical discussions across several scholars (Carnap, 1945; Keynes, 1921; Knight, 1921). Descriptions encompass the —degree of personal beliefs || , the —degree of possibility || , or the —level to which probability assessments can be adopted || . For example, Frank Knight (1921), being one of the first in the economic literature who thoroughly investigated the concepts of risk and uncertainty, argued the difference could be defined by the type of probability assessment that is applicable in the given situation. —Risk || represents a state where —the law of change is known || (Knight 1921: 37) and wherefore objective probabilities (e.g., a priori symmetries or statistical probabilities) can be adopted to assess the future. In contrast, —uncertainty || is a state that is only limitedly accessible as only subjective probabilities (e.g., assumptions, opinions) can be applied. Knight argued both concepts play a crucially different role in the profit generating processes of firms. He pointed out that change per se – which could be described with a certain type and level of risk – would not be the cause of profit but a —necessary condition || (Knight, 1921: 37). The sufficient condition is met if the competition around sources of profit is confined through the presence of uncertainty. Uncertainty refers to the divergence of actual conditions from the expected state on whose basis prior business decisions have been made (Knight, 1921). Carnap (1945) similarly described the distinction between risk and uncertainty with reference to two types of probability assessments on a certainty continuum. The first probability assessment is described as the —degree of confirmation || and refers to the concept of uncertainty. In contrast, the second probability assessment relates to the —relative frequency in the long run || (Carnap, 1945: 517), indicating to the incidence of risk. The key insight from these distinctions is that risk (also called: —Newtonian uncertainty ||) can be reduced by

collecting and processing information, while genuine uncertainty can only be transformed but not eliminated (O'Driscoll and Rizzo, 1985).

⁹⁴ LELAND, Hayne. Option pricing and replication with Transaction Costs. *The Journal of Finance*, v. 40, n. 5, pp. 1283-1301, dezembro/1985.

mínimos e estimularia a constante repetição do negócio entre os contratantes: alcançar o zero absoluto dos custos de transação refletiria na operação econômica perfeita, dotada do máximo de utilidade. Em não sendo possível alcançá-la, porém, os agentes econômicos têm o dever de agir para ao menos mitigar os custos de transação decorrentes dos riscos que se inserem na sua esfera de atuação, seja na forma da modificação de seu processo produtivo e/ou de contratação, seja na adoção de medidas que alinhem a sua postura econômica com os *standards* de mercado.

Deste modo, os custos de transação podem ser definidos como variáveis econômicas negativas que se contrapõem aos benefícios gerados por uma transação, desestimulando os agentes a concretizarem uma avença, originando-se da racionalidade limitada dos agentes econômicos e da perspectiva de que, em uma contratação, sempre será buscado o melhor custo-benefício – o —oportunismo contratual || destacado por Nooteboom⁹⁵.

Outra definição teórica os trata como —custos incorridos pelas partes no processo de efetivação de uma negociação || , da lavra de Bertran⁹⁶, do que se depreende serem os custos de transação uma consequência natural da incompletude dos contratos e da racionalidade limitada dos contratantes. Ora, se para aumentar a segurança jurídica e garantir a concretização é necessário adotar alguma blindagem, certamente seria ela acompanhada de custos (não necessariamente econômicos). E, se estes custos superarem as vantagens esperadas pela concretização da transação, então esta jamais virá a efetivamente ocorrer.

Sztajn⁹⁷ também propõe uma conceituação sintética própria para os custos de transação, fazendo-o em contraposição à definição das externalidades já transcrita anteriormente:

Custo de transação é expressão que, também esta, vem da ciência econômica e cuja relevância, na tomada de decisões pelos agentes econômicos, demonstra-se crescente. Transação, no jargão dos economistas, é qualquer operação econômica, operação de circulação de riqueza entre agentes econômicos. Custos de transação são aqueles

custos em que se incorre que, de alguma forma, oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação.

⁹⁵ NOOTEBOOM, Bart. Firm Size Effects on Transaction Costs. **Small Business Economics**, v. 5, n. 4, pp. 283-295, 1993.

⁹⁶ BERTRAN, Maria Paula. **Interpretação contratual e análise econômica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁹⁷ Op. Cit., p. 349-350.

Incluem-se nessa concepção de custo de transação o esforço com a procura de bens em mercados, a análise comparativa de preço e qualidade do bem desejado, a segurança do cumprimento das obrigações pela outra parte, isto é, do adimplemento certo, seguro e, a tempo, passa pelas garantias que o agente venha a requerer para caso de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito, e abrange, até mesmo, o trabalho com a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas essas tratativas, que desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes; compreende, enfim, cuidados e o tempo despendido entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação ou transação - na linguagem dos economistas - e o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes.

Pode ser considerado custo de transação qualquer movimento posterior à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito. Medidas judiciais, quando se as consideram inevitáveis para a satisfação da pretensão, por conta do recurso ao Judiciário, do tempo e esforços despendidos, entram no cômputo e, portanto, na estratégia de qualquer agente econômico, como fonte de custos de transação.

Os custos de transação podem, portanto, ser expostos a partir da seguinte situação problema: se um agente econômico pretende contratar com outrem, certamente buscará ele a aquisição do produto/serviço que possua o melhor custo-benefício para si, ainda que, matematicamente analisando a operação, não venha a contratar junto a quem possua o melhor preço bruto - não raro optará o agente econômico pela contratação junto a quem possui melhor reputação no mercado ou por aquele dotado de maior *expertise*. Entretanto, do ponto de vista econômico, estaria esse agente se desviando do resultado esperado, ao contratar por um preço mais caro?

Pela lógica da teoria dos custos de transação, não, pois o preço do produto/serviço não é a única variável de uma transação comercial: há custos implícitos (os custos de transação), decorrentes do comportamento humano ou

não, que também influem nesse processo, estando eles associados ao risco de não-concretização da avença ou de minimização da eficácia de seus resultados.

Ainda que os custos de transação não possam ser reduzidos a zero – pois inexiste instrumento apto a mitigar todas as formas de incerteza, já que parte dela decorre de fatores alheios à vontade humana⁹⁸ -, é possível tentar mitigá-los, ainda que, para tal, outra ordem de custos venha a surgir – custos inerentes ao dispêndio de tempo, recursos humanos e, por vezes, capital, para blindar o contratante da incerteza. O desafio das

⁹⁸ É importante destacar que é possível a responsabilização contratual pela ocorrência de caso fortuito e força maior, caso assim pactuem as partes, consoante disposição do art. 393 do Código Civil. Nesses casos, nem mesmo a atuação extremamente diligente das partes e a utilização da racionalidade humana em sua máxima extensão serão suficientes para reduzir a zero a possibilidade de inadimplemento: assim, verifica-se que o máximo que pode o agente econômico fazer é buscar com que a chance de insucesso tenda a zero, ou seja, se aproxime o máximo possível de zero.

modelagens teóricas dos custos de transação, ao longo da segunda metade do século XX, foi identificar as raízes desses custos e identificar estratégias para mitigá-los, sem que, para tal, se criassem empecilhos de ordem suficiente a desincentivar a atividade transacional.

Exemplifica-se essa questão sob o prisma do direito ambiental – antecipando-se que a abordagem será retomada mais adiante neste trabalho: uma empresa que trabalhe com a extração de combustíveis fósseis ou de minérios possui, de forma inerente à atividade desempenhada, o risco de provocar dano ambiental. Cabe a ela adotar instrumentos de redução deste risco, o que importará em um custo de transação, ou seja, na assunção de um gasto definido para reduzir o risco de que um prejuízo de maior monta ocorra.

Tratando-se de mera faculdade do agente econômico, cabe a ele aferir qual o instrumento de mitigação do risco que é mais adequado à sua realidade peculiar, por exemplo, se deve contratar consultorias externas para aferir o impacto ambiental futuro, se deve alterar o modo de extração do combustível fóssil ou minério, ou se deve alterar o local onde desempenha suas atividades. Caso não proceda com nenhuma medida e não ocorra um dano ambiental, o lucro da empresa será o máximo possível – o —melhor cenário || para a empresa. Por outro lado, caso ocorra o dano sem que tomada nenhuma medida preventiva, terá

que indenizar os lesados pelo dano ambiental e sofrerá um abalo à sua imagem junto ao mercado – o — pior cenário || possível. A adoção de medidas de mitigação do risco de dano visa a assumir um gasto quantificável e certo para evitar a concretização deste pior cenário.

É interessante destacar desde já que os custos de transação ambiental possuem um importante traço diferencial em termos de dimensão do risco/incerteza a ser enfrentado: se em regra esses custos seriam incidentes aos riscos da própria atividade empresarial e se circunscreveriam a prejuízos sofríveis apenas pela empresa e, na pior das hipóteses, pela sua cadeia produtiva; no caso da incerteza do dano ambiental há uma indeterminação de possíveis lesados, já que, em *ultima ratio*, a própria sociedade é a beneficiária do direito intergeracional ao meio ambiente equilibrado.

A análise dos custos de transação e o seu impacto na delimitação do comportamento dos agentes econômicos tanto por vias jurídicas como por outros mecanismos de direcionamento do comportamento econômico se faz de extrema

importância, especialmente quando se possui como objetivo último analisar a incidência dos mesmos sob a perspectiva da responsabilidade da empresa.

Afinal, na medida em que são esses custos compostos, em síntese, pelas variáveis da — insegurança jurídica || - o que permite afirmar que a ineficiência normativa e deficiência de técnica legislativa terão repercussões no potencial transacional dos agentes econômicos - — orientação comportamental || - decorrente das *informal rules* de mercado e que impõem determinados modelos de conduta como comportamentos a serem adotados pelos agentes econômicos para atenuar as distorções verificadas na empresa clássica, - e — incertezas em geral || - decorrentes das ações de terceiros e fenômenos da natureza não correlacionados com a atividade empresarial enfocada -, então o comportamento irresponsável de uma empresa pode se converter em um custo de transação de impacto concentrado, mas distante temporalmente, da mesma forma que a persecução de um comportamento responsável pode ensejar a adoção de estruturas

igualmente custosas, mas com repercussão diluída no tempo e com potencial de conversão em externalidade positiva.

Não há, portanto, como se estudar o fenômeno da responsabilidade das empresas (seja ela social, ambiental ou de qualquer outro tipo) sem antes se compreender qual a representatividade da mesma dentro da equação econômica e como esse comportamento influencia no desequilíbrio desta equação, seja no curto ou no médio/longo prazos. Até porque, como se destacará no próximo capítulo, a responsabilidade ambiental da empresa não é uma incerteza, mas um risco de probabilidade quantificável e que, portanto, é de incumbência do agente contratante computá-lo em suas contratações e buscar sua mitigação.

Nos próximos tópicos, serão expostos os modelos teóricos de Ronald Coase e Oliver Williamson – os dois principais economistas que se dedicaram a explorar a modelagem dos custos de transação⁹⁹ - e as atuais proposições contemporâneas para o instituto, para, em seguida, verificar como o Direito Empresarial pode contribuir com a solução dessa contenda.

⁹⁹ Coase venceu, em 1991, o Prêmio Nobel de Economia pelo seu estudo acerca dos custos de transação e do direito de propriedade para a estrutura institucional e funcionamento da economia, o que demonstra a relevância da tese proposta originalmente por ele.

- **O modelo de Coase**

Coube ao economista britânico Ronald Coase a primeira modelagem teórica dos custos de transação, ainda em aspecto bastante rudimentar, na tentativa de superar uma falha na teoria econômica clássica: identificar a influência de elementos subjetivos da configuração do preço final de uma transação e o modo mais eficiente de evitar que seus potenciais prejuízos superem as vantagens finais.

Coase discordava desse delineamento teórico clássico e identificara as falhas em sua concepção, na medida em que, ao analisar a jurisprudência atinente a litígios empresariais em que os contratantes poderiam ter recorrido ao modelo de Pareto para solucionar de maneira mais célere seu conflito, constatara que dificilmente eram utilizadas soluções teoricamente plausíveis que permitiriam a

máxima eficiência e agradariam ambos os interessados. Diante dessa situação, o economista britânico percebeu que, para além de variáveis subjetivas integrarem a fórmula final do custo de uma transação econômica, não seria possível reputar desprezíveis economicamente o desenvolvimento de mecanismos para afastar as situações que geram ou são potenciais geradoras de dano aos agentes contratantes¹⁰⁰. *Litteris*:

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é comumente pensada como aquela em que A inflige danos a B e o que deve ser decidido é: como devemos restringir A? Mas isso está errado. Estamos diante de um problema de natureza recíproca. Evitar o dano a B infligiria dano a A. A verdadeira questão que deve ser decidida é: deve-se permitir que A prejudique B ou deve-se permitir que B prejudique A? O problema é evitar o dano mais grave. Em meu artigo anterior² exemplifiquei o caso de um confeitiro cujo ruído e vibrações de suas máquinas perturbavam um médico em seu trabalho. Evitar prejudicar o médico infligiria danos ao confeitiro. O problema colocado por este caso era essencialmente se valia a pena, em consequência da restrição dos métodos de produção que poderiam ser utilizados pelo confeitiro, garantir mais adulteração à custa de uma oferta reduzida de produtos de confeitaria. Outro exemplo é dado pelo problema do gado vadio que destrói as plantações nas terras vizinhas. Se é inevitável que algum gado se perca, o aumento da oferta de carne só pode ser obtido à custa da diminuição da oferta de safras. A natureza da escolha é clara: carne ou colheita. Qual resposta deve ser dada, é claro, não é clara, a menos que saibamos o valor do que é obtido, bem como o valor do que é sacrificado para obtê-lo. Para dar outro exemplo, o professor George J. Stigler exemplifica a contaminação de um riacho.³ Se assumirmos que o efeito prejudicial da poluição é que ela mata os peixes, a questão a ser decidida é: o valor dos peixes perdidos é maior ou inferior ao valor do produto que a contaminação do córrego possibilita. Escusado será dizer que este problema tem de ser encarado no seu conjunto e à margem.¹⁰¹

¹⁰⁰ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, Vol. 3, pp. 1-44, Oct. 1960.

¹⁰¹ No original: —The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be

O pressuposto da teoria de Coase, assim, é a existência de um custo inerente a todas as operações mercantis que não decorre de seu objeto, mas de seus sujeitos e da forma de organização de que se revestem os contratantes. Ainda que não seja necessariamente quantificável pecuniariamente, esse custo implícito decorreria das múltiplas etapas do ciclo contratual – a cogitação (ponderação entre o desejo e a real necessidade de contratar), a negociação (pactuação do preço e

elaboração do contrato), a execução e a fiscalização do contrato, e, por fim, as obrigações pós-contratuais¹⁰² -, sempre tendo como objetivo último a mitigação de possíveis danos.

E como reduzir o montante global dos custos de transação, que, pela sua própria definição, se entendem ser variáveis, e não constantes? A resposta para essa pergunta é dada pela organização e sofisticação da estrutura empresarial: se esses custos decorrem da operacionalização da atividade econômica, que necessita de várias etapas para identificar e depurar danos potenciais, quanto mais bem estruturada for a empresa – alcançando o seu ápice na forma da —firma || -, mais eficientes, e conseqüentemente menos custosos, serão os meios empregados para proteger o contratante dos danos.

Dentro desse panorama organizacional, ao ordenamento jurídico cabe tão somente fixar uma base inicial de direitos aos contratantes, um parâmetro mínimo que sempre deverá ser seguido em todos os contratos. A extrapolação desse mínimo teria a aptidão de desbalancear o arranjo desses direitos, incrementando os custos de transação

– refletindo a opção refratária de Coase acerca do papel exercido pelo Direito na regulação da atividade econômica – e desestimulando a efetivação de transações.

decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm. I instanced in my previous article² the case of a confectioner the noise and vibrations from whose machinery disturbed a doctor in his work. To avoid harming the doctor would inflict harm on the confectioner. The problem posed by this case was essentially whether it was worth while, as a result of restricting the methods of production which could be used by the confectioner, to secure more doctoring at the cost of a reduced supply of confectionery products. Another example is afforded by the problem of straying cattle which destroy crops on neighbouring land. If it is inevitable that some cattle will stray, an increase in the supply of meat can only be obtained at the expense of a decrease in the supply of crops. The nature of the choice is clear: meat or crops. What answer should be given is, of course, not clear unless we know the value of what is obtained as well as the value of what is sacrificed to obtain it. To give another example, Professor George J. Stigler instances the contamination of a stream.³ If we assume that the harmful effect of the pollution is that it kills the fish, the question to be decided is: is the value of the fish lost greater or less than the value of the product which the contamination of the stream makes possible. It goes almost without saying that this problem has to be looked at in total and at the margin. ||

¹⁰² COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, Vol. 3, pp. 1-44, Oct. 1960.

A inflexão em relação ao modelo clássico, assim, se dá não em virtude de um questionamento sobre a formação objetiva do preço do objeto/serviço em si, mas sim sobre o custo da formação contratual, que era necessário para assegurar a ocorrência da transação abstratamente considerada¹⁰³. E, diante desse cenário, o preço final não poderia ser mais previsto com exatidão matemática e nem seria possível alcançar uma eficiência absoluta de Pareto. A subjetividade e a busca dos contratantes por uma blindagem que lhes evite dano passam a ter *status* igualmente relevante na teoria econômica, deixando de ser um índice desprezível.

No entanto, a despeito da boa recepção da teoria proposta por Coase, não é ela imune a críticas, as quais tendem a orbitar a proposta de uma solução generalista e extremamente ampla para a solução da crise de confiança empresarial. Ainda que, por evidente, o ganho doutrinário oriundo deste modelo tenha sido notável, por prever de maneira sistemática a existência de variáveis subjetivas na equação econômica, essa primeira teoria ainda era bastante rudimentar e, por vezes, recaía nos mesmos vícios que tentava repelir.

Ao prever um modelo em que a organização e estrutura do contratante influem na diminuição dos custos de transação, Coase ignora – ou, em termos matemáticos, torna desprezível – o fato de que a implementação e manutenção de estruturas robustas pelas empresas acarretam em um custo, o que também deve ser ponderado: de nada adianta criar um mecanismo que minimize os danos que possam ser infligidos à empresa se, por conta da despesa advinda da própria estrutura, sua atividade econômica se torna inviável (HAHNEL E SHEERAN, 2014)¹⁰⁴.

Assim, ao pensar em riscos extremados, mas sem considerar a probabilidade de sua incidência no mundo real, o autor acaba desenvolvendo um modelo deveras utópico, cujo custo de implementação – que não é considerado na sua fórmula – pode inviabilizar o exercício da própria atividade econômica, já que a criação de qualquer estrutura de governança importa na assunção de um custo fixo para a

¹⁰³ A modelagem proposta por Coase pode ser ilustrada analogicamente: se duas pessoas pretendem se deslocar do ponto A ao ponto B e devem optar entre dois diferentes meios de transporte, é ilusório pensar que o seu gasto final será exclusivamente com locomoção. Terão de considerar, no fluxo total, o tempo e os recursos dispendidos com a preparação do deslocamento e aqueles que indiretamente estão a ele associados: eventuais paradas, alimentação, diferença de tempo, etc. O

—gasto com locomoção || , assim, não se resume a uma única variável, mas a um conjunto de variáveis, resultantes do somatório do preço

—bruto || da operação (a compra da passagem aérea ou a gasolina dispendida no trajeto, por exemplo) e dos custos indiretos – estes, economicamente denominados —custos de transação || .

¹⁰⁴ HAHNEL, Robin e SHEERAN, Kristen. Misinterpreting the Coase Theorem. **Journal of Economic Issues**, v. 43, n. 1, 2009, p. 215-239.

produção/prestação de serviço, valor este que reflete diretamente no preço final da transação. Portanto, na tentativa de dar maior concretude ao cálculo do preço de uma transação, incluindo aspectos subjetivos antes desprezados pela economia clássica, acaba o autor justamente por ignorar sua repercussão nos aspectos objetivos do preço final da atividade empresarial.

Ao mesmo tempo, como aponta Bertrand¹⁰⁵, a fórmula teórica inicial dos custos de transação ignora a possibilidade de variação do ciclo de formação do contrato, o que apenas viria a ser aperfeiçoado pelos autores que lhe seguiram: a redução de etapas burocráticas, desde que não sejam acompanhadas de um incremento de risco – o que ocorrerá desde que a confiança recíproca dos agentes se mantenha inalterada – também mitigará os custos de transação.

E da ausência de qualquer menção à tese de contração da confiança é que se encontra outra lacuna bastante sensível da modelagem adotada inicialmente: os custos não se originam apenas das sucessivas fases de contratação (FOX)¹⁰⁶. Além da verdade, essas fases são apenas uma forma de manifestação dos custos de transação, pois nada mais são do que instrumentos mitigadores da desconfiança: os agentes apenas estruturam contratos com inúmeras cláusulas e empreendem tempo e esforços em chegar a um desenho sem lacunas porque temem o rompimento da avença.

Deste modo, verifica-se que a segurança jurídica na modelagem contratual e na organização dos contratantes não é uma preocupação exarada expressamente nesse primeiro desenho teórico dos custos de transação, o que mostra ser uma de suas falhas mais consideráveis. Afinal, se de um lado é louvável a mudança de abordagem feita pela teoria econômica de Coase, ela se constrói inteiramente na perspectiva de que os custos de transação derivariam de danos sensivelmente perceptíveis – sejam eles potenciais ou concretos -, mas deixa de lado outras situações em que, ainda que tais danos não sejam vislumbrados, o descompasso entre o preço de duas transações idênticas continua presente.

Coase também não aborda em momento algum outro aspecto que influí diretamente na formação dos custos de transação: a responsabilidade da empresa, tema central deste estudo. Afinal, na teoria de Coase não há preocupação com a criação de

¹⁰⁵ BERTRAND, Elodie. From the Firm to Economic Policy: The Problem of Coase's Cost. **History of Political Economy**, v. 47, n. 3, 2015, pp. 481-510.

¹⁰⁶ FOX, Glenn. The Real Coase Theorems. **CATO Journal**, v. 27, n. 3, 2007, pp. 373-396.

estruturas internas para lidar com o comportamento indesejado do próprio agente, antevendo assim uma sanção vindoura que poderia ser aplicada por um terceiro, mas tão somente para lidar com comportamentos indesejados das contrapartes com quem o agente contrata. Isto, porém, não infirma a relevância da teoria de Coase, na medida em que, para o escopo em que propôs sua teoria, logrou êxito em identificar a falha na equação econômica tradicional e avançar para a seara do combate ao comportamento alheio: pode-se até questionar se, extrapolando a teoria de Coase, não seria possível chegar em custos de transação resultantes da incorporação de mecanismos de combate à irresponsabilidade dos outros contratantes – o que, entretanto, não foi feito pelo autor.

Em resumo, extrai-se desse primeiro desenho teórico que toda operação mercantil é acompanhada de custos, os quais, se maiores do que o proveito econômico a ser obtido – ou se este tender a zero ou um custo muito baixo, se comparado às demais alternativas existentes -, desincentivarão a transação pretendida. Os modelos teóricos posteriores – que serão analisados a seguir nesse capítulo – partem dessa premissa, mas a sofisticam e a aproximam de dados da realidade.

- **O modelo de Williamson**

A proposição teórica de Coase foi seguida pelo modelo de Williamson. A finalidade do economista também nada tinha a ver com a realidade jurídica, na medida em que buscava apenas explicar como o comportamento humano poderia influenciar as relações econômicas, especialmente a partir daquilo que denominou —oportunismo econômico || : o comportamento estratégico dos

agentes econômicos que, através da dissimulação do comportamento e da realização de promessas e ameaças, permite o incremento na sua vantagem individual potencial, ainda que lesando sua contraparte¹⁰⁷. Nas palavras do autor¹⁰⁸:

A contratação ubíqua, ainda que incompleta, seria viável se os agentes humanos não fossem dados ao oportunismo. Assim, se os agentes, embora racionalmente limitados, fossem totalmente confiáveis, a contratação abrangente ainda seria viável (e presumivelmente seria observada). Os principais simplesmente extrairiam promessas dos agentes de que eles se comportariam como administradores quando eventos imprevistos ocorressem, enquanto os agentes pediriam reciprocamente aos principais que se comportassem de boa fé. Tais dispositivos não funcionarão, no entanto, se

¹⁰⁷ WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and Hierarchies: analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization**. Berkeley: Free Press, 1975.

¹⁰⁸ WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*.

American Journal of Sociology, v. 87, n. 3, pp. 548-577, Novembro/1981.

alguns atores econômicos (principais ou agentes) forem desonestos (ou, de forma mais geral, disfarçarem atributos ou preferências, distorcerem dados, ofuscarem questões e de outra forma confundirem transações), e for muito custoso distinguir tipos oportunistas de tipos não oportunistas *ex ante*.¹⁰⁹

Contudo, se para Coase o cerne da controvérsia estava no comportamento humano potencialmente lesivo, Williamson desloca os custos de transação para a seara da realidade organizacional, propondo que empresas com estruturas de governança mais elaboradas tendem a ter custos de transação menores do que aquelas que não as apresentam¹¹⁰. Repousaria nessa maior sofisticação de governança a chave para a redução do custo dos comportamentos oportunistas, os quais, para serem válidos e aproveitáveis, deveriam resultar em benefícios ainda maiores do ponto de vista econômico – o risco e os proventos do sucesso, portanto, haveriam de ser maiores que os do fracasso.

Em síntese, em qualquer transação econômica, buscariam os contratantes a redução de seus custos de contratação – os custos matematicamente calculáveis – e dos custos de transação. Para tal, deveriam desenvolver robusta estrutura de governança corporativa, a qual fiscalizaria o ciclo de formação e execução do contrato, de modo que se reduziria a chance de prejuízo¹¹¹ pelo oportunismo da parte contrária.

Depreende-se, assim, que, para Williamson, os custos de transação não são apenas fatores de justificação da escolha pelos agentes econômicos de suas contrapartes, mas verdadeiro fundamento para a organização da atividade econômica. É um fenômeno que deve ser vislumbrado e previsto como presente em todas as operações mercantis, fundamentando uma atuação *ex ante* (precaucional) que crie uma blindagem aplicável a todas as contratações futuras.

Até este ponto, Williamson e Coase apresentam teorias bastante convergentes. Entretanto, o ponto de virada do primeiro autor ocorre quando o mesmo introduz a

¹⁰⁹ No original: —Ubiquitous, albeit incomplete, contracting would nevertheless be feasible if human agents were not given to opportunism. Thus, if agents, though boundedly rational, were fully trustworthy, comprehensive contracting would still be feasible (and presumably would be observed). Principals would simply extract promises from agents that they would behave in the manner of steward when unanticipated events occurred, while agents would reciprocally ask principals to behave in good faith. Such devices will not work, however, if some economic actors (either principals or agents) are dishonest (or, more generally, disguise attributes or preferences, distort data, obfuscate issues, and otherwise confuse transactions), and it is very costly to distinguish opportunistic from non-opportunistic types *ex ante* || .

¹¹⁰ Op. Cit., p. 574.

¹¹¹ Ao contrário de Coase, —prejuízo || , para Williamson, não refletiria apenas um dano causado, mas englobaria também a perda da possibilidade de lucrar ainda mais. As estruturas de governança, portanto, agiriam para evitar a formação de lacunas que diretamente lesassem o empresário ou que, indiretamente, lhe tolhessem a oportunidade de se aproximar de sua eficiência máxima.

temática da racionalidade limitada dos autores à seara dos custos de transação: os agentes econômicos não teriam a capacidade, por conta própria, de gerir todo o ferramental necessário para extirpar os custos de transação e a incerteza decorrente do oportunismo de terceiros.

E, conseqüentemente, qualquer que fosse a estrutura criada, por si só ela seria limitada e insuficiente para prever todos os cenários possíveis e indicar as soluções adequadas para sanar as crises de inadimplemento que poderiam afetar a transação. Estas lacunas, somadas ao oportunismo dos agentes e a impossibilidade de se incorporar todas as etapas do processo produtivo – solução que Williamson entendia ser apta a solucionar as incertezas contratuais, em algumas situações específicas - seriam os fatores pelos quais os custos de transação sempre haveriam de existir em qualquer equação econômica. *Litteris*:

—[...] a internalização será preferida à externalização se três condições são verificadas: (A) Se o grau de incerteza nas transações é elevado – ou seja, há dificuldade em garantir a execução do contrato

- , o fornecedor pode ter um comportamento oportunista que lesa seus consumidores; (B) Se os bens transacionados são específicos – e se apenas um número restrito de fornecedores possui o equipamento necessário para assegurar o adimplemento da obrigação, seu poder de barganha aumenta -, haverá um impacto negativo no preço da transação; (C) Se a transação é de um tipo recorrente, isto é, se a firma deve comprar regularmente grandes quantidades do produto junto aos seus fornecedores, estes terão condições de demandar melhores condições. || (MAN et al, 2017: 84)¹¹²

Verifica-se, portanto, que essa modelagem supera a falha metodológica do primeiro modelo teórico existente, posto que este não previa a racionalidade limitada dos agentes econômicos quando da criação de suas estruturas de governança corporativa. Afinal, se os agentes econômicos são inaptos para prever potenciais danos e perdas de oportunidade lucrativa quando estão perante um contrato e já permeados pela realidade fática da contratação, então certamente também o seriam quando esses elementos se encontram presentes tão somente no plano da cogitação.

¹¹² No original: —[...] internalization will be preferred to externalization if three conditions are verified: (A) The degree of the transaction uncertainty is high - that is, if it's difficult to guarantee the execution of the contract - the supplier may have an opportunistic behavior that impairs the customers; (B) If the assets involved in the transaction are specific - if just a restricted number of suppliers possess the necessary equipment to the accomplishment of the activity, his bargaining power increases - affects negatively the price of the transaction; (C) If the transaction is the recurrent type, that is, if the firm has to buy regularly large quantities of the product to the suppliers these will be able to demand better conditions || (MAN, Norsida et al. The Role and Importance of the Transactions Costs Theory in Agricultural Contracting Area: an Appraisal of Selected Empirical Studies. **Journal of Business and Management**, vol. 19, issue 1, pp. 79-89, jan./2017.)

Ao mesmo tempo, ao prever a solução por meio da internalização, pelas empresas, de etapas do processo produtivo, essa segunda teoria dos custos de transação aproxima da realidade a proposta de hiper estruturação preconizada por Ronald Coase, agregando a esse fator aspectos de caráter econômico. Se em Coase o robustecimento da estrutura empresarial, apenas poderia mitigar custos de transação em potencial, em Williamson esse aspecto incorpora parcialmente os custos econômicos reais da operação, justificando-se, como acima destacado, tão somente se, dentre outros fatores, houver diminuição do preço global real da transação, visando a compensar o incrementada variável numérica remanescente.

No entanto, ainda que a doutrina majoritária convirja para as mesmas conclusões que Coase e Williamson, há vozes dissonantes que não podem ser

ignoradas. Granovetter¹¹³ questiona a premissa de constante oportunismo e de ação dissimulados agentes econômicos que fundariam a crise de desconfiança da relação contratual, uma vez que, a partir da progressiva interação dos agentes, os mesmos estariam aptos a progressivamente encontrar, pelo estreitamento de suas relações, denominadores comuns que reduziriam naturalmente os custos de transação. Não seria necessário desenvolver uma estrutura sofisticada de atuação ou modelar contratos de maior complexidade: a reiteração da transação aumentaria a confiança de maneira natural. Consoante a tese do autor:

Não é apenas nos níveis mais altos que as empresas estão conectadas por redes de relações pessoais, mas em todos os níveis onde as transações devem ocorrer. É, por exemplo, um lugar-comum na literatura sobre compras industriais que as relações de compra e venda raramente se aproximam do modelo de mercado à vista da teoria clássica. Uma fonte indica que a "evidência consistentemente sugere que é necessário algum tipo de 'choque' para sacudir a compra organizacional de um padrão de fazer pedidos repetidos com um fornecedor favorito ou para estender o conjunto restrito de fornecedores viáveis. Um momento de reflexão irá sugerir várias razões para esse comportamento, incluindo os custos associados à busca de novos fornecedores e ao estabelecimento de novos relacionamentos, o fato de que os usuários provavelmente preferem fontes, o risco relativamente baixo envolvido em negociar com fornecedores conhecidos e a probabilidade de que o comprador tenha estabelecido relações pessoais relacionamentos que ele valoriza com representantes da empresa fornecedora" (Webster e Wind 1972, p. 15). Na mesma linha, Macaulay observa que os vendedores "muitas vezes conhecem bem os agentes de compras. Os mesmos dois indivíduos podem ter lidado um com o outro de cinco a 25 anos. Cada um tem algo a dar ao outro. Os vendedores focam sobre concorrentes, escassez e aumentos de preços dar aos compradores que os tratam bem" (1963, p. 63). Os vendedores que não satisfazem seus clientes "tornam-se assunto de discussão nas fofocas trocadas por compradores e vendedores, em reuniões de associações de

¹¹³ GRANOVETTER, Mark. Economic action and social structure: the problem of embeddedness.

American Journal of Sociology, v. 91, pp. 481-510, novembro/1985.

compradores e associações comerciais ou mesmo em clubes de campo ou reuniões sociais...". (pág. 64). A resolução de disputas é facilitada por esta integração dos negócios nas relações sociais: "Mesmo quando as partes têm um acordo detalhado e cuidadosamente planejado que indica o que acontecerá se, digamos, o vendedor não entregar no prazo, muitas vezes nunca se referirão ao o acordo, mas negociará uma solução quando o problema surgir, como se nunca tivesse havido qualquer contrato original. Um agente de compras expressou uma atitude comercial comum quando disse: 'Se surgir algo, chame o outro homem no telefone e lide com o problema. Você não lê cláusulas contratuais legalistas um para o outro se quiser fazer negócios novamente. Ninguém recorre a advogados se quiser permanecer no

negócio porque deve se comportar decentemente" (Macaulay 1963, p. 61).¹¹⁴

A conclusão de Granovetter também foi obtida por Gulati¹¹⁵, mas ao analisar a questão sob uma perspectiva distinta, analisando especificamente a questão das alianças e da formação de grupos econômicos:

A observação de alianças entre empresas ao longo do tempo sugere que laços repetidos entre empresas geram confiança que se manifesta na forma de contratos usados para organizar alianças subsequentes. As empresas parecem até certo ponto substituir a confiança por garantias contratuais em suas repetidas alianças. Assim, a confiança também é um componente importante dos mecanismos de controle usados nas alianças. A criação de confiança é mais visível entre os parceiros que já possuem uma aliança de capital em vigor. Minha discussão anterior sobre alguns dos processos subjacentes ao comportamento interorganizacional sugere que os laços de patrimônio anteriores não são simplesmente reféns mútuos que aumentam a capacidade de cada empresa de penalizar os parceiros que se comportam de forma oportunista, mas também canais para a troca de informações entre os parceiros que lhes permitem construir conhecimento. confiança baseada um

¹¹⁴ No original: —It is not only at top levels that firms are connected by networks of personal relations, but at all levels where transactions must take place. It is, for example, a commonplace in the literature on industrial purchasing that buying and selling relationships rarely approximate the spot-market model of classical theory. One source indicates that the "evidence consistently suggests that it takes some kind of 'shock' to jolt the organizational buying out of a pattern of placing repeat orders with a favored supplier or to extend the constrained set of feasible suppliers. A moment's reflection will suggest several reasons for this behavior, including the costs associated with searching for new suppliers and establishing new relationships, the fact that users are likely to prefer sources, the relatively low risk involved in dealing with known vendors, and the likelihood that the buyer has established personal relationships that he values with representatives of the supplying firm" (Webster and Wind 1972, p. 15). In a similar vein, Macaulay notes that salesmen "often know purchasing agents well. The same two individuals may have dealt with each other from five to 25 years. Each has something to give the other. Salesmen have gossip about competitors, shortages and price increases to give purchasing agents who treat them well" (1963, p. 63). Sellers who do not satisfy their customers "become the subject of discussion in the gossip exchanged by purchasing agents and salesmen, at meetings of purchasing agents' associations and trade associations or even at country clubs or social gatherings . . ." (p. 64). Settlement of disputes is eased by this embeddedness of business in social relations: "Even where the parties have a detailed and carefully planned agreement which indicates what is to happen if, say, the seller fails to deliver on time, often they will never refer to the agreement but will negotiate a solution when the problem arises as if there never had been any original contract. One purchasing agent expressed a common business attitude when he said, 'If something comes up, you get the other man on the telephone and deal with the problem. You don't read legalistic contract clauses at each other if you ever want to do business again. One doesn't run to lawyers if he wants to stay in business because one must behave decently'" (Macaulay 1963, p. 61). || .

¹¹⁵ GULATI, R. Does familiarity breed trust? The implications of repeated ties for contractual choice in alliances. *Academy of Management Journal*, v. 38, n.1, pp. 85-112, 1995.

no outro. A descoberta aqui de que apenas ter alianças de capital anteriores levou a contratos mais flexíveis pode muito bem indicar que as alianças de capital promovem uma interação mais próxima entre os parceiros do que as alianças sem capital.¹¹⁶

Por sua vez, Hennart¹¹⁷, a despeito de concordar com o fato de que, em um cenário ideal – em que os agentes fossem todos dotados de racionalidade ilimitada e agissem sem oportunismo -, não haveria razão para se cogitar da existência de custos de transação, propõe que a modelagem de Coase e Williamson funcionaria tão somente em um modelo econômico em que —preço || e —hierarquização empresarial || fossem variáveis diretamente relacionadas, o que não ocorre na realidade. E, ao ver do autor, sequer seria possível vislumbrar correlação abstrata entre esses fatores, havendo de se destacar que o aspecto econômico das transações individualmente consideradas, em regra, pouco importa, pela existência de incentivos indiretos – dentre os quais, atualmente, se pode identificar a métrica ESG - que, quando tomados em conjunto, agregam maior valor econômico à empresa do que aquele que seria obtido pela mera soma das transações individuais.

Já Ghoshal e Moran¹¹⁸ criticam as premissas adotadas para o estabelecimento da teoria dos custos de transação, especialmente a derivação de Williamson, por assumirem diretrizes comportamentais estanques para os agentes econômicos, mormente a assunção de que o oportunismo deve ser considerado como o norte para a ação desses agentes.

Ao ver desses autores, a simples existência de uma estrutura de governança não seria suficiente para deter a ação oportunista dos agentes econômicos, caso não seja acompanhada, também, de mecanismos sancionatórios efetivos, os quais se originariam da legislação e/ou da jurisprudência. E tal conclusão não é difícil de se obter se

¹¹⁶ No original: —Observing interfirm alliances over time suggests that repeated ties between firms engender trust that is manifested in the form of the contracts used to organize subsequent alliances. Firms appear to some degree to substitute trust for contractual safeguards in their repeated alliances. Thus, trust is also an important component of the control mechanisms used within alliances. The creation of trust is most visible between partners that already have an equity alliance in place. My earlier discussion of some of the processes underlying interorganizational behavior suggests that prior equity ties are not simply mutual hostages that enhance each firm's ability to penalize partners that behave opportunistically, but also conduits for the exchange of information between partners that allow them to build knowledge-based trust in each other. The finding here that only having prior equity alliances led to looser contracts could very well indicate that equity alliances foster closer interaction between partners than do nonequity alliances. ||

¹¹⁷ HENNART, Jean-François. Explaining the Swollen Middle: Why Most Transactions Are a Mix of "Market" and "Hierarchy". *Organization Science*, v. 4, n. 4, pp. 529-547, Novembro/1993.

¹¹⁸ GHOSHAL, Sumantra e MORAN, Peter. Bad for Practice: a critique of the Transaction Cost Theory. *The Academy of Management Review*, v. 21, n. 1, pp. 13-47, 1996.

considerado um exemplo concreto: um empresário que, por artifícios ardilosos (v.g. não recolhimento de tributo e expedição de —notas fiscais frias ||), consiga oferecer preço substancialmente inferior a seus concorrentes, mas que não possa ser punido por sua conduta, apesar desta ser reputada ilícita¹¹⁹, dificilmente será retirado de ação por uma ação do próprio mercado.

A segunda crítica que os mesmos apontam na modelagem de Williamson está no caráter ambíguo das estruturas de governança, que podem, simultaneamente, aumentar ou diminuir os custos de transação, reduzindo o oportunismo dos agentes – através de maior fiscalização e monitoramento, evitando lacunas contratuais e margens de manobra do outro contratante -, ou alterando a própria disposição para contratar, o que, levado ao extremo, incrementaria os custos de transação a tal monta que a interação econômica sequer chegaria a ocorrer. Em virtude dessa bipolaridade de efeitos da governança administrativa, não poderia ela, isoladamente considerada, ser suficiente para explicar se uma transação irá ou não ocorrer – seria ela tão somente parte integrante de um todo mais complexo de razões¹²⁰.

Concorda-se com parte das conclusões expostas pelos autores. De fato, resumir os custos de transação aos efeitos do oportunismo dos agentes e imputar às estruturas de governança o papel solitário de aumentar ou diminuir os custos existentes parece uma simplificação excessiva demais para um modelo complexo: afinal, a modelagem de Williamson, de pronto, já desconsidera que para implementar estruturas administrativas mais sofisticadas há um custo para o empresário, que pode inviabilizar qualquer atividade econômica a ser desenvolvida por ele, em face de riscos menores.

A despeito das críticas feitas, das concepções de Williamson é possível extrair avanços significativos na teoria dos custos de transação, do qual se originaram os modelos posteriores.

¹¹⁹ A título de exemplo, bastaria pensar na existência de tipificação legal para o não-recolhimento de tributos, mas sujeitando-se à execução fiscal ou sanções de natureza administrativo-tributária apenas aqueles contribuintes que tivessem deixado de recolher a exação em montante superior a um determinado valor em um intervalo temporal determinado. Não há dúvida que há um risco inerente à transação – principalmente nos casos em que se realiza o creditamento do imposto, já que, se posteriormente a empresa com a qual se transacionou é declarada inidônea, não raro é necessário buscar em juízo o reconhecimento do direito ao crédito do tributo -, e que tal risco

implica em aumento dos custos de transação. Por outro lado, se não houvesse tipificação legal ou possibilidade de aplicação de sanção, o custo de transação seria zerado, pois dela não adviria risco algum.

¹²⁰ GHOSHAL, Sumantra e MORAN, Peter. Bad for Practice: a critique of the Transaction Cost Theory. *The Academy of Management Review*, v. 21, n. 1, pp. 13-47, 1996.

Em primeiro lugar, essa variável econômica derivaria da necessidade de criar mecanismos aptos a contornar determinados comportamentos humanos, que não necessariamente causariam danos diretos.

Em segundo lugar, é possível que se adotem mecanismos internos às próprias empresas para atenuar os impactos negativos desses comportamentos, os quais, se bem estruturados, podem inclusive maximizar a racionalidade e a cognoscibilidade da realidade fática.

E, por fim, em terceiro lugar, os melhores resultados na alocação dos custos de transação se dão quando possível criar uma estrutura que atue *ex ante* quedeseestimularia os comportamentos negativos independentemente de qualquer transação. Ocorre que, se Williamson previa essa estrutura internamente às empresas, em verdade cabe ao próprio ordenamento jurídico desempenhar esse papel – justamente a proposição que os modelos surgidos a partir da década de 1990 começaram a fazer.

- **Teorias contemporâneas dos custos de transação**

Se em Coase e Williamson a perspectiva trazida para os custos de transação é fundada puramente em padrões de governança corporativa e em motivos que não transbordam da seara econômica, os autores que os sucederam tendem a progressivamente incluir dentro dessa equação financeira a influência exercida pela ordem jurídica, que, por si só, também representa um custo de transação adicional.

E, ao mesmo tempo em que eram incluídos novos fatores na equação dos custos de transação, reconheceu-se que não era de todo descartável a proposição acerca da influência do oportunismo dos agentes na majoração dos custos de transação e o desenvolvimento de estruturas de governança como mecanismo de minoração a longo prazo: ambas essas características exemplificam como o

comportamento humano e a crise de confiança entre os contratantes podem influir nos custos finais – e na própria realização – de uma transação econômica.

E foi derivando dessa conclusão preliminar acerca da crise de confiança entre os contratantes que, posteriormente a Williamson, a doutrina econômica passou a apreciar os custos de transação sob uma ótica mais ampla, os quais passaram a englobar fatores externos indutores de comportamento, principalmente oriundos do plano jurídico, mas

também adequando a equação econômica dos custos de transação às exigências da realidade fática. Ou seja: na linha do exposto no início deste capítulo, quando feita a primeira exposição sobre os custos de transação, a insegurança jurídica e a incerteza não-econômica passaram a adquirir papel igualmente relevante dentro da teoria dos custos de transação, na forma de subespécies.

O primeiro autor a abertamente criticar a proposta restritiva de custos de transação foi Richard Posner, contemporâneo aos escritos de Coase. Para Posner¹²¹, o sistema econômico parte de duas premissas fundantes – a persecução de lucro e a racionalidade limitada dos agentes – que se entrecruzam nas transações comerciais de modo a sempre incentivar que o agente persiga constantemente uma quantidade de lucro maior. Entretanto, essa persecução indistinta de lucro não pode ser deixada à margem do ordenamento jurídico, que tem o papel de coibir o comportamento antijurídico e incompatível com as normas de convívio em sociedade dos agentes econômicos – a busca pelo lucro, portanto, haveria de ser feita apenas dentro dos ditames traçados pelo regramento jurídico, o que representaria um custo de transação de *per se*. Ao mesmo tempo, para que o agente econômico supere sua natural falta de conhecimento acerca dos contornos plenos da realidade objetiva, deve ele empreender esforços para mitigar os riscos do seu desconhecimento e evitar que a desenfreada busca pelo lucro da parte com quem contrata lhe impunha um prejuízo.

A crise da confiança e a necessidade de se enquadrar em um *standard* jurídico (ainda que não necessariamente positivado) são dois pilares fundamentais do incremento dos custos de transação e que coexistem com o princípio da maximização da riqueza. Nota-se, portanto, que o utilitarismo dos neoclássicos é

refreado por estes custos de transação, ainda que, como proposto por Posner, o fato de todas as operações econômicas se submeterem à mesma realidade e se sujeitarem às mesmas regras contribui para que o sistema encontre um ponto de equilíbrio:

O princípio da maximização da riqueza acomoda, com simplicidade elegante, os impulsos concorrentes de nossa natureza moral. O sistema que esbocei de direitos de propriedade, mercados reais e mercados hipotéticos fornece fundamento e acomodação tanto para os direitos individuais quanto para a prosperidade material da qual, no mundo moderno, depende a felicidade da maioria das pessoas. Como o indivíduo não pode prosperar em uma economia de mercado sem entender e apelar para as necessidades e desejos dos outros, e porque o cultivo do altruísmo promove a operação efetiva dos mercados, a economia de mercado regulada de acordo com o princípio da

¹²¹ POSNER, Richard A. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1 (Jan., 1979), pp. 103-140.

maximização da riqueza também promove a empatia e a benevolência, mas sem destruir a individualidade. (Op. Cit, p. 136)¹²²

A reação à teoria clássica proposta por Coase e Williamson, assim, não era de toda desarrazoada. A teoria proposta pioneiramente pelos autores se mostrou adequada por quantificar matematicamente os custos de transação e trazê-los à baila da equação econômica, comprovando que a vontade e as ações diretas dos agentes contratantes não são os únicos fatores componentes daquela equação, entretanto, pecou ao restringir em excesso as variáveis representativas dos custos.

Não se pode dizer que houve uma ruptura com as proposições de Coase e de Williamson, mas sim que o escopo de incidência das mesmas foi ampliado. Houve, em verdade, aperfeiçoamento teórico partindo daquela primeira construção rudimentar, caminhando em direção ao que seria delineado como o mais próximo possível da realidade econômica.

E, em termos de aprimoramento das proposições primárias dos autores, vale destacar que Macher e Richman¹²³ retomam o paradigma clássico da escolha da estrutura de governança interna com base nos custos de transação a serem mitigados, mas abandonam a busca pelo referencial extremo feita por Coase e propõe um confronto com as necessidades específicas da empresa. Rememorando o tratamento clássico atribuído à disciplina, mas adicionando a perspectiva das

relações jurídicas e do próprio comportamento dos agentes econômicos, afirmam os autores¹²⁴ que:

Muitos estudos usaram TCE e teoria organizacional para entender alianças estratégicas entre empresas. A maior parte desse trabalho modela a confiança interorganizacional e a troca relacional como mecanismos de governança, nos quais a confiança pode substituir os dispositivos hierárquicos. Gulati e Singh (1998), por exemplo, descobrem que a confiança desempenha um papel importante na formação de alianças e sugerem que as empresas com laços repetidos – sua representação para a confiança interorganizacional – são menos propensas do que as alianças iniciais a serem organizadas como joint ventures ou minorias. investimentos de capital do que como alianças contratuais. A interação de características transacionais e normas sociais

¹²² No original: —The wealth-maximization principle accommodates, with elegant simplicity, the competing impulses of our moral nature. The system I have sketched of property rights, actual markets, and hypothetical markets provides foundation and accommodation both of individual rights and of the material prosperity upon which, in the modern world, the happiness of most people depends. Because the individual cannot prosper in a market economy without understanding and appealing to the needs and wants of others, and because the cultivation of altruism promotes the effective operation of markets, the market economy regulated in accordance with the wealth maximization principle also fosters empathy and benevolence, yet without destroying individuality || .

¹²³ MACHER, Jeffrey e RICHMAN, Barak. Transaction cost economics: An assessment of empirical research in the social sciences. **Business and Politics**, v. 10, n. 1, pp. 01-63, 2008.

¹²⁴ Op. Cit., p. 29-30.

também é enfatizada em Arrighetti et al. (1997) e Zaheer et al. (1998) e trabalham na teoria da troca relacional, incluindo Pilling et al (1994) e Heidee John (1990; 1992). Dyer e Chu (2003) obtiveram resultados semelhantes em uma amostra internacional de relacionamentos de troca entre fornecedor e montadora. E alguns estudos usam a teoria organizacional para trazer maior clareza aos desafios transacionais que os parceiros estratégicos enfrentam. Artz e Brush (2000) descobriram que as normas relacionais reduziram diretamente os custos de troca alterando a orientação comportamental das alianças estratégicas, e Casciaro (2003) observou que a incerteza em torno do ambiente de mercado e dos objetivos comerciais, não apenas o nível de confiança entre empresas cooperantes, determina a estrutura de governança de alianças estratégicas¹²⁵

O *design* institucional da empresa, portanto, haveria de ser mais sofisticado apenas se mais complexas – e, conseqüentemente, sujeitas a maior risco – as transações as quais se envolvia: da necessidade de se confrontar novos problemas e de adaptar a estrutura existente sem que dela advenham custos excessivos é que surgiria a capacidade de inovação dos agentes econômicos.

Barzel¹²⁶, a seu turno, vislumbra a correlação entre custos de transação e a racionalidade limitada dos agentes econômicos por um prisma distinto. Se nos

modelos tradicionais os primeiros são decorrentes dos mecanismos implementados para atenuar possíveis imperfeições transacionais acarretados pela segunda, para esse autor são os custos provenientes de uma imperfeição na quantificação das informações existentes: ou seja, não há uma carência de conhecimento do modo de solucionar o problema, mas sim acerca do próprio problema.

Verificando o proposto pelos autores acima destacados, nota-se que é necessário, para que se logre efeito em analisar os custos de transação sob o prisma puramente econômico, que se considere um escopo amplo da racionalidade limitada dos agentes,

¹²⁵ No original: —Many studies have used both TCE and organizational theory to understand strategic alliances between firms. Most of this work models interorganizational trust and relational exchange as governance mechanisms, in which trust can replace hierarchical devices. Gulati and Singh (1998), for example, find that trust plays an important role in alliance formation and suggest that firms with repeated ties—their proxy for interorganizational trust—are less likely than first-time alliances to be organized as joint ventures or minority equity investments than as contractual alliances. The interplay of transactional features and social norms is also emphasized in Arrighetti et al. (1997) and Zaheer et al. (1998) and work in relational exchange theory, including Pilling et al (1994) and Heide and John (1990; 1992). Dyer and Chu (2003) obtained similar results in an international sample of supplier-automaker exchange relationships. And some studies use organizational theory to bring greater clarity to the transactional challenges that confront strategic partners. Artz and Brush (2000) found that relational norms directly reduced exchange costs by altering the behavioral orientation of strategic alliances, and Casciaro (2003) observed that uncertainty surrounding the market environment and commercial objectives, not just the level of trust between cooperating firms, determines the governance structure of strategic alliances. ||

¹²⁶ BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Cambridge: University Press, 1997.

ao mesmo tempo em que se considera a própria realidade fática enquanto um limitador das possibilidades de solução e dos riscos assumidos.

Entretanto, como dito anteriormente, não foi apenas uma remodelagem econômica que se observou na teoria dos custos de transação no passado recente. O enfoque jurídico também passou a ter maior destaque, destacando-se a estruturação proposta por Forgioni¹²⁷, por propor uma subdivisão dos custos de transação em custos de coordenação e custos de motivação, correspondendo os primeiros aos elementos intrínsecos à formação do contrato e os segundos aos custos comportamentais enunciados por Coase e Williamson, ainda que, ao ver da autora, acertadamente, não haja como dissociá-los totalmente na prática, já que inúmeros os seus pontos de contato.

Nota-se que há, nessa proposição, a incorporação do aspecto jurídico da contratação, pois decorre do Direito a base normativa para a formação do contrato: ainda que não propriamente sejam fatores causadores de insegurança – podendo sê-lo caso da norma decorram lacunas e/ou ambiguidades que permitam a emergência de um conflito –, são fatores marginais que emergem para impedir a irrupção de fatores potencialmente causadores de crises de desconfiança. Por tal razão, custos de coordenação e custos de motivação não são totalmente dissociados, tendo os primeiros a importante função de impedir que os segundos emergam.

Mesma conclusão também é obtida por Portugal Gouvêa¹²⁸, que traz interessante constatação acerca do papel exercido pelas instituições jurídicas na mitigação (e na majoração) dos custos de transação. Ao mesmo tempo em que o agente econômico é obrigado a lidar com —custos de comportamento oportunista || – ou seja, custos de transação decorrentes da insegurança jurídica no cumprimento de obrigações –, o Direito tem o papel de promover regulações que limitem o grau de liberdade dos indivíduos para evitar que se torne ela arbitrária, mas que, ao mesmo tempo, não impliquem na supressão da liberdade.

Exemplifica-se, novamente, a questão lançando-se mão dos custos de transação em matéria ambiental: a regulação do que seria esperado das empresas para evitar danos ambientais seria, em tese, relevante para mitigar custos de transação – afinal, já se teria previsto na legislação o remédio para evitar a incerteza. Por outro lado, haveria um

¹²⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. 2ª edição. São Paulo: RT, 2016.

¹²⁸ PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. **Análise dos custos da desigualdade**: efeitos institucionais do círculo vicioso de desigualdade e corrupção. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

custo reflexo, o de não serem essas medidas suficientes para evitar danos ambientais que emergem de novas práticas ambientais – fruto do descompasso entre o —tempo econômico || e o —tempo legislativo || .

Em termos práticos, os episódios vivenciados no Brasil na década de 2010 com a mineração – desastres de Mariana e Brumadinho – ilustram muito bem como a existência de regulação pode não necessariamente mitigar custos de transação ambiental e impedir que danos ambientais ocorram. No entanto, não se olvida que

a simples existência de regulação é melhor do que a inexistência de qualquer regulação, pois impõe travas ao comportamento – e, globalmente, reduz o risco de danos, ainda que traga consigo a questão atinente aos prejuízos reflexos.

- **A intersecção entre economia e Direito: como a responsabilidade da empresa(e sua persecução) afeta sua geração de lucro**

Os modelos teóricos contemporâneos, como visto no tópico anterior, superaram a lacuna deixada por seus predecessores para incorporar à modelagem dos custos de transação o papel exercido pelas instituições jurídicas na mitigação da crise de confiança dos contratantes. E o Direito Empresarial possui uma postura fundamental na garantia da segurança jurídica, principalmente por abrir uma janela de percepção fática da realidade econômica e de suas peculiaridades que, em regra, tende a não ser verificada nos demais campos do Direito, este mais direcionado para um cenário enrijecido e de pouca volatilidade, incompatível, portanto, com o mercado.

Não há grande novidade na afirmação teórica de que um dos papéis da ordem jurídica é promover a pacificação social e assegurar que, diante de um determinado litígio, haja um norteamento da solução a ser tomada. E não poderia ser diferente no âmbito do Direito Empresarial, mas, aqui, convém destacar uma especificidade: a influência do ordenamento jurídico transbordará diretamente na realidade econômica.

O Direito, portanto, é uma variável que integra os custos de transação, podendo apresentar uma influência maior ou menor, de acordo com a sua sofisticação, capacidade de apresentar soluções coesas para problemas práticos e, principalmente, transmitir segurança jurídica aos contratantes. É claro que essa variável não se resume ao Direito Empresarial propriamente dito – instabilidades jurídicas com repercussão econômica, como usualmente ocorre na seara tributária ou mesmo no plano do Direito

Constitucional, ou, ainda no Direito Trabalhista e Previdenciário, podem representar um incremento nos custos de transação. Entretanto, vem do Direito

Empresarial o principal fluxo de influência, principalmente pela pressuposição de que são os atores que lidam com essa matéria aqueles que, ao final, terão maior poder decisório, seja construindo a doutrina, seja moldando a jurisprudência que virá a ser aplicada.

Daí que é necessário ponderar dois fatores distintos: a finalidade lucrativa da atividade empresarial, de um lado, e pacificação social (e também econômica) perseguida pelo Direito, de outro.

A busca dos agentes econômicos por lucro não é algo negativo, mas um dado primário que constitui premissa para a ordem jurídica, como visto no capítulo anterior, em tese que é muito bem sintetizada por Comparato¹²⁹:

[...] o conceito de lucro, tal como precisado na teoria macroeconômica, constitui um dado primário, que não pode ser descartado ou deformado na construção jurídica. O lucro da gestão empresarial é o saldo positivo de um balanço geral de ingressos e dispêndios. Ora, a recomposição do capital próprio, sob a forma de depreciações, amortizações ou quotas de exaustão, é um custo necessário de todo processo produtivo, que não se confunde, de forma alguma, com o excedente lucrativo. Em outras palavras, toda empresa, mesmo não lucrativa, deve trabalhar em regime de economicidade, comportando um equilíbrio estrutural entre ingressos e dispêndios.

Tendo em vista que buscam o lucro como fim precípua de sua atividade produtiva¹³⁰, não é de se espantar que os agentes econômicos têm incorporada à sua realidade a necessidade de criar instrumentos mitigadores dos custos de transação, como destacado no tópico anterior. E, da mesma forma, buscam no Direito mecanismos gerais que evitem que riscos de maior gravidade – muitas vezes comuns a todos os empresários e para os quais a mera pactuação contratual é insuficiente – possam comprometer os resultados da atividade por eles desenvolvida.

Mas há um problema nessa perspectiva: assumir que os agentes econômicos sempre verão o Direito como um dado positivo da realidade é negar que este não será

¹²⁹ COMPARATO, Fabio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXII. N. 50, Abril-Junho/1983. São Paulo, Revista dos Tribunais. pp. 57- 75.

¹³⁰ Partindo-se da análise histórica de Weber (2003: 180-181), é possível afirmar que a busca de lucro é a premissa básica do Direito Empresarial, na medida em que ambos os agentes econômicos contratantes (ou, no caso dos grupos societários, aderentes ao grupo) irão empregar seus esforços e a sua diligência para mitigar os riscos existentes e maximizar o resultado útil de sua atividade econômica. Tal panorama, aliás, está intimamente atrelado às origens do Direito

Empresarial – ou, à época, —Direito Comercial || – como consectário jurídico da ascensão do sistema capitalista. (WEBER, Max. **The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages**. Tradução e Introdução de Lutz Haelber. Oxford (Reino Unido): Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003).

necessariamente um fator de mitigação dos custos de transação. Pelo contrário, a atividade normativa desastrada, promotora de maior insegurança jurídica, terá efeito diametralmente oposto ao pretendido e aumentará os custos de transação, levando aos agentes econômicos que busquem as brechas normativas para, apenas então, criar seus próprios mecanismos de mitigação de riscos.

Partindo-se da afirmação feita acima, pode-se verificar com facilidade que o Direito Empresarial, em tese, tem a função de promover segurança jurídica e reduzir os custos de transação, mas que, na prática, isto não necessariamente irá ocorrer. E, em nãoocorrendo, alternativas terão que ser buscadas para permitir que o fluxo de relações econômicas ocorra de maneira viável, afinal, caso o ônus de se adotar uma proteção supere o seu bônus, então será preferível assumir o risco – que, a depender de sua quantificação, estimulará o agente econômico a se submeter a ele (caso de montasuportável) ou a se retirar do mercado (caso de monta desproporcional).

A racionalidade do agente econômico e o aspecto comportamental de sua atividade devem ser tomados como referencial para compreender por que institutos jurídicos regulamentadores de situações fáticas – como os grupos econômicos – não necessariamente logram êxito. Entretanto, antes de avançar especificamente a este ponto, convém destacar um último aspecto quanto aos custos de transação, referente à sua normatização.

Ao longo deste Capítulo, buscou-se desenvolver a tese de que os custos de transação são uma parte integrante e indissociável da atividade econômica, filiando-se à corrente de que estes visam a garantir o adimplemento integral da obrigação pactuada. Ocorre que se vislumbra a possibilidade de analisar este fenômeno sob uma perspectiva distinta daquela que tende a ser feita pela doutrina clássica dos custos de transação: em vez de focar a transação em si, projetar a origem dos custos de transação no comportamento dos agentes contratantes, mais especificamente, no que toca ao caráter responsável ou irresponsável de sua conduta.

Não necessariamente a avaliação da responsabilidade da empresa implica em aferir se a mesma obedece ou não ao arcabouço normativo que está por detrás do arranjo institucional que possibilita a realização de determinada operação comercial ou da pactuação de uma obrigação. No capítulo anterior, quando tratada a temática da métrica ESG, esclareceu-se que é possível que uma métrica não-jurídica, mas criada a partir de expectativas de mercado em relação ao comportamento e ação dos seus

integrantes, crie parâmetros próprios de responsabilidade, os quais são vantajosos por serem dotados de maior fluidez – compatibilizando-se, portanto, com a velocidade das mudanças próprias do mercado.

Resta, portanto, avaliar como o fenômeno jurídico se manifesta dentro dos custos de transação, questão que é basilar para avaliar a responsabilidade da empresa, cerne do próximo capítulo deste trabalho.

A inclusão do Direito no cerne dos custos de transação é possível na medida em que a insegurança jurídica é um dos fatores causadores de tais custos, eis que reveladores de um risco da operação (a probabilidade de inadimplemento do contrato) – e ao legislador, no seu papel de produção e positividade normativa, cabe atuar para evitar que tal cenário de insegurança decorra do próprio texto jurídico, ou seja, da base legal da atividade/operação/obrigação econômica a ser realizada. Note-se que não há a pretensão de negar a existência dos custos de transação atomizados, endo-obrigacionais, mas sim de propor uma incidência simultânea destes custos e daqueles exo-obrigacionais.

Mishan¹³¹, nesse sentido, propõe que o arcabouço jurídico incidente sobre determinada atividade econômica influencia diretamente a obtenção de sua máxima eficiência – e que, tendo em vista que os custos de transação são variáveis dessa equação, os —custos jurídicos || seriam uma espécie de tal gênero. Afinal, a quantificação das externalidades e, especificamente, dos custos de transação dependeria direta da forma como o sistema jurídico está estruturado e como ele disciplina a cadeia produtiva em que se insere a transação enfocada: a tributação dos bens, a concessão ou não de subsídios, a disciplina dos juros das linhas de crédito e as consequências do inadimplemento são todas matérias que

emanam do ordenamento jurídico, mas cujos efeitos concretos se manifestam na seara econômica. A maior estabilidade do sistema jurídico traria, ao ver do autor, a previsibilidade necessária acerca da legislação de fundo para as partes contratantes, reduzindo o risco de ocorrência de uma superveniente mudança do arcabouço jurídico que estimulasse (ou favorecesse) o inadimplemento contratual: logo, os custos jurídicos, relativos ao grau de certeza quanto ao real significado das normas jurídicas (aqui contemplada a pacificação do entendimento dos

¹³¹ MISHAN, E. J. Pareto Optimality and the Law. *Oxford Economic Papers*, v. 19, n. 3, pp. 255-287, Novembro/1987.

Tribunais) e à extensão da garantia de que mudanças legais não ocorrerão de maneira repentina, não são nulificáveis na equação econômica.

É possível vislumbrar acertos nessa proposição: se a atividade econômica se insere dentro de uma realidade fática e há normas jurídicas de caráter geral e abstrato que regem essa situação, então não há como desconsiderá-las dentro da equação econômica – sua diferença para os influxos tradicionais de mercado é que todos os agentes se sujeitam ao Direito, que constitui uma —moldura externa || à rede de relações contratuais do mercado. Ocorre que esta constatação leva ao reconhecimento de que, do mesmo modo que, se da lei resultar maior segurança jurídica, todos os agentes dela se beneficiarão, também poderá ser verificada a hipótese inversa: eventual ônus normativo terá de ser suportado por todos, supondo a inexistência de brechas e/ou exceções legais.

Entretanto, ainda que graus mais elevados de insegurança jurídica justifiquem, a normatização de alguns custos de transação – bases gerais do direito contratual e sanções para o inadimplemento, por exemplo, tendem a ser normatizadas para evitar abuso de direito e tentar alcançar um grau mínimo de padronização -, este modelo não pode ser tomado enquanto solução universal para todos os riscos. Como destacado anteriormente neste trabalho, a racionalidade limitada é uma das características que norteia qualquer ação humana, e não seria diferente no prisma legislativo.

Também deve ser destacada a preocupação exarada por Paciello¹³² acerca da incapacidade do Direito captar com exatidão – e com harmonia – muitos aspectos da realidade econômica, fato este que decorre de uma —cumulação de limitações || : ao tentar converter em norma jurídica determinada realidade fática, o legislador incorre duplamente na vicissitude provocada pela racionalidade limitada. Em primeiro lugar, tem uma racionalidade econômica limitada, não conseguindo captar com exatidão todos os contornos e potenciais consequências da situação fático-econômica enfrentada; e, em segundo lugar, tem uma racionalidade jurídico-legislativa limitada, o que impede de converter essa percepção fática – que já se encontrava comprometida – em uma norma geral e abstrata.

Assim, a realidade peculiar do Direito Empresarial, já trabalhada no tópico anterior, traz um entrave importante na promoção da maior segurança jurídica buscada pelos contratantes, caso se busque exclusivamente um mecanismo criado com efeitos

¹³² PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no Direito Italiano. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo (SP), Ano XVII, N. 29, pp. 39-56, 1978.

gerais e abstratos na via normativa. É por isto que se defende, na esteira do que fora tratado no capítulo anterior quando enfocada a métrica ESG, que o comportamento irresponsável pelos agentes econômicos não pode se pautar exclusivamente em soluções não-jurídicas ou exclusivamente no regramento legislativo: deve ser buscado um ponto de equilíbrio entre esses dois modelos, tese esta que se embasa nas proposições de Estye Cort¹³³.

Se no capítulo anterior se esclareceu os motivos pelos quais o ESG não é, por si só, suficiente para lidar com o comportamento irresponsável dos agentes econômicos, nos próximos parágrafos será buscado o esclarecimento da insuficiência da regulamentação pela via legislativa – o que convergirá para a análise, nos Capítulos 03 e 04, de como o ponto de equilíbrio deste custo de transação pode ser alcançado por uma modelagem sincrônica dos dois sistemas.

O processo legislativo, em regra, não é célere o suficiente para incorporar as mudanças ensejadas na velocidade em que as demandas surgem: mesmo para

que se deflagre o processo legislativo, é necessário que a problemática a ser combatida se torne juridicamente relevante para que seja incluída na agenda legislativa, na proposta de Kingdom¹³⁴ e que haja interesse do Poder Legislativo em discuti-la, frente a inúmeras outras demandas também detentoras de importância social – ou seja, apenas quando, e se, superada essa fase pré-processual é que será possível iniciar as discussões para a elaboração da norma jurídica¹³⁵.

Cabe, aqui, fazer consideração sobre a necessidade de se interpretar o processo legislativo à luz dos princípios da racionalidade dos atores e da capacidade limitada, ao que adiro às proposições de Balbani¹³⁶, no sentido de que seria ilógico cogitar que a limitação de racionalidade atinge unicamente os agentes econômicos na sua atuação junto ao mercado, uma vez que tal falta de racionalidade plena transborda também para o processo de criação de normas jurídicas: afinal, ambas estas situações são permeadas pelo mesmo contexto, qual seja, a impossibilidade do ser humano em captar com

¹³³ ESTY, Daniel C. e CORT, Todd. **Values at Work: sustainable investing and ESG Reporting**. Londres: Palgrave MacMillan, 2020.

¹³⁴ KINGDOM, John W. *Agendas, alternatives and public policies*. 2a edição. Nova Iorque: Longman, 2003.

¹³⁵ SOUZA, Hilda Regina Silveira Albandes de. *Processo Legislativo: linhas jurídicas essenciais*. Porto Alegre: Sulina, 1998.

¹³⁶ BALBANI, Arthur Paku Ottolini. **Controle de constitucionalidade e Poder Legislativo: análise do controle preventivo dos atos parlamentares**. Curitiba: Juruá, 2021.

exatidão todas as nuances da realidade fática e tomar decisões que sejam isentas de erro

– soluções teoricamente perfeitas.

O processo legislativo, ao ver de Lopes¹³⁷, é permeado pela lógica da racionalidade e da capacidade limitada uma vez que os agentes políticos, ao mesmo tempo em que necessitavam fazer escolhas aptas a solucionar problemas concretos e compatibilizá-las com o sistema jurídico, são incapazes de ter o conhecimento amplo de todas as matérias às quais são postas para sua deliberação, bem como o tempo necessário para apreciar a questão na velocidade adequada para atender as expectativas sociais.

Essa tese é complementada pela tese desenvolvida por Krehbiel¹³⁸, que afirma que, ainda que limitada, racionalidade dos agentes políticos não se dissocia da incerteza política – característica típica do Poder Legislativo, pela ausência de vinculação do voto dos parlamentares a uma posição específica, o que seria alterado a cada legislatura -, de modo que, embora muitas vezes o resultado alcançado não seja o mais adequado sob o prisma da técnica legislativa ou das exigências fáticas, é esse resultado o único possível de ser obtido.

E, para ilustrar sua tese, o autor traz a problemática das emendas a projetos de lei: o texto inicialmente submetido à votação pode ser alterado por emendas apresentadas pelos parlamentares, as quais podem incluir novas disposições (emendas aditivas), excluir parte do texto apresentado (emendas supressivas) ou, em tese mais grave, substituir o texto por outra proposta (emendas substitutivas). A dinâmica própria do legislativo e a necessidade de se fazer concessões mútuas para permitir a aprovação do texto tornam quase impossível prever qual será o resultado final do processo legislativo, notadamente, qual o teor do texto que será aprovado e convertido em norma jurídica.

Deste modo, no curso da elaboração da norma, é preciso buscar a supressão das lacunas e que se crie um texto final harmônico – o que esbarra na já mencionada racionalidade limitada dos agentes, de modo a evitar que a norma jurídica criada resulte em mais insegurança do que aquela verificada anteriormente à sua edição. Nem sempre

¹³⁷ LOPES, Fabio Almeida. **Princípios do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica**. 2009. Monografia (Especialização) – Curso de Processo Legislativo, Centro de Formação, Treinamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009.

¹³⁸ KREHBIEL, Keith. 1997. **Information and Legislative Organization**. Ann Arbor: The University of Michigan Press.

isso se fará possível, logo, o custo de transação decorrente da positivação normativa nunca será reduzido a zero, cabendo ao legislador, neste ponto, se empenhar em possibilitar que sua atividade leve a variável a apresentar limite tendente a zero – da mesma forma que anteriormente se expusera para os custos de transação oriundos de uma relação entre particulares.

Nota-se desse cenário específico do processo legislativo que o mesmo é permeado por riscos e incertezas, causando ele próprio a emergência de custos de

transação. Sequer a deflagração da tramitação de um projeto de lei que possa ser benéfico aos agentes econômicos pode ser reputado como dotado de custo zero, eis que, pela mutabilidade da proposição na fase processual, não se pode excluir a possibilidade de um texto, ao final, que seja contrário ao que se pretendia com a proposição inicial. Ao mesmo tempo, eventuais vícios redacionais ou antinomias jurídicas provocadas pela novel proposição podem deflagrar incertezas quanto à interpretação da norma jurídica, ocasionando outro custo de transação jurídico - é a figura do —legislador esquizofrênico ||, proposta por Garoupa¹³⁹, que ilustra bem o problema existente quando da normatização dos custos de transação: muitas vezes, o processo legislativo é deficitário e resulta em textos contraditórios e/ou lacunosos, que redundam no aumento em vez da diminuição dos custos de transação.

Assim, ainda que, de um lado, a criação de normas jurídicas para regram a responsabilidade das empresas seja um ato benéfico por trazer estabilidade potencial e uniformizar um padrão de comportamento, com fixação clara das sanções para o caso deste padrão ser desrespeitado, de outro pode trazer ela mais obstáculos do que soluções, ou, até mesmo, ser regrado a destempe dos ensejos de mercado. Logo, tal forma de regulamentação está no polo oposto do regramento pelas *informal rules* que foram trazidas ao mercado com a incorporação pelos agentes econômicos (ou com a pressão para que o fizessem) da métrica ESG: é ela mais estável e transparente quanto às consequências do descumprimento, mas com celeridade de implementação muito menor e com o risco de provocar um desequilíbrio na harmonia interna do sistema, caso o processo legislativo não seja feito da maneira mais adequada e tempestivamente.

O tema das incertezas provocadas pelo processo legislativo provocou até mesmo a criação de modelagens específicas para tentar mitigar os custos de transação

¹³⁹ GAROUPA, Nuno. Improving Legislation. A note of pessimism. in **Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação**, n.º 50, Outubro/Dezembro 2009, pp. 153-160.

provocados, sem, no entanto, lograr muito sucesso no Brasil – que ainda se encontra em estágio insipiente na matéria. Cooter e Ulen¹⁴⁰, a título de exemplo, propõem a criação da Análise de Impacto Legislativo (AIL) como um mecanismo

que o legislador deve fazer uso para verificar as repercussões da positividade normativa de um instituto: dito de outro modo, prestaria a AIL a identificar se os prejuízos advindos da elaboração normativa que superem os ganhos dela advindos. Em breve arrazoado, a AIL traria, par dentro do processo legislativo, a perspectiva do teste de proporcionalidade utilizado no direito constitucional ou mesmo a fórmula econômica utilizada pelo mercado para justificar uma transação: confronta-se o problema a ser enfrentado com as soluções trazidas pela norma, verificando se, à luz da proporcionalidade, razoabilidade e de uma relação custo-benefício, aquele que é o melhor instrumento para atender à finalidade pretendida ou se existe outro, mais vantajoso, que deva ser adotado em detrimento da norma proposta, consoante tese enunciada por De Paula¹⁴¹.

Nota-se que a AIL espelha, em parte, as fórmulas destacadas para cálculo finaldo preço de uma transação, alterando-se apenas a sua natureza: esta deixa de ter valor econômico e passa a ter um valor normativo/legislativo. No entanto, muito se questiona se a adoção da AIL não importaria em uma maior lentidão para a criação da norma, agravando o descompasso entre a realidade fática (constantemente fluída) e a estruturação de um mecanismo jurídico mais eficiente, questão esta que, a despeito de solucionar o problema da criação de novos obstáculos à higidez da interpretação normativa (reduzindo os ruídos institucionais e jurisprudenciais), agravaria o segundo ponto negativo da regulamentação pela via normativa, a saber, a excessiva morosidade.

Nesse sentido, afirma Vieira¹⁴² que:

No que concerne ao impacto da implantação da AIL no tempo de tramitação das propostas legislativas, em um primeiro momento, é possível supor que, do ponto de vista procedimental, um escrutínio mais rigoroso promovido pela avaliação sistemática de impacto legislativo torne ainda mais lenta a tramitação dos projetos no Congresso Nacional. Essa afirmação parte, todavia, de um lugar comum relativamente à valoração que se faz do processo legislativo no Brasil, no sentido de que a morosidade no trâmite de um projeto de lei seria uma demonstração de ineficiência do sistema.

¹⁴⁰ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6ª edição. Nova Iorque (EUA): Addison- Wesley, 2011

¹⁴¹ DE PAULA, Felipe. Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades, 2016. 387 f. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁴² VIEIRA, Eduardo S. S. Desafios e estratégias para a implantação da avaliação de impacto legislativo. —in || MENEGUIN, Fernando e SILVA, Rafael Silveira e (Org.). **Avaliação de Impacto Legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação**. Brasília: Coordenação de edições técnicas do Senado Federal, 2017.

É importante que se façam ressalvas quanto ao tempo de tramitação como medida de eficiência. Em primeiro lugar, porque essa visão pode, em última instância, levar à defesa de mecanismos que terminam por suprimir o debate democrático do processo de elaboração das leis. Em segundo lugar, porque, da forma como se estrutura o processo legislativo no Congresso Nacional, o ritmo de análise de um determinado projeto obedece mais a condicionantes políticas do que procedimentais. Dito em outras palavras, não pautar um projeto para votação no Plenário ou em uma das comissões das Casas Legislativas não significa necessariamente que falta espaço na agenda para sua análise, mas que o referido projeto não tem apoio político para que seu andamento seja considerado algo prioritário para seu relator ou para os membros do respectivo colegiado.

E, mais adiante, esclarece ainda o autor que:

A implementação de um processo de avaliação sistemática do impacto das normas em elaboração no âmbito do Congresso Nacional requer o necessário equacionamento entre a capacidade de produção dos recursos técnicos e humanos a serviço das Casas Legislativas e a demanda proveniente da referida atividade. A relevância dessa questão é acentuada em razão do grande número de proposições legislativas em trâmite e de um cenário em que grande parte das propostas de conteúdo relevante para os fins da AIL tramitam sob o regime de urgência ou sob o rito aplicado às medidas provisórias, o que torna especialmente desafiador o fornecimento de respostas tempestivas. Há, contudo, espaços para a otimização dos recursos que o Congresso Nacional já emprega na atividade de instrução e análise dessas proposições, seja por meio do aperfeiçoamento de normas regimentais, seja por meio da efetiva utilização de instrumentos legais já disponíveis, como a consolidação da legislação de que trata a Lei Complementar nº 95, de 1998. (2017, p. 62-63)

Já Garoupa, Ligüerre e Mélon¹⁴³ vão adiante e questionam a eficácia da positivação de algumas medidas econômicas, partindo das constatações feitas acima: se o risco de insucesso da positivação é acentuado e a mora pode resultar na criação de institutos natimortos – pois já nascem descompassados das demandas da realidade fática, que, ainda que à época da propositura do projeto de lei necessitasse de uma solução para certo problema, à época de sua conversão em lei já tinha encontrados mecanismos alternativos e que contornavam a questão de maneira eficaz -, então, salvo em risco extremado de insegurança jurídica (em que, conseqüentemente, os custos de transação também são muito elevados, recomendando uma solução uniforme a todos os agentes econômicos), não compensaria buscar a positivação destes custos. Assim, ao ver dos autores, valeria

mais a pena, nos casos ordinários, deixar à sorte do próprio mercado a busca por mecanismos de acomodação.

¹⁴³ GAROUPA, Nuno; LIGÜERRE, Carlos Gómez; MÉLON, Lela. **Legal Origins and the Efficiency Dilemma**. Nova Iorque: Routledge, 2016.

A mesma preocupação é observada na obra de Guyenot¹⁴⁴, para quem a normatização de estruturas possíveis de serem criadas e regradas de maneira convencional pelas empresas – ou seja, através dos usos e costumes típicos do mercado

– implica na adesão dos atores econômicos ao sistema jurídico, passando a usufruir de suas vantagens e a ser obstaculizado pelos seus pontos negativos. Contudo, se no mercado a opção por uma estratégia econômica indevida/errônea traz prejuízo apenas aos contratantes, a normatização da mesma estratégia implica na socialização do seu impacto: todos passam a arcar com o ônus da opção feita pelo legislador, devendo internalizá-lo ou buscar outras alternativas – dentro de uma margem mais restrita, ante delimitação jurídica feita – para reduzi-lo.

Conclusivamente, verifica-se que, mesmo se aplicada a análise de impacto legislativo – estratégia que pode ser interessante para adoção em casos mais complicados, cuja insegurança jurídica é premente e quando efetivamente se justifica algum grau de normatização –, a positivação de alternativas mitigadoras dos custos de transação, na generalidade dos casos, não costuma lograr bons resultados se adotada de maneira isolada: pelo contrário, é fator promotor de insegurança jurídica ainda mais premente.

O desenho que se apresenta aos agentes econômicos, portanto, não é dos mais simples, do ponto de vista dos custos de transação. Partindo da premissa de que a mitigação destes decorre da adoção de mecanismos e de técnicas de organização que maximizem a segurança jurídica, mas ciente de que a margem de atuação se encontra delimitada pelas construções normativas feitas pelo legislador – e que esta deve ser seguida, sob pena de prática de ato ilícito –, constata-se que ao agente econômico restam duas opções: sujeitar-se ao desígnio do legislador e tornar um custo de transação variável em um custo fixo, incorporado à sua realidade produtiva – o que faria sentido apenas se todos os agentes assim

procedessem – ou buscar uma alternativa dentro da própria norma, explorando suas brechas e a margem interpretativa por ela permitida, para desenvolver uma estrutura legalmente cabível e que produza resultados melhores do que a aplicação —pura || da norma jurídica.

¹⁴⁴ GUYENOT, Jean. Prospectives en Droit Français contemporain des sociétés civiles et commerciales. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXIV. N. 50, Abril- Junho/1985. São Paulo, Revista dos Tribunais. pp. 06-20

Deste modo, se é fato que parte dos custos de transação tem uma origem normativa e que esta sofre variações de acordo com a qualidade da legislação e com a sua aderência às exigências da realidade fática, e ainda tendo em vista as particularidades do Direito Empresarial, é possível afirmar que se da aplicação prática de determinados institutos jurídicos se verificar prejuízos potenciais, quando comparados com os mesmos resultados oriundos da aplicação de alternativas existentes, tais institutos restarão fadados ao fracasso.

A explicação para isso pode ser encontrada na lógica desenvolvida por Williamson: a superação de uma lacuna contratual pode se dar através de múltiplas estratégias possíveis, e optará a empresa pelo arranjo que lhe importe em um menor custo de transação. Não há como se preconizar lógica distinta para as soluções normativas: em havendo alternativas menos custosas, serão elas preferíveis. A busca do agente econômico, portanto, não é direcionada para uma solução pronta, mas pela combinação de estratégias que maximizem a utilidade da sua transação e lhe permitam o maior lucro possível, ainda que a médio e longo prazos.

Logo, pode-se afirmar que os agentes econômicos não fazem, em regra, escolhas orientadas pelo preço final do produto/serviço desejado, mas sim considerando todo o complexo de custos atinentes à transação: seja ela inerente ao objeto do contrato ou operação ou a aspectos de segurança jurídica quanto ao adimplemento, à confiança junto à contraparte da operação ou, até mesmo, à burocracia necessária para que aquela operação venha a ser efetivada. Diante da racionalidade dos agentes econômicos, optarão eles pela contratação que lhes gere

o melhor custo-benefício, o que, na prática, implica em verificar, diante de duas operações cujo objeto seja idêntico, os custos de transação inerentes ao negócio.

É fato, porém, que os agentes econômicos não são plenamente racionais, possuindo os mesmos —defeitos || cognitivos e de percepção da realidade que qualquer ser humano. Ainda que sejam motivados pelo desejo de auferir lucro, esses agentes possuem inerentes a eles próprias características da *psique* humana, sendo seus atos influenciados também pelo instinto e por questões subjetivas e culturais, como

preconizado por Thaler e Sunstein¹⁴⁵. Daí porque há um constante embate tanto entre a perspectiva lucrativa e humanista como entre os diversos modos de perquirir a riqueza.

A responsabilidade da empresa e do agente econômico entra exatamente neste ponto da discussão. É ela um custo de transação de natureza jurídica, sendo sancionável nesta esfera, mas que também encara mecanismos de repressão impostos pelo próprio mercado, quando quantificado e parametrizado o comportamento ideal a ser buscado. Logo, ainda que a discussão a respeito da responsabilidade da empresa e do comportamento dos agentes econômicos como um fator indutor de custos não seja nova na teoria econômica – vale ressaltar que Weber¹⁴⁶ já no século XIX, defendia que a essência capitalista, ainda que maximizada quando reduzida a intervenção estatal, não dispensa um conteúdo mínimo de responsabilidade e racionalidade dos agentes econômicos, uma vez que os mesmos atuam orientados a assegurar que logrem lucro superior aos seus prejuízos, o que deve ser tomado globalmente, e não individualmente a cada uma das operações - com o advento das teorias da responsabilidade da empresa e de métricas de aferição de comportamento dos agentes econômicos, a relevância do tema ganhou contornos mais claros, inclusive no que atine às consequências para o comportamento irresponsável e, principalmente, como esse comportamento irresponsável deve passar a integrar a equação econômica na forma de custos de transação, não apenas para quem o pratica, mas para quem contrata com agente irresponsável.

Sobre o tema, convém também destacar a perspectiva teórica trazida por Wray- Bliss¹⁴⁷ ao analisar os escritos de Weber sobre o conflito entre a racionalidade dos agentes e a busca por lucro dentro do contexto do —espírito do Capitalismo || , o que mostra que o tema já era tratado desde longa data, mas sem o enfoque específico que ora se propõe atribuir a ele:

Pois não é o caso que Weber argumenta que tanto os capitalistas quanto os empregados são movidos pelo chamado para ganhar dinheiro. Embora algumas grandes passagens declarativas no início do livro possam sugerir isso (por exemplo, 'O homem é dominado por ganhar dinheiro, pela aquisição como o objetivo final da vida' 1930[2001]:18), ao longo do texto Weber argumenta que o espírito do capitalismo é diferente para o capitalista em comparação com o empregado. Para aqueles que Weber chama de

¹⁴⁵ THALER, Richard e SUNSTEIN, Cass. **Nudge: the Final Edition**. Nova York: Penguin, 2021. pp.47-49.

¹⁴⁶ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do Capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

¹⁴⁷ WRAY-BLISS, Edward. **Neoliberalism, management and religion: re-examining the spirits of capitalism**. Londres: Routledge, 2019.

"empresário burguês" (p. 120), ou em outro lugar os "empresários capitalistasburgueses" (p. 88), é de fato um chamado para ganhar dinheiro que pode ser entendido como a definição do espírito do capitalismo. No entanto, este não é o mesmo espírito que o capitalismo encapsula para o trabalho. Podemos ver um exemplo disso na discussão de Weber sobre preços por peça no início de seu texto. O "empregador moderno", buscando maior produção dos empregados, pode introduzir taxas por peça, "dando assim a eles [ao empregado] uma oportunidade de ganhar o que é para eles um salário muito alto" (p. 23). No entanto, em vez de aumentar a produção nessas circunstâncias, os empregados frequentemente a reduzem, pois —a oportunidade de ganhar mais era menos atraente do que a de trabalhar menos || (ibid). Weber cita isso como um exemplo do tradicionalismo pré- capitalista que persiste na consciência dos trabalhadores. A solução engendrada pelo capitalismo para esse enigma não é, no entanto, provocar no trabalhador uma vocação para ganhar dinheiro — um imperativo primordial para a aquisição — de modo que eles procurem maximizar sua receita por peça. Em vez disso, o empregado deve ser 'libertado de cálculos contínuos' sobre o retorno de seu trabalho, e '(l)trabalho deve, ao contrário, ser executado como se fosse um fim absoluto em si mesmo, uma vocação' (p. 24).¹⁴⁸

Na contemporaneidade, a perspectiva Weberiana é resgatada por Bloom¹⁴⁹ quando concebida a tese de que os agentes econômicos são capazes de captar desvios de comportamento repugnados pelo público consumidor, passando a autuar no sentido de tanto evidenciar a conduta negativa de seus concorrentes

como também de mudar seu próprio comportamento para conquistar este público, aumentando significativamente seus lucros. Evidencia-se, portanto, que o mercado atua para afastar e relegar à periferia da rede contratual os agentes que tenham comportamento destoante e irresponsável, adotando sanções informais – a não contratação sendo a mais notória delas -, o que

¹⁴⁸ No original: —For it is not the case that Weber argues that both capitalists and employees are driven by the calling to make money. While some grand declarative passages at the start of the book might seem to suggest this (for instance, ‘Man is dominated by the making of money, by acquisition as the ultimate purpose in life’ 1930[2001]:18), throughout the text Weber argues that the spirit of capitalism is different for the capitalist as compared to the employee. For those that Weber calls the ‘bourgeois businessman’ (p. 120), or elsewhere the ‘bourgeois-capitalist entrepreneurs’ (p. 88), it is indeed a calling to make money which can be understood to define the spirit of capitalism. However, this is not the same spirit which capitalism encapsulates for labour. We can see an example of this in Weber’s discussion of piece rates early in his text. The ‘modern employer’, seeking greater output from employees, may introduce piece rates, ‘thereby giving them [the employee] an opportunity to earn what is for them a very high wage’ (p. 23). However, rather than raising output in these circumstances, employees frequently reduce it, as ‘the opportunity for earning more was less attractive than that of working less’ (ibid). Weber cites this as an example of pre-capitalist traditionalism lingering in the consciousness of the workmen. The solution engendered through capitalism to this conundrum is not, however, to bring about in the workman a calling to make money—an overriding imperative to acquisition—such that they would then seek to maximise their piece-rate revenue. Rather, the employee must be ‘freed from continual calculations’ about the return for their work, and ‘(l)abour must, on the contrary, be performed as if it were an absolute end in itself, a calling’ (p. 24). ||

¹⁴⁹ BLOOM, Peter. **The ethics of neoliberalism: the business of making capitalism moral**. Londres: Routledge, 2017.

implica por si só em um novo custo de transação, pela exclusão de um *player* e a redução do mercado.

Wernaart¹⁵⁰, ao reconhecer ser impossível a existência de comportamentos puramente éticos – e, portanto, desvinculados do lucro – por parte dos agentes econômicos, defende a tese de que a responsabilidade decorre da constatação de que o comportamento antiético e irresponsável é fator de repulsão do lucro das empresas. E, na medida em que o lucro é o norte de qualquer decisão a ser tomada, a adoção de determinados comportamentos responsáveis dentro da atividade empresarial e perante seus clientes e demais competidores é uma exigência subjetiva/implícita do mercado contemporâneo, sem a qual nenhum agente econômico seria apto a manter sua atividade, pelo ostracismo praticado pelos consumidores finais.

Tal concepção teórica representa uma inflexão em relação ao que predominantemente se defende como o papel de responsabilidade da empresa, como na construção de Weiss¹⁵¹, para quem ética e responsabilidade empresarial são elementos que se limitam a definir o que é certo e o que é errado dentro do ambiente de tomada de decisões dentro das transações de mercado, mas que não se associam, sequer implicitamente, à busca pelo lucro, ainda que possam constituir uma externalidade não atrelada aos custos de transação.

As três exposições teóricas acima sucintamente delineadas, e que serão retomadas com mais atenção no próximo capítulo, evidenciam que o comportamento da empresa integra a equação econômica, dentro da variável das externalidades e dos custos de transação, havendo mecanismos internos ao mercado de contenção e moldagem de comportamentos. Ocorre que, ao mesmo tempo em que o mercado se organiza para retirar do jogo econômico os agentes irresponsáveis, sob o ponto de vista social, nota-se que há uma tendência à pressão dos agentes públicos para que também tomem medidas de responsabilização mais amplas para com aqueles agentes irresponsáveis.

Assim, o reiterado comportamento do mercado e a percepção social de buscar a responsabilização da empresa pelos seus atos deflagra a ação de mecanismos legislativos, que buscam trazer segurança jurídica e criar sanções formais que

¹⁵⁰ WERNAART, Bart. **Ethics and Business: a global introduction**. Groningen: Noordhoff Uitgevers(Routledge), 2021.

¹⁵¹ WEISS, Joseph W. **Business ethics: a stakeholder and issues management approach**. 7a edição. Oakland: Berrett-Koehler Publishers, 2021.

transbordem do aspecto puramente transacional: as sanções, aqui, não se limitariam mais ao ato de não comprar, mas à imposição de multas e indenizações e à formalizaçãoda proibição de contratações, podendo, até mesmo, se projetar para a figura dos empresários (pessoas físicas) por detrás das empresas irresponsáveis, na forma da desconsideração da personalidade jurídica.

Logo, a responsabilidade da empresa é uma das facetas de seu comportamento, vinculando-se ao contexto de atuação de ética e probidade que se espera aos agentes econômicos, seja por força de uma *informal rule* de mercado, seja por força do ordenamento jurídico.

Deste modo, à guisa de conclusão deste capítulo, podem-se extrair algumas suscintas considerações fundamentais sobre o papel dos custos de transação e como a responsabilidade empresarial atua enquanto outro destes custos.

Os custos de transação não são um sintoma de que há algo errado na atividade empresarial ou de que a mesma não opera da forma como idealmente deveria ocorrer. Pelo contrário: refletem sintomas do próprio mercado, notadamente, a existência de riscos e incertezas em todas as operações (daí a máxima que a busca de lucros não é isenta de riscos) e a permeabilidade do mercado dentro de uma estrutura reticular que não se limita aos agentes econômicos, mas também a atores externos e a forças da natureza que podem influenciar nos diferentes elos de uma transação econômica. Reconhecer a existência de custos de transação implica, em verdade, admitir que a realidade econômica está sujeita ao comportamento dos indivíduos e a influências externas – o que, em *ultima ratio*, não se distancia das proposições da denominada —teoria do caos || : o mercado possui um equilíbrio instável em constante alteração, de modo que, para cada transação realizada e para cada ação executada por um indivíduo, altera-se o ponto de equilíbrio. Esse equilíbrio dificilmente – para não dizer a palavra —nunca || – será alcançado e mantido permanentemente em um sistema complexo, de modo que aos agentes que integram esse sistema cabe tão somente perquirir, pelas suas ações, a estruturação de mecanismos que, para as suas próprias transações, permitam o alcance de um ponto de utilidade máxima, em que seu lucro seja maximizado e seus gastos, minimizados.

É impossível cogitar de uma equação econômica sem custos de transação, daí porque algum grau de responsabilidade dos agentes sempre existirá. É irrelevante a forma como se dará a responsabilização dos agentes, se jurídica ou extrajurídica, mas

deve-se ter clara a percepção de que não haverá responsabilidade nulificada ou que a mesma poderá ser mitigada de tal forma que seus efeitos não sejam pecuniariamente sentidos (seja diretamente, na forma da sanção, seja

indiretamente, na forma da estruturação de mecanismos necessários a criar comportamentos responsáveis).

O Direito e as estruturas próprias do mercado, nesse sentido, atuam conjuntamente para buscar a coibição do comportamento irresponsável dos agentes econômicos, mitigando o custo de transação fundado na irresponsabilidade, mas trazendo consigo custos de transação próprios, fundados na criação das estruturas de combate aos comportamentos desprezíveis. O equilíbrio a ser buscado, neste ponto, importa em criar estruturas cujo custo seja inferior aos gerados pelo comportamento potencialmente irresponsável.

Todas essas premissas acerca dos custos de transação são adotadas por este trabalho para, a partir do próximo capítulo, analisar sobre como a crescente preocupação com a responsabilidade ambiental e o comportamento ambientalmente adequado das empresas tem se mostrado um de seus principais custos de transação no século XXI – e para o que a métrica ESG tem se demonstrado um elemento norteador destes custos.

Antes de adentrar a tal temática, porém, algumas considerações acerca da intersecção entre custos de transação e a tutela ambiental devem ser feitas, visando a integrar o conteúdo deste capítulo do trabalho com as proposições subseqüentes e a justificar o recorte teórico feito.

Enquanto a teoria dos custos de transação se revela uma proposição teórica para justificar, em abstrato, determinadas escolhas das empresas em prol de uma estrutura mais protetiva que lhes traga segurança econômica e jurídica para a concretização de seus negócios, não há uma lista pré-definida de hipóteses que, por si só, serão constituintes de custos de transação. Estes devem ser analisados em concreto, modificando-se (em forma e em quantidade) de acordo com aspectos geográficos e temporais e de acordo com o objeto econômico explorado pela empresa. Um destes custos, para a empresa contemporânea, é a adequação dos meios utilizados para perquirir a atividade econômica e do resultado alcançado com a adequada proteção e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, pela constatação de que, uma vez exauridos os recursos naturais e destruído o meio ambiente, não haverá condições de se manter viável a vida na

Terra, tornando, por conseguinte, despicienda a própria existência de empresas e do mercado como um todo.

O custo de transação decorrente da tutela ambiental, que se acentuou com a criação da métrica ESG, não é o único existente e nem pode ser reputado —o mais importante || dentro do rol de custos de transação enfrentados e incorporados pelas empresas. Entretanto, é ele interessante por exigir dos atores econômicos o enfrentamento da questão sob a perspectiva econômica — solucionando-se o custo pela métrica ESG — e jurídica — enfrentando, aqui, os dilemas das responsabilidades civil e administrativa ambiental no século XXI.

E, acerca destes dilemas, é inegável que grande parte dos entraves à sua superação passa por um processo de retroalimentação da incerteza causado pela própria esfera jurídica que, como se verá no próximo capítulo deste trabalho, tem progressivamente ampliado o escopo da responsabilidade civil ambiental para assegurar uma tutela em tese mais protetiva, mas que traz, consigo, maior insegurança jurídica, na medida em que afrouxa os elementos caracterizadores da responsabilidade civil cuja criação originária visavam justamente a proteger os agentes que potencialmente poderiam causar algum dano — dentre esses traços, a necessária demonstração do dano e a formação de um cristalino nexo de causalidade.

O recorte feito, assim, não busca de forma alguma trazer uma simplificação grosseira à realidade econômica das empresas ou tentar induzir à conclusão de que os custos de transação se resumem a fatos originados do comportamento das empresas para com o meio ambiente. Pelo contrário, visa a assegurar uma análise mais profunda de um destes custos, já que analisá-los de maneira ampla e em sua completude, conservando o mesmo grau de profundidade, seria inviável em uma tese de doutorado.

A proposta que se coloca a partir deste momento nesta tese é de analisar como a empresa contemporânea se vê obrigada a absorver custos de transação decorrentes da maior demanda pela preservação do meio ambiente, e cujos fatos geradores não estão apenas no direito, mas também no mercado. E, principalmente, demonstrar como se posiciona a atual tendência verificada na

práxis econômica de tentar deslocar a responsabilidade ambiental, tradicionalmente verificada a título *ex post* no âmbito judiciário, para um controle preventivo, *ex ante*, realizado pelo próprio mercado ao tentar coibir comportamentos possivelmente lesivos ao meio ambiente e, assim, promover por si próprio a repulsão dos atores econômicos com posturas ambientalmente inadequadas – para o que é necessário analisar como se apresenta a figura da

responsabilidade ambiental contemporânea sob a perspectiva da segurança jurídica aos agentes que podem ser responsabilizados.

Desta forma, se nos dois primeiros capítulos deste trabalho se construiu o panorama teórico acerca do papel da empresa contemporânea e dos custos de transação

– o que era necessário para pontuar o arcabouço teórico sobre o qual se erigirão as conclusões desta tese –, a partir do próximo capítulo se promoverá um afinamento da discussão para centrar especificamente na perspectiva dos custos de transação decorrentes do meio ambiente, lançando-se mão das teorias tradicionais da responsabilização e dos mecanismos de aferição de comportamento que as empresas possuem a seu lado (notadamente, o ESG).

• **A responsabilidade da empresa sob o prisma ambiental**

A empresa, como visto nos dois últimos capítulos, vê na estrutura organizacional por ela adotada uma forma de mitigar seus custos de transação e os riscos da insegurança jurídica. Entretanto, para que se decida acerca da estrutura mais apropriada, é necessário conhecer adequadamente os contornos da responsabilidade a que se sujeita a empresa e os riscos dela decorrentes – incluindo a incerteza promovida pela própria roupagem jurídica da responsabilidade.

O presente capítulo, assim, busca apresentar um panorama sobre a responsabilidade da empresa, com foco específico na dimensão ambiental. Porém, a circunscrição da presente análise à esfera ambiental não implica na assunção de que não há outras formas de responsabilidade igualmente dignas de relevância: na própria métrica ESG, resta evidenciada tanto a dimensão social (—S ||) da

responsabilidade empresarial (que, tal qual a ambiental, se projeta de forma exógena), como a dimensão da governança corporativa (—G ||) (perspectiva interna de responsabilidade da empresa).

O recorte à temática ambiental se dá, assim, por motivos exclusivamente metodológicos deste trabalho e pelo fato de ser tal enfoque o único relevante para a tese a ser proposta no capítulo subsequente. Também se justifica a redação de um capítulo exclusivo para tratar da responsabilidade, inicialmente em um aspecto mais geral e caminhando no sentido de um afunilamento em torno da responsabilidade ambiental em sentido amplo: na medida em que se opta pela análise da matéria sobre o aspecto tanto jurídico (decorrente da responsabilidade civil tradicional) como não-jurídico (decorrente da métrica ESG), faz-se necessário discorrer sobre o que vem a ser e qual a repercussão do estabelecimento de parâmetros de responsabilidade para quaisquer agentes econômicos – notadamente, em matéria de impacto dentro da equação econômica e no cálculo dos custos de transação.

Convém, ainda, ressaltar sobre o significado de —responsabilidade || que se emprega neste trabalho. Busca-se uma perspectiva jurídica do conceito, mas que não se limite à tradicional dicotomia entre o *schuld* e o *haftung*, oriundas do direito obrigacional alemão e incorporadas à doutrina civil brasileira. Afinal, não há, no referencial tomado neste trabalho, uma relação obrigacional meramente bilateral com relação de sujeição e tampouco há uma prestação pré-definida (ou materialmente

definível), requisitos essenciais a esta definição genérica de responsabilidade, como aponta Simão¹⁵²:

Foram os autores alemães, como von Amira e von Gierke, com base no trabalho de Brinz, que perceberam o dualismo na jurisprudência das tribos alemãs da Idade Média. Tal dualismo se revela na terminologia concernente ao direito das obrigações. Em uma série de palavras ligando-se pela forma ou pela raiz a *sollen* ou a *schuld*, encontrar-se-ia sempre uma ideia de dever, de predestinação a uma atividade futura. Em outro grupo de palavras, tendo por base o verbo *haften*, tratar-se-ia de uma ideia de ligação, submissão a um poder dado. Dessa distinção, os autores alemães, notadamente von Gierke, afirmam que no antigo direito germânico o direito dos débitos (*sollen* e *schuld*) é desprovido de coerção. Já em se tratando de *haftung*, estamos diante de uma relação de responsabilidade em que uma

pessoa ou coisa se encontra sujeita à dominação de outra pessoa, como garantia da realização de um acontecimento qualquer. Na origem, as duas relações, quais sejam, a de débito e a de responsabilidade, eram completamente independentes uma da outra. Dois atos distintos eram necessários para a sua criação. Assim, de início, existiam débitos não garantidos, mas também responsabilidades sem débito, como na hipótese em que o acontecimento garantido correspondia a um simples fato da natureza.

Assim, a acepção geral de responsabilidade a ser utilizada como referencial neste trabalho descarta a tradicional dicotomia fundada no *schuld* e no *haftung* e toma a percepção de que, para as empresas, a responsabilidade ambiental significa o dever de omitir na prática de ações lesivas ao meio-ambiente ou que possam torná-lo desequilibrado, priorizando, no desenvolvimento de suas estruturas mitigadoras de risco, aquelas que possam levar ao menor impacto ambiental possível, com desejabilidade de tendência a zero. Consequentemente, não haveria apenas uma responsabilidade de cunho jurídico, mas também de cunho econômico, e cuja consequência imediata para a não observância seria a assunção de um encargo econômico imposto pelo mercado e pelo público consumidor – levando, em *ultima ratio* ao alijamento deste agente irresponsável, em um momento de autorregulação do mercado.

O grande desafio que se apresenta às empresas, nesse sentido, é alcançar um ponto de equilíbrio entre a não-incursão na esfera do comportamento irresponsável, de um lado, e a manutenção da sua sustentabilidade econômico-financeira. Para atingir este ponto de equilíbrio sem acarretar ônus excessivos que inviabilizem a atividade econômica – alcançando uma zona de otimização de seus custos de transação¹⁵³, os

¹⁵² SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro.

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 3, pp. 165-181, 2013.

¹⁵³ O custo de transação —ótimo || vem a ser aquele que representa o menor custo possível a ser assumido pelo agente econômico para se blindar da insegurança decorrente da assunção de um encargo pré-

agentes precisam conhecer os exatos limites daquilo que potencialmente pode lhes ser imputado a título de responsabilidade e quais as consequências jurídicas e/ou econômicas destes atos. Em resumo: é imperativo que se conheça os riscos aos quais está a empresa se submetendo em decorrência de sua atividade produtiva.

Forçoso reconhecer, assim, que não há como avançar no presente estudo sem esclarecer o que vem a ser essa responsabilidade dúplice a que se submetem os agentes econômicos em matéria ambiental a partir do advento da métrica ESG e como a falta de limites claros para sua incidência, inclusive na seara jurídica, dificultam a mensuração exata dos custos de transação.

Antes de adentrar ao prisma da responsabilidade propriamente dito, porém, convém tecer considerações gerais sobre o que vem a ser o meio ambiente e o bem ambiental – conceitos necessários ao presente trabalho, uma vez que a responsabilidade ambiental possui, como bem jurídico tutelado, justamente o meio ambiente.

- **O meio ambiente como objeto da responsabilidade ambiental**

É necessário, antes de adentrar ao mérito propriamente dito deste capítulo, delimitar precisamente aquilo que vem a ser o objeto da responsabilidade ambiental, seja na interface de uma tutela jurisdicional ou de uma tutela mais ampla, esta última enfocada pela métrica ESG.

O conceito de meio ambiente encontra-se sedimentado na legislação pátria no artigo 3º, I, da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), salientando que o meio ambiente consiste no —conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. ||

A Constituição da República Federativa do Brasil, a seu turno, promulgada em 1988, não só recepcionou a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, como em seu

estabelecido. Em tese, seria possível identificar este custo ótimo *ex ante*, bastando que se conhecessem as equações econômicas referentes ao custo para implementação de medidas de blindagem e ao impacto negativo que poderia ser observado caso blindagem alguma inexistisse (impacto negativo total). O fator —previsibilidade do impacto ||, porém, é variável relevante nessa fórmula econômica: o seu desconhecimento impede o exercício de uma mensuração adequada pelo agente empresarial e, conseqüentemente, o impede de adotar a solução com maior utilidade em concreto para a superação do obstáculo a ele posto.

art. 225, conceituou meio ambiente como —bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. || ¹⁵⁴

É importante frisar que o sentido da expressão meio ambiente traz em si vários aspectos como o meio natural, englobando, assim, o ar, as águas, o solo, subsolo, recursos naturais, os ecossistemas, impondo-se aqui esclarecer que meio ambiente é expressão mais ampla que ecossistema, eis que ecossistema designa o conjunto formado por todas as comunidades que vivem e interagem em determinada região e pelos fatores abióticos que atuam sobre essas comunidades.

Consideram-se como fatores bióticos os efeitos das diversas populações de animais, plantas e bactérias umas com as outras e abióticos os fatores externos como a água, o sol, o solo, o gelo, o vento. Em um determinado local, seja uma vegetação de cerrado, mata ciliar, caatinga, mata atlântica ou floresta amazônica, por exemplo, atodas as relações dos organismos entre si, e com seu meio ambiente chamamos ecossistema. Ou seja, podemos definir ecossistema como sendo um conjunto de comunidades interagindo entre si e agindo sobre e/ou sofrendo a ação dos fatoresabióticos. Já o meio ambiente, habitualmente chamado apenas de ambiente, expressão mais ampla, envolve todas as coisas vivas e não vivas que ocorrem na Terra, ou em alguma região dela, que afetam os ecossistemas e a vida dos seres humanos. É o conjunto de condições, leis, influências e infraestrutura de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Édis Milaré¹⁵⁵, nesse sentido, distingue duas perspectivas principais no conceito jurídico de meio ambiente:

uma estrita e uma ampla. Numa visão estrita, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais. Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia Tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado como meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, como meio ambiente artificial (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. Em outras palavras, quer se dizer que nem todos os ecossistemas

¹⁵⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 76.

¹⁵⁵ MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 131-132.

são naturais, havendo mesmo quem se refira a —ecossistemas naturais ||
e
—ecossistemas sociais ||. Esta distinção está sendo, cada
vez mais, pacificamente aceita, quer na teoria quer na prática.

E, partindo dessas duas perspectivas, o autor conclui que:

o meio ambiente, bem de uso comum do povo, consistente no equilíbrio ecológico e na higidez do meio e dos recursos naturais, é bem público essencial, considerado *communes omnium*. É bem comum, geral, difuso, indissociável da qualidade dos seus constitutivos e, por conseguinte, indivisível, indisponível e impenhorável. Esse bem é alvo necessário da solicitude do Poder Público e da coletividade, que devem, em conjunto, zelar continuamente por ele.¹⁵⁶

Impende observar, ainda que do conceito do texto fundante se infere, na escorreita lição de José Afonso da Silva,¹⁵⁷ que o legislador constituinte procurou não só tutelar o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos, mas a proteção da qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. —Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um *imediato*, que é a qualidade do meio ambiente; e outro *mediato*, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que vem sintetizado na expressão —sadia qualidade de vida. ||

Já Fiorillo¹⁵⁸, por derradeiro, assevera que o conceito de meio ambiente compreende quatro aspectos, quais sejam: meio ambiente natural ou físico, constituído pela atmosfera, as águas, o solo e subsolo, a fauna e flora enfim, pelo equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e seu meio; meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído; meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, difere do anterior pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou, bem assim os veículos de sua expressão; meio ambiente do trabalho onde se busca a salvaguarda da saúde e da segurança do trabalhador no meio ambiente em que suas atividades são desenvolvidas.

A relevância da delimitação do conceito de meio ambiente é notada pela ampla gama de objetos de tutela nele compreendidos. Não se preocupa apenas com a fauna e a

¹⁵⁶ Opus cit., p. 511.

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83 (grifos no original).

¹⁵⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2012, p. 78-82.

flora, como uma visão simplista do conceito levaria a crer, mas também com o equilíbrio dinâmico entre ambos e a sua coexistência harmônica dentro do mesmo *locus* fático em que outras redes interrelacionais – como o mercado – atuam. Ao mesmo tempo, o fato do Constituinte Originário tê-lo elencado como objeto da tutela constitucional ressalta a relevância jurídica da matéria e seu tratamento diferenciado dentro do ordenamento pátrio. Vale ressaltar que, mesmo dentro dos três macrotemas enfocados pela métrica ESG, apenas o meio-ambiente possui explícita envergadura constitucional, enquanto o —social || e a —governança || possuem relevância de cunho apenas legal.

Sobre o tema, deve-se destacar a proposição feita por Machado¹⁵⁹ acerca da responsabilidade emergente a partir da delimitação da envergadura constitucional da tutela do meio ambiente:

A Constituição estabelece as presentes e futuras gerações como destinatárias da defesa e da preservação do meio ambiente. O relacionamento das gerações com o meio ambiente não poderá ser levado a efeito de forma separada, comose a presença humana no planeta não fosse uma cadeia de elos sucessivos.[...] A continuidade da vida no planeta pede que esta solidariedade não fique represada na mesma geração, mas ultrapasse a própria geração, levando em conta as gerações que virão após. Há um novo tipo de responsabilidade jurídica: a equidade intergeracional.

E essa equidade intergeracional do meio ambiente, assegurada pelo artigo 225 da Constituição Federal, caminha em linha com a preocupação que já havia sido destacada pelo Relatório Brundtland, também chamado de ‘_Nosso Futuro Comum’, apresentado a ONU em 1987. Esse relatório propõe o desenvolvimento sustentável, como —aquele que atende às necessidades do presente sem

comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades || .¹⁶⁰

É diante desse cenário que, em matéria ambiental, a Constituição Brasileira de 1988 é um diploma extremamente avançado, e segundo Milaré¹⁶¹, que ainda assevera que:

¹⁵⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **O meio ambiente no art. 225 da Constituição Federal de 1988**. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Coords.). *Constituição Federal: Avanços, Contribuições e Modificações no Processo Democrático Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT/CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, pp. 748-766.

¹⁶⁰ Relatório Brundtland também chamado ‘_Nosso Futuro Comum’ (Our Common Future) é o documentofinal da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, promovida pela ONU, nos anos 80 e chefiada pela então primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland.

¹⁶¹ MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., pp.168-169.

—pode muito bem ser denominada "verde", tal o destaque (em boa hora) que dá à proteção do meio ambiente. Na verdade, o Texto Supremo captou com indisputável oportunidade não só o que está na alma nacional como da humanidade — a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza —, traduzindo em vários dispositivos aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente. A dimensão conferida ao tema se resume, a bem ver, aos dispositivos concentrados especialmente no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social — alcança da mesma forma inúmeros outros regramentos inseridos ao longo do texto nos mais diversos títulos e capítulos, decorrentes do conteúdo multidisciplinar da matéria. A esse texto — tido como o mais avançado do Planeta em matéria ambiental, secundado pelas Cartas estaduais e Leis Orgânicas municipais — vieram somar-se novos e copiosos diplomas oriundos de todos os níveis do Poder Público e da hierarquia normativa, voltados à proteção do desfalcado patrimônio natural do País."

Não se olvida ainda que, consoante o texto constitucional, os direitos ambientais (aqui inclusos a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado) são difusos e de cunho transindividual, com indeterminação absoluta dos titulares, ou seja, não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. Objetivamente ainda são eles indivisíveis, pois não podem ser satisfeitos nem lesados senão de forma a afetar a todos os possíveis titulares simultaneamente, uma vez que, sua violação afeta não às pessoas determinadas e nem a uma classe de pessoas determináveis, mas a sujeitos dos quais é impossível nomeá-los, porque o meio ambiente não pertence a ninguém, mas a todos.

Toda a discussão teórica acerca de uma exata delimitação acerca dos bens ambientais que vem a compor o meio ambiente, em que pese sua relevância na construção doutrinária da matéria, deixa de ser relevante do ponto de vista prático quando constatado que a métrica ESG se preocupa com a adoção de comportamentos que protejam o meio ambiente em sentido amplo e assegurem que haja um equilíbrio apto a mantê-lo conservado e acessível às futuras gerações, como já destacado no primeiro capítulo deste trabalho. Daí porque, para o presente trabalho, mostra-se suficiente a delimitação feita acima, sendo despidendo entrar em maiores detalhes.

A propósito, Herman Benjamim,¹⁶² demonstra de forma objetiva esta diferenciação ao tratar da função ambiental, *litteris*:

"O objeto da função ambiental¹⁶³ - bem ambiental - é identificado ora com o meio ambiente, como categoria única e global, ora com partes ou fragmentos

¹⁶² BENJAMIN, Antonio Herman. **Função ambiental, dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993. p. 60.

deste (uma determinada montanha, um córrego específico, um ecossistema localizado). Tal é decorrência da forma macro ou micro com que se analise a questão. O meio ambiente, como objeto da função ambiental, é gênero amplo (macrobem) que acolhe uma infinidade de outros bens - numa relação assemelhada à dos átomos e moléculas-, menos genéricos e mais materiais (microbens): são 'a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora', ou em outras palavras, os elementos da hidrosfera, da litosfera, da atmosfera, da biosfera e, quiçá, também de uma antroposfera."

Posição intermediária é a de Édís Milaré,¹⁶⁴ alicerçado no art. 225 da Constituição Federal e no direito fundamental do indivíduo, elege o meio ambiente como um direito público subjetivo porque —ao proclamar o meio ambiente como —bem de uso comum do povo || , foi reconhecida a sua natureza de —direito público subjetivo || , vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem também a missão de protegê-lo. Destarte, o equilíbrio ecológico e a qualidade ambiental são assegurados de parte a parte, por vezes mediante disputas e contendas em que o Poder Público e a coletividade (através

de seus seguimentos organizados e representativos) se defrontam e confrontam dentro dos limites democráticos. ||

A estrutura constitucional do bem ambiental é resultante da somatória de dois aspectos encontrados no art. 225 da Constituição Federal de 1988. Logo, quase que matematicamente, obtemos a fórmula do bem ambiental, do próprio texto do artigo 225:

—Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações || .

Deste modo, o bem ambiental porta duas características específicas, que se constituem em: bem de uso comum do povo + essencial à sadia qualidade de vida. —O bem ambiental é, portanto, um bem de *uso comum do povo*, podendo ser desfrutado por

¹⁶³ Averba Benjamin que —juristas de escol apontam dificuldades em se chegar a um conceito jurídico universal de função. Celso Antonio Bandeira de Mello ensina, num desses lampejos de felicidade que lhe são tão peculiares, _ que a palavra função, em Direito, tem sido usada em mais de um sentido, mas há, para ela, uma acepção, um sentido nuclear, que, mais que outros, merece ser explorado. Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à contra de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio.‘ E conclui dizendo que _Tem-se função em direito quando o exercício de um poder corresponde ao desempenho de um dever: o de implementar no interesse de outrem uma finalidade preestabelecida pela regra de direito.‘ || (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. In RDP 9/60, abr-jun/89). BENJAMIN, Antonio Herman. **Função ambiental, dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993. p. 27.

¹⁶⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., pp. 160-161.

toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais, e, ainda, um bem essencial à

qualidade de vida. || – essa é a lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo.¹⁶⁵

Também com a devida _vênia‘, dependendo da relação de direito material que se está a questionar ou a negociar, ou da função ambiental que se enfrenta, não se pode tirar a característica de determinado bem de ser público ou privado. Por exemplo, uma propriedade privada que tivesse como parte área de preservação

ou fosse cortada por um rio ou banhada pelo mar não seria passível de alienação enquanto tal pelo seu legítimo proprietário, um particular.

Interessante apontar que em sua obra, *Princípios do Direito Processual Ambiental*, Fiorillo¹⁶⁶ não destaca mais o bem ambiental como um ‘terceiro gênero’, parecendo ter alterado seu pensamento. Fundamentado no estudo da origem do direito de propriedade, chega à conclusão de que:

independentemente do conceito de propriedade que se queira observar, não poderíamos em hipótese alguma confundir as relações jurídicas que envolvem determinados bens vinculados às pessoas humanas em face da propriedade (relação em que se pode gozar, dispor, fruir, destruir, fazer como bem aquilo que for da vontade de seu proprietário) com as relações jurídicas que envolvem os bens ambientais (relação adstrita única e exclusivamente ao uso do bem), pelo simples argumento de que, em princípio, não podemos destruir o bem ambiental – a VIDA –, por força do que determina o art. 225 da Constituição Federal (ao contrário dos bens ligados à pessoa humana pela estrutura jurídica da propriedade em que existe até mesmo a possibilidade de o proprietário destruir a coisa, conforme já ensinava Martin Wolff), já é suficiente no sentido de corroborar a natureza jurídica do bem ambiental como única e exclusivamente de uso comum do povo, e por via de consequência elaborada na ordem do capitalismo visando atender as relações de consumo, mercantis e outras importantes relações destinadas à pessoa humana, dentro de uma nova concepção constitucional criada em 1988, que tem na dignidade da pessoa humana seu mais importante fundamento.¹⁶⁷

Conclui Fiorillo¹⁶⁸ que, por isso, é que o texto fundante determinou que a defesa do bem ambiental incumbisse tanto à coletividade como ao Poder Público. Nisso o autor não mudou seu entendimento.

Assim sendo, no âmbito da Carta Magna, lastreado nos princípios fundamentais constitucionais, Fiorillo¹⁶⁹ define bens ambientais como —aqueles reputados *essenciais à*

¹⁶⁵ Opus cit., p. 191.

¹⁶⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2012, p. 65.

¹⁶⁷ Idem, Ibidem.

¹⁶⁸ Opus Cit., p. 66.

¹⁶⁹ Opus Cit., p. 56 (grifos no original).

sadia qualidade de vida da pessoa humana no âmbito do que determina a Constituição Federal, ou seja, essenciais à sadia qualidade de vida de brasileiros e estrangeiros residentes no País. ||

Nota-se que da primitiva definição lastreado no binômio bem de uso comum do povo + essencial à sadia qualidade de vida, a mais recente está focada tão somente em bem —de uso comum do povo. || Essa parece ser a reflexão do pensamento de Fiorillo¹⁷⁰, especialmente porque a justifica afirmando que —a definição jurídica de bem ambiental está por via de consequência vinculada não só a tutela da vida da pessoa humana, mas particularmente à tutela da vida da pessoa humana com dignidade. ||

Ainda assim não podemos concordar com a definição de Fiorillo de bem ambiental por entendermos estar a mesma incompleta. Por não tratar da indivisibilidade do objeto do bem ambiental.

Por outro lado, Édis Milaré¹⁷¹ cinge a questão do bem ambiental ao Patrimônio Ambiental Nacional, inteligindo que —se o meio ambiente, em seu todo, é um bem

—maior || e difuso – por conseguinte intangível -, os seus componentes vêm a ser bens

—menores || e, em contrapartida, concretos e tangíveis. Por isso, são estes últimos que se configuram como objeto precípua do Direito do Ambiente e da Gestão Ambiental, áreas que operam com concretudes e coisas reais. ||

E prossegue referido autor afirmando que:

devido a complexidade de noções envolvidas nessa temática, || opta por fixar vários conceitos a respeito do patrimônio ambiental, colocando o conceito de bem ambiental dentro de uma visão holística do meio ambiente, afirmando que —‘bens ambientais’: são aqueles que integram o Patrimônio Ambiental Nacional, não apenas os bens _naturais’. Assim, todo recurso ou bem natural é ambiental; porém nem todo bem ambiental é natural.

Com isso quer o autor se referir aos bens culturais que também contam com a proteção do direito ambiental,¹⁷² assim como:

os recursos naturais de origem biótica ou abiótica, que ordinariamente mantêm interrelações se inseridos num determinado ecossistema, são bens ambientais considerados *res communes omnium*; significa que são bens tangíveis reificados ou _coisificados’, vale dizer, são _coisas’. E, na medida que se inserem no bem maior – que, no caso, é a qualidade ambiental decorrente do equilíbrio entre as partes -, eles são objeto de legislação específica, no que tange à propriedade, à preservação, à manutenção, ao

¹⁷⁰ Opus Cit., p. 57.

¹⁷¹ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., p. 507.

¹⁷² Opus cit., pp. 511-512.

domínio, ao usufruto, à sustentabilidade e a outros itens mais. Da proteção desses bens depende a qualidade geral do meios.¹⁷³

Paulo Affonso Leme Machado¹⁷⁴ trata a questão do meio ambiente como um direito subjetivo de titularidade coletiva, como interesse difuso e mais, como um direito antropocêntrico porque erigido à categoria de direito fundamental da pessoa humana. Direito ao meio ambiente como bem de uso comum do povo que é, —o Poder Público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais das águas e da fauna -, mas como um gestor, um gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. ||

Paulo de Bessa Antunes,¹⁷⁵ afirma que o conceito de meio ambiente trazido pelo art. 3º, da Lei nº 6.938/81 é insuficiente, pois se esqueceu do homem. Averbando o tratadista que —meio ambiente compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação dos bens naturais que, por serem submetidos à influência humana, transformam-se em recursos essenciais para a vida humana em quaisquer de seus aspectos. || ¹⁷⁶ Para o autor, o bem jurídico meio ambiente é daqueles que podem pertencer a pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, mas em qualquer caso remanesce —uma obrigação de zelo para com o meio ambiente. || Para referido autor:

—o meio ambiente é um bem jurídico autônomo e unitário, que não se confunde com os diversos bens jurídicos que o integram. O bem jurídico meio ambiente não é um simples somatório de fauna e flora, de recursos hídricos e de recursos minerais. Ele resulta do somatório de todos os componentes que, isoladamente, podem ser identificados, tais como florestas, animais, ar, etc. Esse conjunto de bens adquire uma particularidade jurídica que é derivada da própria integração ecológica de seus elementos componentes. [...] Meio ambiente é, portanto, um *bem communes omnium*, de natureza imaterial. Uma coisa comum a todos, que pode ser composta por bens pertencentes ao domínio público ou privado. [...] A fruição do bem jurídico meio ambiente é sempre de todos, da sociedade. Por outro lado, o dever jurídico de proteger o meio ambiente também é de toda a coletividade. || ¹⁷⁷

¹⁷³ Idem ibidem, p. 511.

¹⁷⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 20ªed., 2012, pp. 150-155.

¹⁷⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. Opus

cit., p.70. ¹⁷⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. Opus cit., p.10. ¹⁷⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. Opus cit., p. 323.

A síntese do pensamento de José Ângelo Remédio Júnior,¹⁷⁸ se colhe da própria definição que dá ao bem ambiental, como categoria macro, complexo na sua composição, porque composto pelos recursos ambientais, —o bem ambiental, assim, é o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Por conseguinte, é um bem fundamental. Mas, não apenas isso. É um bem fundamental comum de titularidade difusa, em prol das gerações presentes e futuras. O bem ambiental é uma categoria que engloba os bens ambientais em espécie e este tem como componentes os recursos ambientais¹⁷⁹. ||

Remédio Júnior¹⁸⁰ admite a dupla titularidade do bem ambiental (pública e privada), alicerçado na tese defendida por Benjamin, da função ambiental¹⁸¹:

ou seja, é possível ser titular do domínio de bem e este estar limitado na sua utilização pública ou privada em prol de direito difuso cujo titular é a humanidade e tem por objeto o meio ambiente elevado a patamar de bem jurídico. Estamos afirmando: é possível ser proprietário de bem, que também seja onerado como bem ambiental. A consequência de ser bem ambiental advém da limitação no seu uso a uma função ambiental.¹⁸²

Vistas as considerações acima até agora, e olhando o bem ambiental sob o enfoque do direito constitucional e do direito ambiental, vislumbramos importantes conceitos acerca do meio ambiente e seus elementos (recursos ambientais), que podem ser colhidos do escólio de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida,¹⁸³ que com precisão pontua que:

¹⁷⁸ REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. **Direito Ambiental Minerário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013,p. 91.

¹⁷⁹ Embora ainda bastante utilizado no passado como referência aos cuidados com o ambiente, o termo recursos naturais quase não faz mais parte da legislação brasileira recente, que adotou preferencialmente o termo recursos ambientais. Nas entrelinhas da legislação pode-se verificar a presença de resquícios que indicam o conceito de recursos naturais ainda presente. [...] Pode-se entretanto, verificar que no corpo da legislação pertinente os termos recursos naturais praticamente desaparecem sendo substituídos por outros. Um claro exemplo disso é o inciso VI do artigo 4º da

Lei Federal n. 6.938/81 que diz “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”. Ou seja, descarta recursos naturais, trocando por recursos ambientais. DULLEY, Richard Domingues. Noção de natureza, ambiente, meio ambiente, recursos ambientais e recursos naturais. **Agric. São Paulo**, São Paulo, v. 51, n. 2, p. 15- 26, jul./dez. 2004, PP. 22-25.

¹⁸⁰ REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. **Direito Ambiental Minerário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013,p. 92.

¹⁸¹ BENJAMIN, Antonio Herman. **Função ambiental, dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993. pp. 58-80.

¹⁸² REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. **Direito Ambiental Minerário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013,p. 95.

¹⁸³ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro: a relação entre degradação social e degradação ambiental. **Tese de Doutorado em Direito**. São Paulo: PUC, 2001. pp. 15-33.

"o bem jurídico sobre o qual recai o direito fundamental ora analisado é o 'meio ambiente ecologicamente equilibrado'. É importante destacar que o texto constitucional está a se referir, nesse passo, ao *meio ambiente globalmente considerado*, que é um *bem jurídico autônomo*, de *natureza imaterial*, distinto dos *elementos que o compõem*, denominados recursos ambientais, geralmente de *natureza material*. A distinção é fundamental, considerando que ambas as realidades submetem-se a regimes jurídicos distintos, com consequências igualmente diversificadas. [...] O ambiente seria, ademais, mesmo que composto de vários componentes, cada qual tutelável individualmente, considerado globalmente, isto é, unitário em seu conjunto; por outro lado, sua disciplina jurídica foi tida como autônoma não se submetendo nem ao regime privado, nem ao público".¹⁸⁴

Acrescenta Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida¹⁸⁵ que bem ambiental:

—é bem de uso comum do povo, portanto, bem difuso, e que não é suscetível de apropriação. É bem adéspotas, como diz a doutrina italiana, e essencial à sadia qualidade de vida. || E prossegue a renomada Professora: —E isto implica numa série de consequências. Quando a Constituição inclui recursos ambientais entre os bens da União (art. 20), não é apropriada a interpretação de que são bens de propriedade da União. Ela tem, quando muito, o domínio resolúvel sobre referidos bens; ela exerce a administração desses bens || e —não tendo a propriedade, não pode [...] dispor desses bens contrariando o interesse da coletividade. ||

- **A responsabilidade ambiental: aspectos gerais**

Passa-se, a partir deste ponto, a analisar o que constitui a responsabilidade ambiental no direito brasileiro, retomando-se a premissa delimitada no início deste capítulo: conhecer os exatos limites da responsabilidade ambiental (jurídica e não jurídica) é medida necessária para a identificação dos custos de transação e se sua origem é calcada em risco – sujeito a análise probabilística, sendo o custo de transação dele decorrente mais facilmente quantificável – ou em mera incerteza – quando amensuração é atividade meramente hipotética e sujeita a instabilidade.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, ao estipular o conceito de responsabilidade ambiental, fixa, no seu art. 225, §3º, que —as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou

¹⁸⁴ Opus cit., pp. 15-19.

¹⁸⁵ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2006, pp. 135-136.

jurídicas às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados || .

A Carta Magna, portanto, estabelece em seu artigo 225 uma relação tripartite para o dano ambiental, a incidir sobre os aspectos civil, penal e administrativo – seja de maneira isolada, seja de maneira concomitante¹⁸⁶. A redação do dispositivo também não deixa dúvida de que não há uma limitação quanto ao sujeito a ser responsabilizado – atingindo, portanto, pessoas físicas e jurídicas, presentes e futuras. É por tal razão que Phillipi Jr e Alves¹⁸⁷, sobre o tema, afirma haver neste dispositivo constitucional uma cláusula genérica de responsabilidade sobre o meio ambiente que decorre de uma perspectiva ética, mas se traduz por obrigações concretas assumidas pelos agentessociais, na forma de um pacto social de ampla responsabilização com o fito de garantia de direitos futuros.

Deste modo, pode-se afirmar que a Constituição Federal brasileira adota um posicionamento avançado e moderno, como afirma Morato Leite¹⁸⁸:

—No Direito Brasileiro, também se tem notado avanço significativo na responsabilização por danos ambientais, pois se

estabeleceu a tripla responsabilização, concomitantemente e independentemente, nas esferas civil, administrativa e criminal, consoante a Lei n. 6.938/81, a Lei n. 9.605/98 e o art. 225, § 3º da Constituição Federal. No que concerne ao aspecto civil, a responsabilização é por risco, e a reparabilidade integral compreende a lesão material e a imaterial (ou extrapatrimonial). Note-se, ainda, que a norma brasileira não estabelece em *numerus clausus* as atividades sujeitas à responsabilização civil por risco, podendo qualquer poluidor que venha a causar lesão ao bem ambiental ser sancionado com o uso desse mecanismo || .

Ademais, não se ignora que a construção jurídica da responsabilidade ambiental é soerguida sobre o princípio do poluidor-pagador, segundo o qual aquele que praticar

¹⁸⁶ A jurisprudência, nesse sentido, já possui o consagrado entendimento acerca da existência de três esferas de possível incidência simultânea e nas quais não há relação de exclusão — ainda que o resultado da apuração dos fatos feita em uma delas possa repercutir nas demais: —o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral. Deles decorrem, para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam se for o caso. || (REsp 605323/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 17/10/2005 p. 179). No mesmo sentido (REsp 625249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/08/2006 p. 203).

¹⁸⁷ PHILLIPI JR., Arlindo e ALVES, Alair Caffé. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri: Manole, 2005.

¹⁸⁸ LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de Risco e Estado. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

ato que desequilibre o meio ambiente ou lhe cause danos será obrigado a arcar com o ônus da sua recomposição, o que guarda correlação tanto com a responsabilidade civil como com os custos de transação abordados no capítulo anterior. Nas palavras de Silva Filho¹⁸⁹:

—Neste ponto, é preciso fazer uma importante observação. A função redistributiva do princípio, mencionada anteriormente, se por um lado introduz um critério de justiça na repartição dos encargos públicos, por outro lado constitui-se na tradução jurídica do pensamento econômico acerca das correções das falhas de mercado e das externalidades negativas, já vistas nos capítulos precedentes. Fosse essa a única finalidade do princípio do poluidor-pagador, de pouco serviria como instrumento de proteção da qualidade do meio ambiente, certo que representaria apenas uma redistribuição dos custos do combate aos efeitos poluidores das atividades produtivas, sem contribuir diretamente para a minimização da degradação. Em tal hipótese, melhor seria denominar-se o princípio de pagador-poluidor: pagas as taxas, estaria o agente econômico livre para poluir na medida

equivalente ao valor por ele pago. Todavia, a despeito de sua origem econômica, o princípio do poluidor-pagador não se contém em uma simples finalidade redistributiva, mas, vinculado que está ao ordenamento jurídico-ambiental – em que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, radicado no próprio direito à vida, desponta como direito fundamental –, alcança uma dimensão superior e mais radical, para assumir uma função preventiva, de modo a induzir o poluidor a continuamente aperfeiçoar as técnicas produtivas que reduzam e eventualmente suprimam a liberação de emissões impactantes no meio. ||

Feita essa delimitação genérica acerca do que consiste na responsabilidade ambiental, pode-se avançar para a análise individualizada da responsabilidade civilambiental, objeto de estudo deste trabalho.

Faz-se, porém, advertência preliminar: ainda que, no presente estudo, tenha-se optado pelo recorte em torno da responsabilidade civil ambiental, não se ignora que os custos de transação pelo comportamento —irresponsável || do empresário na esfera penal e administrativa também repercutem na escolha estrutural de sua governança. Nos três casos, os encargos da responsabilidade deverão ser absorvidos pelas estruturas empresariais na forma de custos de transação, caso se pretenda a mitigação do risco jurídico.

A diferença entre os casos estará na origem desta responsabilidade e a forma como se materializa o risco de insegurança e imprevisibilidade jurídicas – contudo, como estes são mais acentuados na responsabilidade civil, pela forma como estruturado

¹⁸⁹ SILVA FILHO, Carlos da Costa. O princípio do poluidor-pagador: da eficiência econômica à realização da justiça. *Revista de Direito da Cidade*, v. 4, n. 2, pp. 111-128, 2012.

o nexo de causalidade, foi feita a opção por delimitar a análise a este modal de responsabilidade, sem prejuízo de resgate dos temas em trabalhos futuros.

- **A responsabilidade civil ambiental**

Assim como o feito em outros países, o Brasil adota como regra geral a responsabilidade civil ambiental de cunho objetivo (art. 14, §1º, Lei nº 6.938/81)¹⁹⁰. Sua premissa básica está no risco da atividade praticada: é irrelevante

a aferição de culpa ou dolo do agente causador de eventual dano ambiental ou de conduta potencialmente lesiva, bastando que se forme um nexo de causalidade entre o ato praticado e o resultado lesivo – e, a despeito de controvérsias sobre seu cabimento no ordenamento jurídico, é certo que o mesmo se encontra constitucionalmente recepcionado na forma do art. 225, §3º, CF.

Há, assim, rompimento de uma teoria individualista em prol de um coletivismo ambiental. Na medida em que se vislumbra o direito ambiental como um direito transindividual, não fica mais ele restrito à esfera privada, mas atinge a esfera pública – a atrair, portanto, o regime de responsabilidade consagrado para o direito público que é, em essência, objetiva – aspecto esse bem destacado por Benjamin¹⁹¹.

A fixação de uma responsabilidade objetiva por danos com repercussão ao meio ambiente, porém, não adveio da Lei nº 6.938/81 ou da Constituição Federal: a bem da verdade, tal previsão já constava da Lei nº 6.453/77, que trata dos danos nucleares e que dedica seu capítulo segundo à responsabilidade civil deles decorrentes. E, ali, já se fixava a responsabilidade civil objetiva, como se nota da literalidade do *caput* do art. 4º, que aponta a responsabilização —independentemente da existência de culpa || .

A construção teórica em torno da responsabilidade civil objetiva é fruto de um complexo processo de evolução da teoria da responsabilidade: o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa), originalmente autônomo, funde-se com o ato praticado na forma do risco da atividade exercida. Ainda que não se aponte, nessa hipótese, uma conduta —dolosa || ou —culposa || do agente, assume-se que ele, ao realizar qualquer

¹⁹⁰ —Art. 14 (...) - § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente || (grifos nossos).

¹⁹¹ BENJAMIN, Antônio Hermann V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Revista de Direito Ambiental. nº 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 36.

atividade de cunho econômico tem o dever implícito – e inerente à harmonização do princípio da liberdade econômica com o dever de todos de proteger o meio ambiente e assegurar sua sustentabilidade intergeracional– de empregar a máxima

diligência para não lesar o meio ambiente, investindo em estratégias seguras de atuação que, em um exercício prospectivo, evitem a incidência da cláusula geral de responsabilidade civil prevista na Constituição Federal¹⁹².

Tal demanda é inerente aos atos por ele praticados e prescinde de comprovação: trata-se de premissa atrelada à função social da empresa, consoante proposição feita por Granziera¹⁹³. Logo, projetando a perspectiva do dano ambiental para os agentes econômicos, se de sua ação resultar um dano, há uma presunção de direito de que não fora empregada a diligência adequada para o desenvolvimento de sua atividade comercial e, portanto, será ele responsabilizado, bastando que se prove haver nexos entre a sua conduta (que é assumidamente inadequada, sob o prisma da tutela ambiental) e o dano ao meio ambiente verificado.

É por tal razão que a eventual existência de licenças e/ou alvarás administrativos não conferem licitude a atividade causadora de dano ao meio ambiente. Essa licença e/ou alvará apenas retira o caráter de ilicitude administrativa do ato, mas não afasta a responsabilidade civil de reparar o dano e nem a penal: afinal, a responsabilidade civil ambiental não exige, como elemento intrínseco, que o ato praticado seja ilícito – basta que seja ele lesivo ao meio ambiente.

Deste modo, o elemento —conduta lesiva || prescinde de avaliação quanto à sua ilicitude – o que é fator, por si só, de agregação de custos de transação à estrutura empresarial. Não basta que a empresa busque a precaução contra condutas contrárias à lei; é necessário que ela realize uma análise *ex ante* de suas condutas e tente projetar o seu resultado final, para que, uma vez feita a projeção, se verifique se há ou não dano ambiental possivelmente a ser causado. Nesse sentido é a lição de Nelson Nery Júnior¹⁹⁴ acerca do tema:

—ainda que haja autorização da autoridade competente, ainda que a emissão esteja dentro dos padrões estabelecidos pelas normas de segurança, ainda que

¹⁹² LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁹³ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. Indaiatuba (SP): Editora Foco, 2019, p.635.

¹⁹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson, **Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública**. In

a indústria tenha tomado todos os cuidados para evitar o dano, se ele ocorreu em virtude da atividade do poluidor, há o nexos causal que faz nascer o dever de indenizar || .

O exercício de projeção que se deve fazer não é de simples realização, se considerado que a empresa se insere em um contexto reticular (logo, é necessário computar eventuais influências de ações de terceiros), pratica simultaneamente diversos processos (cada qual apto a interferir nos demais) e que não é ela que, de mão própria, pratica seus atos (fazendo-o através de pessoas a ela ligadas, mas que não assumem a responsabilidade). Ao contrário da mera avaliação da licitude – que se resume à conferência entre o texto legal e o ato que se deseja praticar –, na consideração da prática dos atos sob a perspectiva de eventual resultado lesivo, é preciso tomar todo o contexto de inserção da empresa como parâmetros: e, mesmo assim, há o risco da avaliação não ser bem sucedida, pela mudança do cenário fático ao longo do processo de execução das ações empresariais.

No entanto, a mitigar este cenário de complexidade, pode o agente poluidor econômico sob o qual recaiu /a obrigação de indenizar buscar a ação regressiva contra outros poluidores agentes que tenham com ele agido e/ou participado de qualquer maneira ou modo dessa cadeia de atos lesivos, maximizando o resultado de sua ação – o que é relevante, dado o contexto reticular da empresa e da prática simultânea, por diversos agentes, de ações de mesmo caráter e com resultado coincidente, a impedir que se afira cabalmente quem praticara o ato efetivamente lesivo – ou, se o resultado não fora, em verdade, consequência do somatório das ações individuais que, se tomadas isoladamente, não teriam o condão de lesar o meio ambiente, no chamado —efeito potencializador da conduta lesiva || .

A responsabilização potencial de todos os agentes que integrem a cadeia lesiva, e não apenas aquele inserido em seu último elo, é importante para assegurar a reparação ambiental – ou a mitigação do prejuízo, já que, não raramente, será este dano ambiental permanente – e para desincentivar a prática de atos que possam vir a provocar tal tipo de dano. Invoca-se, portanto, o aspecto preventivo da imposição de uma sanção: ao agente econômico é preferível antever ao risco

de sanção e adotar medidas que evitem potencial prejuízo futuro, pois menos custoso – ao menos em tese – do que suportar a futura responsabilização por um dano de quantificação incerta – e que, portanto, não

poderá ser qualificado como absorvível ou não pelo agente quando do exercício de sua atividade preventiva.

É por tal razão que, na doutrina, se consagra a seguinte síntese à teoria objetiva, a caracterizá-la como finalística (com foco no resultado), como pontuado por Machado¹⁹⁵:

—não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência do resultado é prejudicial ao homem e seu ambiente. A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade. ||

Verifica-se, portanto, que a espinha dorsal da responsabilidade civil objetiva é o dano e não a conduta ou comportamento do agente. É preciso aferir o dano praticado e tentar identificar se, de alguma forma, decorre ele logicamente dos atos praticados pelo agente, ainda que em mínimo grau – não é necessário que seja o fator principal do dano, basta que tenha contribuído para sua deflagração ou alcance do resultado faticamente apresentado.

Entretanto, conceituar o dano ambiental não é tarefa das mais simples, ante se tratar de conceito aberto.

Em visão simplista, típica de uma linha tradicional, Iturraspe¹⁹⁶ afirma ser o dano ambiental qualquer evento tecnológico da era industrial ou pós-industrial que possua repercussões no meio ambiente. Sua proposta, portanto, não adentra a qualquer aspecto significativo deste fenômeno, pois não o atrela a uma ação praticada pelo homem ou omissão – a ensejar a possibilidade de reparação.

Já para Agostinho Alvim¹⁹⁷, o dano ambiental vem a ser uma lesão no patrimônio ambiental da humanidade, a qual não possui pronta aferição econômica e sequer pode ser quantificável, mas que encontra potencial reparação de cunho financeiro

– através do ressarcimento dos gastos causados no desenvolvimento de medidas autônomas de reparação do dano.

¹⁹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 20ªed., 2012, p. 405.

¹⁹⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset, **Responsabilidad por Daños: Responsabilidad Colectiva**. Santa Fé:Rubinzal-Culzoni. 1992, p. 139.

¹⁹⁷ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1972,pp. 171-172.

Bessa Antunes¹⁹⁸, a seu turno, esclarece que a regra geral do Direito Civil para o conceito de —dano || é a sua qualificação como prejuízo injusto causado a terceiro, capaz de gerar obrigação de ressarcimento e que seja certo, atual e subsistente. Contudo ao dano ambiental, lança o autor mão de requisitos distintos: entende que é suficiente que seja um prejuízo perene (na perspectiva de que não será corrigido espontaneamente pelanatureza).

Por fim, Édís Milaré¹⁹⁹ conceitua dano ambiental como a lesão grave e anormal (não insignificante) de ordem patrimonial e/ou extrapatrimonial ao direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e/ou ao bem ambiental em si considerado.

A análise dos conceitos acima apresentados revela que há, no conceito geral de dano, o traço comum de ser um prejuízo necessariamente passível de ressarcimento pecuniário – há, assim, uma dimensão econômica por detrás do dano ambiental (reduzindo a qualidade ou quantidade de algo para um patamar inferior). Entretanto, o dano ambiental carece desta perspectiva econômica, tomando, contudo, a dimensão de redução de qualidade.

De ser ressaltado que a Lei nº 6.938/81 buscou conceituar o dano ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, indicando que é ele a degradação da qualidade do meio ambiente (ou seja, a diminuição da qualidade do —conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas ||), podendo ser esta degradação direta ou indireta.

O conceito positivado, porém, não é suficiente, devendo ser analisado complementarmente à doutrina e à jurisprudência – principalmente com a finalidade de assegurar contemporaneidade ao conceito de dano ambiental. Assim, em resumo, pode o dano ambiental ser exposto como uma lesão intolerável ao meio ambiente decorrente da ação ou omissão humana, seja direta ou indiretamente, e para a qual não é necessário a aferição do aspecto subjetivo da conduta do agente. Faz-se, contudo, ressalva a este resumo: ainda que ilustre ele uma regra geral para o dano ambiental, é de se priorizar a aferição casuística do conceito, especialmente em termos de quantificação do dano.

¹⁹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 322/323.

¹⁹⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Não há dúvidas, ademais, de que o conceito de dano ambiental se apresenta como sinônimo aos termos —degradação da qualidade ambiental || e —poluição || constantes da Lei n° 6.938/81, os quais, por sua abrangência, contemplam a lesão material e a imaterial do meio ambiente, bem assim suas eventuais repercussões em interesses pessoais e particulares.²⁰⁰

Aplicando por analogia a mesma lógica que recai sobre estes conceitos sinônimos, doutrina e jurisprudência são pacíficas acerca da pluralidade difusa de vítimas do dano ambiental, sua difícil reparação e valoração. Isso não significa que o dano ambiental sempre se apresentará com esta roupagem: analisando a perspectiva concreta do dano, é possível identificar um ou mais agentes que serão mais lesados por aquele dano (v.g. na poluição de um rio, não há dúvidas que pescadores que dele dependem para sua subsistência e as comunidades ribeirinhas terão um prejuízo direto de curto prazo maior do que o restante da sociedade). Contudo, sempre existirá a repercussão transindividual e transgeracional deste dano, por menor que seja: afinal, impedir-se-ão as futuras gerações de gozar do meio ambiente em mesma condição de equilíbrio e qualidade que seus antepassados.

Os danos ambientais são, ainda, de difícil recomposição – o reflorestamento de uma região, por exemplo, pode demorar décadas, e a poluição

em um oceano pode não ser removida, como visto no caso do vazamento de petróleo no Golfo do México, com consequências mais de vinte anos após sua ocorrência – o que também traz peculiaridades para a sua quantificação e valoração. Assim, pode a reparação do dano não alcançar todos os efeitos desejados e nem possibilitar o retorno certo ao *status quo ante*.

É por isso que a reparação civil do dano ambiental se funda na possibilidade de cumulação de obrigações de diferentes naturezas (fazer, não fazer, indenização pecuniária, recomposição do *status quo ante*, aplicação de dano moral coletivo, etc.). O tema é bem esclarecido por Mirra²⁰¹:

²⁰⁰ Com efeito, a legislação brasileira foi clara ao dizer que —o poluidor (aquele que provoca a poluição) é obrigado a reparar o *dano causado ao meio ambiente e a terceiro* (art. 14, § 1º, da Lei 6.038, 1981), ou seja, em sua dupla valência na proteção do bem jurídico de sua versão de macrobem e em vista dos interesses pessoal e particular no microbem ambiental || . (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 99).

²⁰¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano Ambiental*, 2ª ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, fl. 314.

o princípio da reparação integral deve conduzir o meio ambiente e a sociedade a uma situação na medida do possível equivalente à de que seriam beneficiários se o dano não tivesse sido causado; nesse sentido, a reparação integral do dano ao meio ambiente deve compreender não apenas o prejuízo causado ao bem ou recurso ambiental atingido, como também, *toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso*, o que inclui os efeitos ecológicos e ambientais da agressão inicial a um bem ambiental corpóreo que estiverem no mesmo encadeamento causal, como, por exemplo, a destruição de espécimes, *habitats*, e ecossistemas inter-relacionados com o meio afetado; os denominados danos interinos, vale dizer, as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do prejuízo e a efetiva recomposição do meio degradado; os danos futuros que se apresentarem como certos, os danos irreversíveis à qualidade ambiental e os danos morais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental.

A jurisprudência trilha o mesmo entendimento da doutrina. No importante julgamento do REsp 1.114.893, o Ministro Herman Benjamin clarificou que:

convém frisar que os deveres de *indenização e recuperação ambientais* não são —pena ||, mas providências ressarcitórias de natureza civil que buscam, simultânea e complementarmente, a restauração do *status quo ante* da biota afetada e a reversão à coletividade dos benefícios econômicos auferidos com a utilização ilegal e individual de bem que, nos

termos do art. 225 da Constituição, é —de uso comum do povo. Além disso, a interpretação sistemática das normas e princípios do Direito Ambiental não agasalha a restrição imposta no acórdão recorrido. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= *dano interino* ou *intermediário*), bem como pelo *dano moral coletivo* e pelo *dano residual* (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração). Nesse panorama, a indenização, além de sua função subsidiária (quando a reparação *in natura* não for total ou parcialmente possível), cabe de forma cumulativa, como compensação pecuniária pelos danos reflexos e pela perda da qualidade ambiental até a sua efetiva restauração. Daí a ausência de *bis in idem*. Ora, sem prejuízo da fundamental recomposição da área, o reconhecimento do Tribunal de origem de que a degradação causada pelo recorrido está em estágio avançado pode, eventualmente, reclamar a sua condenação também ao pagamento de indenização, sem falar da reversão à sociedade dos benefícios econômicos que o degradador auferiu com a exploração ilegal dos recursos do meio ambiente, —bem de uso comum do povo ||, nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, sobretudo em garimpo de ouro localizado em Área de Preservação Permanente e destituído de licença ambiental para funcionamento ou autorização de desmatamento. Saliento que tal medida não configura *bis in idem*, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos, especialmente a privação temporária da fruição do patrimônio comum a todos os indivíduos, até sua efetiva recomposição.

Em outro julgado da mesma relatoria do Min. Herman Benjamin, este afirma em excerto trazido à colação, que:

[...] 5. Acumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar **não configura *bis in idem***, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos. (REsp nº 1.180.078 MG, Segunda Turma, J. em 02/12/2010, DJe 28/02/2012).

É de se chamar a atenção que a própria polissemia do conceito de dano ambiental é intencional, colaborando para esse processo. Ocorre que o legislador constitucional e infraconstitucional, ao não dar o conceito de dano ambiental, quis de tal sorte dar importância e abrangência a reparação por qualquer modalidade de

degradação ambiental, deixou indene de dúvidas que a reparação integral dos danos ambientais não se limita aos custos de recuperação dos componentes naturais afetados, devendo incluir a indenização pelos danos de ordem não patrimonial, sejam coletivos (*stricto sensu* ou difusos) ou individuais (homogêneos ou estritamente individuais).²⁰²

Da mesma forma que é difícil a quantificação do dano, também o é a análise do fato gerador deste dano. Vale questionar: como estruturar o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano materializado ao meio ambiente? Lança-se mão, como regra, da aferição do risco ambiental.

As modalidades de risco são enfocadas por diversas correntes doutrinárias, sem que haja necessária prevalência de uma delas²⁰³ e sem que se guarde correlação entre o conceito jurídico e o conceito matemático-econômico de risco – a trazer complicação

²⁰² Quanto às possíveis vítimas da degradação ambiental, bem ilustra ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, ao observar que —por ex., uma atividade poluidora pode causar danos à massa difusa dos habitantes de toda uma região (chuva ácida afetando a biodiversidade local e a pintura das casas), ao meio ambiente de trabalho (atingindo os trabalhadores da empresa emissora, todos filiados ao mesmo sindicato local) e a indivíduos particularizados (diminuição da produção leiteira ou degradação do patrimônio imobiliário dos vizinhos da fonte poluidora) || . BENJAMIN, Antônio Herman V. —Responsabilidade civil pelo dano ambiental || . *In* Revista de Direito Ambiental. N. 9: 5 – 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 50). ²⁰³ —Risco || , segundo Cavalieri, —é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela recorrente. || Sérgio Cavalieri Filho. Programa de responsabilidade civil. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 142. São asseguintes as teorias do risco: risco profissional (REsp 777508 / SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, T2, J. em 17/12/2009, DJe 04/02/2010), risco proveito, risco criado – art. 987 CC, risco excepcional (RMS 15154 / PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, T1, J. em 19/11/2002, DJ 02/12/2002 p. 222 - RSTJ vol. 174 p. 133), risco integral e risco administrativo (AgRg no AREsp 403236 / DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, T2, J. em 05/12/2013, DJe 12/12/2013).

adicional à teoria dos custos de transação. Necessário, portanto, fazer recapitulação destas teorias a solidificar o conhecimento.

A teoria do risco-proveito pressupõe uma atividade positiva do agente que coloca em risco um terceiro, limitando a responsabilidade, porém, à constatação ou não da ocorrência de lucro decorrente desta atividade lesiva ao meio ambiente (v.g. REsp 827833/MG, Rel. Ministro Raul Araújo).

Sobre o tema, afirma Henkes²⁰⁴:

A Teoria do Risco Proveito ou Integral estabelece que o responsável pelo dano tem o dever de repará-lo, ou cessar e impedir que circunstâncias adversas gerem danos futuros ou coloquem em risco a coletividade, pois ele será responsabilizado por todo e qualquer ato; ou seja, independentemente da ocorrência de danos efetivos, basta a possibilidade de ocorrência de riscos à coletividade.

Essa teoria não admite nenhuma excludente de responsabilidade, como, por exemplo, caso fortuito, força maior, ação da vítima ou de terceiro. Ela tem como embasamento o fato de que aquele que auferir proveitos/lucros com a atividade deve arcar com os prejuízos dela decorrentes.

Outra característica dessa teoria é não diferenciar as causas principais das secundárias, intrínsecas ou não, à atividade; todas são consideradas condições do evento lesivo e, por si só, aptas a gerar a responsabilização.

Trata-se da aplicação do princípio poluidor-pagador o qual visa internalizar as externalidades ambientais negativas no processo produtivo pelo responsável, evitando-se a socialização dos custos e dos riscos dele decorrentes.

Por outro lado, há também a teoria do risco criado, que decorre da aceção de risco como a consequência natural da prática de qualquer atividade perigosa. Expande-se, por essa teoria, as condutas que poderão ser causadoras de risco – já que não serão elas necessariamente lucrativas –, mas impõe o requisito da —periculosidade || .

As duas teorias acima postas são, sob o ponto de vista econômico, as que guardariam melhor correção com um regime genérico de responsabilidade – e que trariam, caso adotadas, os menores custos de transação na estruturação de medidas de salvaguarda. Afinal, a responsabilização se manifestaria quando da existência de danos fundados nas atividades do empreendimento do agente, independente de culpa.

Tanto a Teoria do Risco Proveito como a Teoria do Risco Criado aceitam as excludentes de responsabilidade, dentre elas o fato de terceiro (existência de terceiro que contribui preponderantemente para que o dano ocorra, dentro da lógica causal dos eventos), o caso fortuito e a força maior. Não são elas, assim, suficientemente aptas a

²⁰⁴ HENKES, Silvana. A responsabilidade civil no Direito Ambiental Brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, v. 10, n. 1, pp. 51-70, 2009.

explicar a problemática ambiental, na medida em que ignoram o princípio do poluidor- pagador e, portanto, contrariam a premissa sob a qual se assenta o regime de responsabilidade na legislação brasileira.

Assim, ainda que, teoricamente, sejam estas duas teorias as mais compatíveis com um sistema tradicional de responsabilidade civil e com a criação de estruturas preventivas de danos sujeitos à responsabilização, não encontram elas guarida no sistema ambiental pátrio.

É por tal razão que se desenvolveu uma terceira teoria, denominada —teoria do risco integral || . Nesta teoria, o agente poluidor não se isentará de sua responsabilidade em hipótese alguma, afastando-se as excludentes de responsabilidade, mas mantendo-se a necessidade de demonstração do nexo de causalidade entre ação praticada e resultado lesivo. Assim, pode a atividade geradora do dano ser lícita, mas acaso venha ela causar ou potencializar dano ao meio-ambiente, caberá ao agente que a praticou ressarcir este dano²⁰⁵.

A apuração da responsabilidade civil objetiva sob a modalidade do risco integral, deste modo, assenta-se na premissa de que o agente causador do dano responderá por todos os eventos danosos decorrentes direta ou indiretamente de suas ações ou de sua omissão— ou seja, é cabível a responsabilização por mera concausa ou concorrência em relação a outra ação lesiva, praticada por terceiro, sem prejuízo, como já afirmado anteriormente, da tutela regressiva.

A despeito de ser a tese que melhor encontra aderência aos pressupostos do sistema de responsabilização ambiental previsto na Constituição brasileira, não é essa teoria isenta de críticas, como se nota, a título de exemplo, do posicionamento exarado por Caio Mario²⁰⁶:

A teoria do risco integral é uma teoria sujeita a críticas por seu extremismo. Trata-se de uma tese puramente negativista. Não cogita de indagar como ou

²⁰⁵ A demonstrar meu entendimento, cito ementa de acórdão de minha relatoria: —APELAÇÃO. Ação Civil Pública Ambiental. Cerceamento de defesa afastado. Ilegitimidade de parte passiva. Inocorrência. Responsabilidade ambiental dos proprietários do imóvel. **Teoria do risco integral.** Agravo retido rejeitado. **Notórios e evidentes os danos causados pela queima de palha de cana-de-açúcar que independem de nexo causal.** Valor da indenização obtido por meio de parâmetros objetivos e científicos onde afere monetariamente a perda de energia decorrente da queima da palha da cana-de-açúcar buscandoo equivalente monetário em litros de álcool produzidos. Sentença

mantida. Recurso improvido. || (Apelação Cível nº 0002493-64.2007.8.26.0111, TJSP, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Vera Angrisani, J. em 23.05.2013) (grifei).

²⁰⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

porque ocorreu o dano. É suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização.

Por outro lado, há quem a defenda, como o faz Nelson Nery Junior²⁰⁷, em percuciente explanação sobre a matéria:

Ainda que a indústria tenha tomado todas as precauções para evitar acidentes danosos ao meio ambiente, se, por exemplo, explode um reator controlador da emissão de agentes químicos poluidores (caso fortuito), subsiste o dever de indenizar. Do mesmo modo, se por um fato da natureza ocorrer derramamento de substância tóxica existente no depósito de uma indústria (força maior), pelo simples fato de existir a atividade há o dever de indenizar.

Assim, como destacado, para a teoria do risco integral, tornam-se irrelevantes os aspectos de licitude da atividade praticada, existência de potencial interferência praticada por terceiros ou fatos imprevisíveis que possam incidir sobre a conduta do agente e desviar seu curso natural, provocando o dano ambiental. Reforça-se, nos dizeres de Milaré²⁰⁸, a essência do princípio do poluidor pagador e as bases do sistema amplo de responsabilidade civil previsto na legislação brasileira, evitando que aspectos meramente administrativos sejam utilizados como escusas para obstar o dano ambiental.

Tal aspecto ganha relevância quando considerada a progressiva evolução do conhecimento sobre a irreversibilidade dos riscos ao meio ambiente e da existência de

—danos por acumulação || – danos ambientais que não se configuram a partir de condutas isoladas, mas do somatório da mesma conduta durante um longo espaço de tempo e que, em avaliação *ex ante*, se mostra insuscetível de quantificação (o que eximiria o agente de responsabilidade, caso adotada as teorias do risco proveito e/ou do risco criado).

Paulo Affonso Leme Machado²⁰⁹, em obra clássica, ao tratar da responsabilidade objetiva, lembra que o art. 927 do Código Civil a aceita, porém ressalta que, referido dispositivo adota a teoria do risco da atividade – o que exige

que se rechace tal dispositivo em termos de danos ambientais, em detrimento da previsão específica constante da Lei nº 6.934/81:

(...) A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio

²⁰⁷ NERY Jr., Nelson. **As responsabilidades civil e penal das pessoas jurídicas em danos ambientais**.

In Fórum de direito urbano e ambiental – FDU n°. 19. Belo Horizonte: Editora Forum, jan/fev 2005.

²⁰⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

²⁰⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 20ªed., 2012.

dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos "danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade" (art. 14, § III, da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente. ()

O art. 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa. Quanto à segunda parte, quando nos defrontarmos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. "É a responsabilidade pelo risco da atividade." Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação.

Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá consequências não só para a geração presente, como para a geração futura. Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações [].

Dentre as teorias acima expostas, não há dúvidas de que deve ser adotada aquela que consagra o risco integral na formação do nexo de causalidade da responsabilidade civil ambiental. A adoção desta teoria não se faz apenas por ser

ela prevalente na doutrina e na jurisprudência pátrias, como já abordado acima, mas pela sua aderência com a base do sistema de responsabilidade civil, do qual emanam os parâmetros analíticos de tal teoria.

Deste modo, o dever de reparação é fundamentado simplesmente pelo fato de existir uma atividade de onde adveio o prejuízo, sendo desprezadas as excludentes da responsabilidade, como o caso fortuito ou a força maior, ou seja, não há necessidade de verificar a intenção do agente. A justificativa para tal é simples: caso removido o fator

—existência do estabelecimento do agente || ou o fator —ação do agente || da cadeia causal, o dano ambiental não seria causado mesmo que ocorrido o caso fortuito ou força maior. Havendo a concausa, a responsabilização do agente poluidor é de rigor.

Basta, assim, que se configure um dano ambiental relacionado com a atividade praticada. Sobre o tema, afirma Yoshida²¹⁰:

—esta responsabilidade objetiva abarca a denominada reparação integral do dano ambiental, que inclui a reparação específica (restauração, recuperação e compensação ecológica) e/ou a reparação indenizatória, e abrange danos materiais e danos morais difusos, coletivos e individuais (homogêneos e simples). E este sistema de responsabilidade civil objetiva amplia-se sobremaneira quando é aliado à definição legal abrangente de poluição e de poluidor direto e indireto prestigiada pelo art. 3º, da Lei 6.934/1981, e sua implementação é facilitada pela adoção dos institutos da solidariedade passiva, da obrigação *propter rem*, da inversão do ônus da prova, entre outros. ||

Ademais, a jurisprudência dominante é no sentido da responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral, a corroborar as conclusões da doutrina:

No caso, a premissa vencedora do acórdão é a de que a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, tendo por pressuposto a existência de atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar, de modo que, aquele que explora a atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela, por isso descabe a invocação, pelo responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil e, portanto, irrelevante a discussão acerca da ausência de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro ou pela

ocorrência de força maior. 3. Embargos de declaração rejeitados, com imposição de multa de 1% sobre o valor da causa. (EDcl no REsp 1346430 / PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, T4, J. em 05/02/2013, DJe 14/02/2013).

Uma vez assentado os conceitos de —dano || e de —risco || – este último para fins de configuração da conduta do agente poluidor -, é necessário analisar o nexo de causalidade, cujos aspectos preliminares já foram abordados.

É o nexo de causalidade o liame que conecta a conduta lesiva praticada pelo agente ao dano, o que, em leitura inicial, parece ser simplista; entretanto, este ponto é o de maior controvérsia na doutrina e na jurisprudência, na medida em que, pela pluralidade das teorias do risco, há igualmente múltiplas concepções acerca do nexo de causalidade.

Nota-se que as teorias do risco e o —nexo de causalidade || estão ligados. A começar pelo aspecto da desnaturação do nexo de causalidade, verifica-se que, a

²¹⁰ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. TAC e TCA e composição prévia: a reparação do dano em medidas compensatórias no contexto do PNMA. **Revista de Direito Ambiental** nº 64 – out. / dez. 2011.

depende da teoria do risco adotada, adotar-se-á conclusão distinta acerca das causas disruptivas do nexo de causalidade. Mesma influência também se verifica na tentativa de determinar a extensão da participação de um determinado agente e a própria existência ou não de uma relação de causa e efeito, como pontuado por Catalá²¹¹.

Destaca-se, a título de exemplo, problema decorrente da teoria utilizada para justificar o nexo de causalidade: a determinação do nexo de causalidade dos poluidores diretos e indiretos. Um dos objetivos da solidariedade em matéria ambiental é evitar que os agentes utilizem as ações dos demais como pretexto para tentar eximir a sua responsabilização, cientes de que inexistem, na presente data, mecanismos aptos a quantificar com exatidão o *quantum* de dano ambiental que a ação isolada de cada agente resultou.

Não há soma matemática que possa ser feita para repartir a responsabilidade civil ambiental e definir proporções de responsabilidade: daí porque a emergência da solidariedade, em decorrência da expansão do nexo de causalidade, é necessária para evitar a impunidade dos agentes poluidores e para impedir que a execução de sentenças ambientais se torne tarefa impossível ao magistrado²¹².

A indivisibilidade do dano ambiental, o seu caráter de integralidade e a pluralidade de poluidores são fatores que contribuem para uma atenuação do nexo da causalidade, como já vem ocorrendo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Consequentemente, o critério da certeza é substituído pelo critério da verossimilhança no exame do liame de causalidade entre a causa e o efeito do dano. Isto porque tão somente a adoção da teoria objetiva da responsabilidade civil ambiental não garante a reparação integral dos danos ao meio ambiente – sua vertente pura exclui as concausas, o que não se verifica na responsabilidade civil ambiental.

A maior parte dos danos ambientais não possui um nexo de causalidade único e unidirecional. Pelo contrário: como destacado anteriormente, tratam-se estes danos de

—danos por acumulação ||, de sorte que são eles provenientes de várias atividades distintas, como no caso dos danos causados por poluição crônica, cumulativos ou continuados por atividades de vários agentes – é o caso do efeito estufa, que tem

²¹¹ CATALÁ, Lucía Gomis. **Responsabilidad por danos al media ambiente**. Pamplona: Arazandi Editorial, 1998, p. 160.

²¹² Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, **Responsabilidade civil, meio-ambiente e ação coletiva ambiental**, in Antonio Herman Benjamin, **Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 284.

degradado a camada de ozônio, e também a ocorrência de chuvas ácidas, provocadas por emissões de poluentes na atmosfera. Como estes danos são consequências de ações praticadas reiteradamente e que possuem efeitos cumulativos, não há como determinar qual fora a ação que deflagrara o dano por si só: para tal seria necessário identificar o limite suportável pelo meio ambiente e

aferir qual ato foi o responsável pela superação deste limite – o que é impossível de ser feito.

A responsabilização, portanto, não pode ser individual: todos os agentes poluidores possuem parcela de responsabilidade na degradação ambiental. Contudo, ao se adotar a solidariedade, simplifica-se o processo de reparação na via jurisdicional: identifica-se um dos múltiplos agentes poluidores e se cobra dele a reparação do dano ambiental; a ele, futuramente, caberá o regresso contra os demais poluidores, cuja identificação também será de sua atribuição²¹³.

Assim, além da identificação em concreto de um prejuízo ao meio ambiente, é necessário que se verifique a ligação à ao menos uma fonte poluidora, como assevera Machado²¹⁴. Na pluralidade de poluidores, há fator apenas aparente de dificuldade adicional: como não é necessário demonstrar a lesividade específica por força de presunção legal, na legislação brasileira, mas apenas que aquela atividade é potencialmente poluidora, basta a simples realização de perícia enfocando as circunstâncias concretas em que o agente desenvolve a sua atividade econômica.

A apuração do nexo causal, deste modo, assenta-se na premissa de que o agente poluidor responde por todo o evento danoso que não seria produzido sem a existência de seu empreendimento ou das atividades deste. Responderá, pois, ainda que seu empreendimento ou atividade atue como concausa, bastando que tenha concorrido, de qualquer forma, no nexo de causalidade de produção do resultado danoso, ainda que este seja derivado também de outras causas concomitantes, inclusive fatos de terceiros.

Porém, sob certas circunstâncias, há —dificuldade || de demonstração do nexo causal. Em assim sendo, compete ao juiz determinar a inversão do ônus probatório como medida mitigadora à inefetividade do instituto civil e à realidade jurídico- ambiental – decorrência esta do princípio da precaução em matéria ambiental, segundo

²¹³ SANCHEZ, Antonio Cabanillas. **La reparación de los danos al medio ambiente**, Aranzadi, 1996.

²¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 20ªed., 2012.

o qual o sujeito que desenvolve uma atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente possui o ônus de provar que sua atividade não lhe oferece riscos.

Ainda que não seja o objeto central deste trabalho, convém dedicar alguns parágrafos a análise da perspectiva processual da matéria – já que, como no capítulo subsequente serão analisados os custos de transação sob a ótica dos riscos judiciais decorrentes da responsabilidade civil ambiental, adentrar à análise da realidade processual é necessária para esclarecimento do panorama em que se insere a tese a ser proposta.

A inversão do ônus da prova em matéria ambiental se presta a abarcar a certeza científica e também o risco incerto do dano ambiental – relega-se ao agente poluidor a prova de que sua conduta não é sequer potencialmente geradora do dano ambiental verificado em concreto (seja diretamente ou na forma de concausa), rompendo, assim, o nexo de causalidade.

A inversão ou transferência do ônus da prova para os potenciais poluidores ocorreria, exemplificativamente, nos seguintes casos: a) quando ainda não se verificaram danos ao meio ambiente, todavia, eles poderão vir a ocorrer no futuro, diante de falta de prova científica na atualidade; b) quando os danos já ocorreram, porém, não se tem conhecimento da sua causa principal (ou seja, pluralidade de concausas cumuladas resultando em dano por acumulação); c) quando os danos ocorreram, mas não há prova do nexo de causalidade entre o dano e a fonte poluidora;²¹⁵ ou, d) naqueles casos em que o juiz entender necessário.

Rodrigues²¹⁶ ressalva com propriedade que com a evolução da sociedade (massificação social, multiplicação de direitos, etc.) e a consequente falência do Estado liberal, incapaz de manter as exigências por ele mesmo criadas (riqueza, lucro e exploração de mão de obra), impôs uma modificação na atitude do Estado frente à sociedade, ficando ele pressionado a atuar positivamente. Afinal, se anteriormente o Estado já não deveria interferir nos direitos individuais, agora, tendo em vista a sociedade multiplicada, deve assegurar certos valores essenciais e fundamentais, dentre eles, a garantia do meio ambiente equilibrado às presentes e futuras gerações.

²¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998, p. 49.

²¹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3ª ed. ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Essa mudança de comportamento estatal frente à sociedade também foi sentida na ciência jurídica, em especial na técnica processual. A prova e os meios de prova deixam de ser utilizados como mecanismo de obstaculização do direito, na medida em que, verificando-se a maior dificuldade técnica da parte contrária em reunir elementos probatórios dos fatos alegados – muitas vezes reunidos e mais facilmente apresentáveis pelo agente poluidor -, inverte-se o ônus de provar estes fatos, passando a incumbência a quem possui melhores condições processuais de fazê-lo.

O que se deve patrocinar é um estímulo do contraditório, onde inexista de um lado partes fortes, do outro, fracas, no qual os mais fortes (em geral os demandados) meramente aguardam a improcedência do pedido em virtude das dificuldades de se provar o fato constitutivo do direito da parte ativa. Imprescindível, desse modo, superar conceitos então vigentes buscando-se cada vez mais uma solução ao litígio que garanta segurança, justiça, paz social e a efetividade do processo. Neste sentido, convém destacar as lições de Watanabe²¹⁷:

o que cabe ao magistrado, no início da fase probatória, é exercer o papel ativo na direção do processo, como exige o art. 331 do CPC, fixando os —pontos controvertidos || e determinando —as provas a serem produzidas ||, podendo —esclarecer sobre as regras de distribuição dos ônus da prova, fixados em abstrato pelo ordenamento jurídico, e sobre as consequências de sua inobservância, e não decidir sobre quem deve recair os ônus da prova, ou fazer desde logo a inversão dos ônus estabelecidos na lei, mormente quando essas definições supõem um juízo provisório de verossimilhança.

A inversão do ônus da prova não necessariamente será facultativa e dependerá de um comando por parte do magistrado - em algumas situações, será ela mandatória, operando-se *ope legis*, o que não é objeto de grandes controvérsias: basta a verificação se a situação fática se amolda ao comando normativo. Por outro lado, quando se der a mando do magistrado (inversão *ope judicis*), analisará o magistrado o caso concreto e, pelas suas peculiaridades, poderá determinar a inversão do ônus da prova, mas, se pretender fazê-lo, deverá

proceder a tal determinação antes da prolação da sentença, a fim de oportunizar a instrução probatória e o contraditório (e evitando a violação do postulado da decisão surpresa, constante do art. 10 do CPC).

Daí porque entendem alguns doutrinadores que nessas situações se concretiza uma verdadeira distribuição dinâmica do ônus *probandi*, pela inversão do ônus da

²¹⁷ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto** / Ada Pellegrini Grinover ... (et al). Rio de Janeiro: Forense, 10ª Edição, Vol. II, p. 7.

prova. Não se trata de exceção à regra do ônus da prova, como no caso da inversão *ope legis*, mas sim de uma oportunidade para que o magistrado, analisando o caso concreto e constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, distribua o ônus conforme as peculiaridades e características da demanda e das partes.

Ainda que a legislação ambiental e os diplomas que regulamentam a tutela coletiva clássica – a ação popular e a ação civil pública – não possuam previsão expressa acerca da inversão do ônus da prova ou da possibilidade de redistribuição dinâmica, fato é que a tais diplomas se aplicam subsidiariamente as demais regras do sistema de tutela coletiva, consoante determinação do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública – e, como o Código de Defesa do Consumidor, que integra o sistema, possui disposição autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova, a mesma se aplica analogicamente às demais ações coletivas. Não fosse esse o caso, o Código de Processo Civil autoriza expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 357 c/c art. 373), repercutindo, também, na esfera da tutela coletiva.

Importante salientar que em qualquer caso, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal, a orientação segundo a qual o juiz deva ao avaliar a necessidade de provas, deferir a produção daquelas que entenda pertinentes explicitando quais e em que momento serão objeto de inversão do ônus, acaso pretenda fazê-lo. Isto porque as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão reconhecida na sentença, estaria a seu cargo.

A reforçar que a inversão do ônus na tutela coletiva não é automática e dependerá de uma análise casuística feita pelo magistrado, transcrevem-se os ensinamentos de Filomeno ([s.d.], p. 158)²¹⁸:

é evidente, entretanto, que não será em qualquer caso que tal se dará, advertindo o mencionado dispositivo, como se verifica de seu teor, que isso dependerá, a critério do juiz, da verossimilhança da alegação da vítima e segundo as regras ordinárias de experiência.

É certo que para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, a Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, dispôs a responsabilidade quanto

²¹⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito, et. al.. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 10ª Edição, Vol. I, p. 158.

à sua proteção e manutenção ao Poder Público (em suas três esferas). Afinal, a proteção do meio ambiente interessa a todos indistintamente, o que impõe o uso das técnicas processuais de cunho absolutamente publicista – como a inversão do ônus da prova, acima mencionada.

Diante disso, sem qualquer dúvida, o comportamento a ser adotado pelo magistrado em relação ao exercício de sua função no processo, em especial, sobre os seus poderes instrutórios deve ser sobremaneira participativa. O direito ao meio ambiente é classificado pela doutrina como um direito fundamental de terceira dimensão (logo, intergeracional), e como tal, deve ser tutelado da forma mais ampla possível, seja porque funda a dignidade da pessoa humana, seja porque sua tutela é eleita como finalidade do Estado contemporâneo.

Tendo-se sempre presente que o meio ambiente é indisponível, inalienável, impenhorável, indivisível, bem do povo, absolutamente sensível a danos e irreversivelmente reconstruível, a postura do juiz, buscando uma solução justa para o caso concreto, deve ser a mais participativa possível na atuação e direção do processo. Isso interfere sobremaneira no âmbito processual e, em especial, na instrução probatória do feito - e, como esta manifestação será casuística, seu resultado é imprevisível, aumentando a insegurança jurídica e elevando os custos de transação.

Sobre o tema, afirma Yoshida²¹⁹:

Em se tratando de um bem fundamental à vida de um número indeterminável de pessoas, não se pode pretender aprofundar qualquer discussão acerca dos aspectos processuais, sem antes refletir acerca da estrutura e caracterização desses direitos e interesses materiais, isto é se direitos e interesses difusos e coletivos em sentido estrito, ou transindividuais homogêneos, sendo imperioso no caso destes últimos apurar em que medida eles se apartam e, reversamente, se aproximam das duas outras espécies (direitos e interesses difusos e coletivos em sentido estrito) || . Essa homogeneidade vem daquilo que a doutrina denomina origem comum, ou seja, aquilo que representa o fundamento desses direitos.

Assim sendo, os instrumentos de tutela ambiental, arrimados pelo texto constitucional, estão dentro da jurisdição civil coletiva, porque sua preservação e proteção, inquestionavelmente, tem natureza difusa.

²¹⁹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. pp. 1/2.

No campo do Direito Ambiental justifica-se ainda mais a aplicação da inversão do ônus. Em primeiro lugar, porque positivada a responsabilidade objetiva na matéria ea existência de uma relação de desigualdade entre os agentes poluidores (dotados, *a priori*, de maior expertise técnica) e as instituições de defesa de tutela coletiva. Em segundo lugar, pois a própria natureza indisponível do bem jurídico tutelado, o meio ambiente, favorece uma atuação mais enérgica e ativa do magistrado, com vistas a proteger os interesses de sujeitos indeterminados.

Nesse sentido, o processo de convencimento do magistrado em relação à existência ou não do dever de reparação do dano ambiental se funda em duas opções: provar que o dano ambiental decorreu da causa alegada nos autos, ou, de outro lado, que àquela causa jamais poderia ser atribuído para aquele dano. A questão é saber a quem incumbe o ônus da prova – àquele que sofreu o dano ou ao suposto causador no sentido de afastar o liame causal.

Hoje jurisprudência e doutrina não discrepam no sentido de que os princípios que estão hoje a sustentar a possibilidade da inversão do ônus da prova

são aqueles da prevenção e o da precaução, princípios estes que são a base de sustentação em Direito Ambiental em face do interesse público subjacente. No contexto do Direito Ambiental, no rastro do princípio da precaução, emerge o princípio em *in dubio pro natura*, carregando consigo uma forte presunção em favor da proteção da saúde humana e da biota.

A regra de direito material ligada ao aludido princípio da precaução determina que nas ações de reparação ambiental onde a existência do dano esteja relacionada a uma incerteza científica, o encargo probatório de que os danos advindos ao meioambiente incumbem ao suposto poluidor, por sua maior expertise técnica. Como bem destaca José Rubens Morato Leite²²⁰:

este princípio reforça a regra de que as agressões ao ambiente, uma vez consumadas, são, normalmente, de reparação difícil, incerta e custosa, e pressupõem uma conduta genérica *‘in dubio pro ambiente’*. [...] Com efeito, a precaução objetiva prevenir já uma suspeita de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. Seu trabalho é anterior à manifestação de perigo e, assim, prevê uma política ambiental adequada a este princípio.

²²⁰ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 52-53.

Outrossim, decorrência da substituição do critério da certeza pelo critério da probabilidade, consagrado com o advento do princípio da precaução, pode-se dizer que nas ações ambientais, para o autor da demanda basta a demonstração de elementos concretos embasados cientificamente, que levem à conclusão quanto à probabilidade da caracterização da degradação, cabendo, então, ao réu, a comprovação de que a sua conduta ou atividade, com absoluta segurança, não provoca ou não provocará a alegada ou temida lesão ao meio ambiente.

Assim, o princípio da precaução tem também essa outra relevantíssima consequência na esfera judicial: acarretar a inversão do ônus da prova, impondo ao degradador o encargo de provar que a sua atividade questionada não é efetiva ou potencialmente degradadora da qualidade ambiental, rompendo o nexo de causalidade por falta do elemento lógico (inexistência de relação de causa e efeito).

Nos casos de análise jurisdicional da responsabilidade civil por dano ambiental, é plenamente cabível a inversão do ônus da prova, seja por comando expresso do Código de Processo Civil, seja pela incidência do microsistema de tutela coletiva, seja pela própria estrutura principiológica da tutela do meio ambiente na ordem constitucional atual.

Em paralelo a esta situação, há de se considerar que a mera inversão do ônus da prova não seria fator de grande preocupação em termos de custos de transação. Contudo, a complexidade da prova a ser produzida – envolvendo perícia técnica de maior sofisticação – eleva substancialmente estes custos: e, por muitas vezes, mesmo a escolha do profissional, cuja qualidade e conhecimento técnico influenciam diretamente no resultado final do laudo produzido – e que, em regra, embasará o provimento jurisdicional final, ainda que possa o juiz optar, com base em seu livre convencimento motivado, em se escorar em outras provas -, que irá realizar a perícia não é tarefa fácil.

A produção da prova em direito ambiental é uma tarefa que exige bastante esforço, pois é extremamente difícil de ser realizada, e, nesse contexto, a perícia na maioria das vezes é o meio de prova mais adequado para sua demonstração. Tratam-se tais perícias de processos complexos e multidisciplinares, demandando equipes multiprofissionais que permitam, conjuntamente, construir um panorama adequado acerca da ação praticada pelo agente poluidor e do dano ambiental resultante.

Falta analisar um último elemento da responsabilidade civil ambiental: o sujeito responsável pela degradação, ou seja, o agente poluidor. Já se expôs anteriormente que a responsabilidade civil ambiental é solidária, consoante o art. 942 do Código Civil e a compreensão do texto constitucional: logo, ocorrendo atividade degradadora do meio ambiente a responsabilidade por danos ambientais, os poluidores diretos e indiretos serão solidariamente responsáveis pela reparação do dano, sendo o litisconsórcio meramente facultativo.

Cito ementa de acórdão de minha relatoria, a evidenciar a questão posta e a perenidade da tese de solidariedade, vigente desde longa data:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Danos ambientais causados pela realização de obra de gasoduto. Despacho saneador. Ilegitimidade passiva não configurada, posto que a empresa responsável direta pela implantação dos dutos é subsidiária integral da Petrobrás Gás S/A, que por sua vez também é subsidiária da agravante, a qual será beneficiária direta do empreendimento. Art. 251 da Lei nº 6.404/76. Responsabilidade solidária. Preliminares de inépcia da inicial, falta de interesse e impossibilidade jurídica do pedido corretamente afastadas, não se vislumbrando ausência de motivação. Ponto central da demanda que é a ocorrência ou não de danos, sendo esta a controvérsia a ser dirimida pela prova pericial. Decisão mantida. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento nº 2039216-80.2013.8.26.0000, TJSP, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Vera Angrisani, J. em 15.05.2014).

Não há dúvidas, ademais, de que as pessoas jurídicas também podem ser responsabilizadas pelos danos ambientais, ante a existência de previsão legal expressa nesse sentido (art. 3º, IV, Lei nº 6.938/81) – o que posteriormente foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988, ante o disposto no art. 225, §3º, da Carta Magna.

Tanto o texto constitucional como a previsão legal não exigem a responsabilidade simultânea das pessoas físicas que executam a ação – os prepostos da empresa – ou daqueles que a ordenaram. É possível que a responsabilidade, assim, recaia diretamente sobre a pessoa jurídica, já que, em *ultima ratio*, é ela dotada de personalidade autônoma em relação às pessoas físicas que integram seus quadros funcionais e diretivos.

Não há qualquer alteração em relação ao regime da responsabilidade civil pelo simples fato de se perquirir a responsabilização da pessoa jurídica, tendo em vista que, em primeiro lugar, não se trata de distinção feita na legislação e, em segundo lugar, tal pretensão não encontraria amparo no princípio do poluidor-pagador (que também não

exige que a responsabilidade recaia sobre aquele que, de mão própria, cometeu o ato poluente)²²¹.

Menos relevante para o trabalho – mas digno de nota, uma vez que aplicável ao regime das empresas públicas (que também podem praticar atos ambientalmente irresponsáveis) e pelo aspecto da subsidiariedade da

responsabilização - é a possibilidade de responsabilização do Estado e das pessoas jurídicas de direito público por danos ambientais.

Cabe ao Estado zelar pelo meio ambiente. Muitas vezes é ele próprio o causador de danos ambientais: é o caso da construção de usinas hidrelétricas que inundam uma localidade, do vazamento de gás explorado ou do vazamento de petróleo em bacias administradas pelo Poder Público. Porém, estes danos podem se dar em face de uma ação lesiva de uma concessionária de serviço público ou de uma empresa contratada pelo Poder Público. Nesse caso, ainda que o Estado possa ser instado a reparar a lesão, não fica ele isento de demandar regressivamente contra o efetivo causador do dano (o que, pelo comando do art. 37, §6º, CF, não é facultativo, mas obrigatório). A empresa, porém, possui papel igualmente relevante nesse processo, como se nota no exemplo da concessionária que lesa o meio ambiente: ante a possibilidade de exercício do direito de regresso, o risco de uma possível condenação deve ser *ex ante* considerada pela empresanas suas provisões financeiras, evitando situação infortunistica que lhe impeça de continuar a existir.

Porém, a análise do tema exige algum grau de cautela. Nos casos em que o Poder Público atua concorrentemente ao agente poluidor, sua responsabilidade será subsidiária, ou seja, deverá pagar caso o degradador original esteja impossibilitado de fazê-lo. Nesse sentido, é o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça, no *leading case* sobre a matéria:

[...] 14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência).

- A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta,

²²¹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com adesconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

- Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados. (REsp 1071741 / SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, T2, J. 24/03/2009, DJe 16/12/2010) (n/ grifos).

Algumas poucas linhas devem ser traçadas conclusivamente a este capítulo para que se permita uma conexão com a tese principal deste trabalho, a ser explorada no próximo capítulo. Utiliza-se o presente item, portanto, com o propósito não apenas de realizar apontamentos conclusivos acerca da responsabilidade civil por dano ambiental das empresas, mas de formar o liame entre esta e os custos de transação, principalmente pela compreensão de que a reinterpretção da responsabilidade ambiental ao longo dos últimos trinta anos, no sentido de uma fluidificação e menor exigência quanto à atualidade do dano e seu nexó de causalidade para com ações de uma única empresa, causou uma importante mudança no paradigma dos custos de transação ambiental – que, embora anteriormente pudessem ser ditos como originários do risco, hoje são certamente reputados como incertezas.

A responsabilidade civil ambiental, como visto na exposição breve feita neste capítulo, é fator de insegurança jurídica. Os agentes econômicos, ao desenvolverem suas ações, não possuem mecanismos para *a priori* aferirem com certeza se serão elas suscetíveis ou não de causar dano ambiental futuro: por evidente, há diferentes gradações deste risco – o risco de uma mineradora causar dano ambiental, por exemplo, é muito maior do que o risco de uma construtora de edifícios residenciais na área urbana de uma cidade. Por tal razão, o desenvolvimento de suas próprias ações já enseja uma diligência adicional prévia, a ser incorporada nos processos internos destes agentes.

O problema central está no dano ambiental por acumulação. Se o próprio agente econômico não possui meios de antever que sua ação será lesiva, a análise de impacto de seus atos deve considerar um contexto mais amplo – o que também incrementa os custos e exige um refinamento ferramental que nem sempre estará

disponível a estes agentes. Ao mesmo tempo, a assunção do risco de que a atividade venha apenas a futuramente se

mostrar lesiva – mesmo no plano teórico – precisa ser computada dentro dos custos de transação.

Ao mesmo tempo, por força da adoção das teorias do risco integral e da distribuição dinâmica do ônus da prova – ainda que em matéria ambiental quase sempre ele venha a repousar sobre o suposto agente poluidor -, a análise prévia da ação a ser desenvolvida e a existência de meios de demonstração desta análise se tornam indispensáveis.

A insegurança jurídica, por força dos mesmos dois aspectos, também é trazida ao primeiro plano: na hipótese do dano ambiental futuro – ou seja, aquele que apenas muito tempo depois de iniciadas as ações do agente econômico se descobriu, teoricamente, ser lesivo ao meio ambiente -, será praticamente impossível que demonstre o agente a ausência denexo de causalidade para evitar a responsabilização e sua consequente oneração econômica.

Ressalta-se que não se critica a responsabilidade civil ambiental das empresas e tampouco se pretende afirmar que a mesma é fator negativo à vida em sociedade – pelo contrário, trata-se de encargo assumido por quem busca o desempenho de atividade econômica. Entretanto, chama-se a atenção para o fato de que cada elemento facilitador desta responsabilidade na via jurisdicional, representa um novo fator de complexidade e de risco que é incorporado aos custos de transação e à equação econômica das empresas, repercutindo, portanto, em todos os negócios em que tais empresas se inserem.

Como visto no capítulo 02, desenvolver estruturas mitigadoras dos custos de transação representa a troca de uma incerteza de alto custo por uma relativa certeza de custo reduzido. Na responsabilidade ambiental, mesmo esta relativa certeza não pode ser afirmada: daí porque os custos a ela intrínsecos são maiores, sendo igualmente notável a relevância das presentes considerações ao estudo em comento – imperativo que se entendesse o panorama —instável || da responsabilidade civil no ordenamento pátrio, seja em termos de delimitação das

condutas lesivas, seja em termos de previsibilidade para as empresas na assunção de encargos protetivos.

Delimita-se, assim, a importância destas ponderações para a presente tese. Comopontuado ao longo dos capítulos anteriores, as empresas diretamente se sujeitam às incertezas (ou riscos, a depender da situação concreta) atinentes a danos ambientais que

possam advir de seu comportamento econômico. Para elas, portanto, a questão ambiental é economicamente relevante e produz impactos diretos no seu planejamento e nas receitas obtidas.

Se cabe a essas empresas antever e incorporar aos seus custos de transação as estruturas mitigadoras do dano ambiental, então devem elas ter elementos mínimos para dimensionar os danos que podem causar e para compreender quais ações devem ser revistas e/ou melhor executadas para evitar o dano. Dito de outro modo, precisam as empresas ter plena ciência de dois elementos da responsabilidade ambiental: conduta lesiva e ocorrência do dano. De conhecimento destas informações, podem elas mitigar seus riscos internos e optar pela estrutura de proteção que revele um custo de transação —ótimo ||, ou seja, aquele que é o menos custoso dentre as demais alternativas existentes e que levarão ao mesmo resultado.

Quanto à conduta lesiva, as teorias da responsabilidade ambiental que enfraquecem o nexo de causalidade – a bem da verdade, como visto, teorias extremadas até admitem a responsabilização sem nexo – dificultam o processo de revisão das ações empresariais. Basta considerar o dano ambiental por acumulação: se a ação isolada da empresa não é apta para produzir dano ambiental – mas o é o somatório de ações de diferentes empresas -, não possuirá esta empresa o condão econômico de rever isoladamente a sua própria ação.

O estudo de impacto das ações empresariais em matéria ambiental, assim, deve ser ampliado, acarretando um ônus econômico maior e em uma demanda cognitiva da realidade igualmente maior e mais complexa. E, mesmo assim, recai-

se no plano da incerteza, pois não se tem, *ex ante*, indicativos mínimos de que a ação revista não será igualmente causadora de dano e ensejará a condenação.

O prisma do dano ambiental não se esgota nas dificuldades decorrentes do dano por acumulação. Vai além e abarca a temática do —dano ambiental futuro ||, ante a admissibilidade da condenação por dano ambiental por ações que, embora quando praticadas não fossem causadoras de dano ambiental, tenham vindo a causá-lo no futuro. A incerteza, assim, se reafirma, na medida em que a empresa deve se precaver ao extremo para afastar de si a incidência do princípio do poluidor-pagador e a consequente responsabilidade ambiental: Seus estudos de impacto, portanto, não devem

se limitar às ações praticadas, mas ao potencial impacto futuro das mesmas, o que demanda ferramental científico e econômico mais sofisticado.

Reestruturar a atividade empresarial para torná-la ambientalmente adequada não é tarefa simples, ante o cenário posto. Não basta somar percentuais para quantificar o risco, mas exercer atividade inclusive especulativa para determinar quais ações são potenciais causadoras de dano – no presente e no futuro, direta ou indiretamente (por acumulação) – e, apenas então, decidir os rumos que devem ser tomados pelas empresas e agentes econômicos. A complexidade também decorre do cenário interligado em que se inserem as empresas - sendo o dano por acumulação o melhor exemplo disso – e demanda uma reinterpretação ampla do papel dos agentes econômicos em um cenário de maior tutela ambiental.

A tarefa de amparar as empresas na busca da mitigação de sua responsabilidade ambiental é tampouco mais fácil acaso adotado o prisma exclusivo da responsabilidade não jurídica decorrente da métrica ESG. Como visto no capítulo 01 desta tese, há uma incerteza natural, neste ponto, decorrente da falta de uma padronização do que seria o comportamento ambientalmente inadequado para fins de sancionamento pelo mercado, tampouco daquilo que poderá advir como sanção. Entretanto, não se ignora que parte destes riscos são mitigados pela origem mercadológica do instituto e, que, portanto, não terá consequências

transbordantes para além da seara econômica – e cujo contorno se dáem uma seara na qual os próprios *players* compreendem as dificuldades e particularidades da atividade produtiva de seus pares.

Os dois elementos de responsabilidade em questão caminham em paralelo e afetam de modos distintos a empresa, como já analisado nesta tese. Porém, a incerteza emanada da esfera jurídica – e que pode recair sobre um comportamento que, na dataem que executado/praticado, não seja tido como em dissonância à legislação ou às boas práticas de mercado – é por si só ensejadora de uma estrutura de proteção mais robusta, justamente por demandar uma análise prospectiva das ações da empresa – algo que a métrica ESG não exige.

Questiona-se, então, como é possível promover o equilíbrio – visando à redução dos custos de transação e aumento do patamar de certeza – se o próprio referencial de

—certeza || – em termos de responsabilidade ambiental, consistindo na delimitação do que é um evento danoso e do que não é – é inexistente e, se alterado, pode ser aplicado

retroativamente aos agentes econômicos. E mais: questiona-se como a introdução de responsabilidades não jurídicas, como a decorrente da métrica ESG, se insere nesse cenário e tumultua uma já difícil perspectiva de ação empresarial para se adequar a um novo padrão de expectativa da sociedade e do próprio mercado. Sabe-se que ambas as responsabilidades caminham em paralelo, é necessário detalhar se existe uma solução ótima – uma estrutura protetiva adequada e com o menor custo possível – que possa reduzir os riscos de incidência de ambas as responsabilidades, sem, entretanto, a contração de custo de transação inviabilizador da atividade empresarial.

Considerando que a proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se insere dentro das finalidades do Estado, não cabe a sua revisão – a não ser que o paradigma do Estado seja alterado, o que, ao menos neste momento temporal, não é o caso. O empresário deve partir dessa premissa ao construir a equação econômica dos custos de mitigação de sua responsabilidade

Logo, a única alternativa remanescente é repensar a teoria dos custos de transação aplicável à responsabilidade ambiental – à luz, inclusive, do reforço desta responsabilização por força de métricas como o ESG – e propor alternativas paraviabilizá-la – tornando-a, inclusive, compatível com esse novo contexto em que se inserem as empresas - e evitar que os agentes econômicos fiquem suscetíveis aos riscos da maior responsabilização. Este é o desafio a ser enfrentado a partir do próximo capítulo.

- **A responsabilidade ambiental enquanto espécie de custo de transação:repensando a fórmula econômica das empresas**

Ao longo deste trabalho, construiu-se uma sólida estrutura teórica em torno de um centro de referência: a matriz jurídico-econômica da empresa contemporânea, a partir da perspectiva dos custos de transação e da teoria da responsabilidade da empresa, com circunscrição ao aspecto ambiental. Estes três aspectos, individualmente considerados, já seriam suficientes para elucidar muitos dos problemas enfrentados pelas empresas e indicar caminhos autônomos para que venham eles a ser adequadamente solucionados; entretanto, parece mais prudente interligar os aspectos constituintes desta estrutura teórica e propor uma alternativa una, que demonstre como a responsabilidade ambiental da empresa, a partir da consolidação da métrica ESG, passa a integrar efetivamente os custos de transação.

Rememora-se, de início, que inexistente legislação que exija a incorporação da métrica ESG (ou qualquer outra diretriz comportamental) às empresas, sendo ela um referencial de comportamento socialmente imposto pelo mercado. Cabe diretamente aos agentes econômicos incorporar – ou não – os ditames de comportamento decorrentes desta métrica e ajustar a sua produção aos seus moldes de adequação, assumindo as consequências de seus atos, a despeito da ciência de que não haverá uma sanção jurídica para o descumprimento.

A métrica ESG é, assim, uma norma informal (*informal rule*) que rege a dinâmica operacional do mercado, ora se contrapondo, ora complementando, aquelas normas e estruturas formalmente existentes. Embora o conceito de regras,

normas e instituições informais seja típico do direito público – especialmente das arenas político- legislativas – não há como obstar sua aplicabilidade ao direito empresarial, por haver, em ambas as áreas, similaridade de extrema relevância: a conquista do sucesso – seja ele político ou financeiro – depende da formação de relações e interações humanas, cuja evolução se dá em um compasso de tempo muito mais célere do que aquele da formulação de normas jurídicas. E, consoante a proposta teórica de Helmke e Levitsky²²², as normas informais nada mais seriam do que —regras compartilhadas, como regra não escritas, que são criadas, comunicadas e aplicadas sem os canais

²²² HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. *Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda. Perspectives On Politics*, [s.l.], v. 2, n. 04, p.725-740, dez. 2004. Cambridge University Press (CUP) p. 728

sancionatórios originais || ²²³ e que estruturam a interação social através da contestação e/ou liberação de certos comportamentos dos agentes.

A relevância da atribuição do caráter de —norma informal || à métrica ESG é importante pelas suas consequências sociais, como se nota da definição ainda dada pelos autores supramencionados²²⁴:

Em segundo lugar, as instituições informais devem ser distinguidas de outras regularidades comportamentais informais. Nem todo comportamento padronizado é limitado por regras ou baseado em expectativas compartilhadas sobre o comportamento dos outros. Regularidades comportamentais podem ser um produto de uma variedade de incentivos. Para citar um exemplo de Daniel Brinks, tirar o chapéu na igreja é uma instituição informal, enquanto tirar o casaco no restaurante é simplesmente uma regularidade comportamental. Neste último caso, deixar o casaco pode trazer desconforto físico, mas não se espera que desencadeie desaprovação ou sanção social. Para ser considerada uma instituição informal, uma regularidade comportamental deve responder a uma regra ou diretriz estabelecida, cuja violação gere algum tipo de sanção externa. Para dar outro exemplo, o suborno público é um comportamento claramente informal, mas apenas alguns padrões de suborno devem ser considerados institucionais. Onde o suborno é imposto de cima, ou onde está enraizado em expectativas amplamente compartilhadas entre cidadãos e funcionários públicos (e uma recusa em concordar pode incorrer em custos importantes), a corrupção pode de fato ser uma instituição. Por outro lado, onde o suborno não é sancionado externamente nem enraizado em expectativas compartilhadas, mas é uma resposta aos baixos salários do setor público e à aplicação ineficaz, pode ser melhor caracterizada como um padrão de comportamento.²²⁵

Rememorada a premissa de que do descumprimento da métrica ESG, por sua tipificação como norma informal, não advirá sanção jurídica formal, pode avançar para segunda consideração, esta menos evidente: a ausência desta espécie de sanção não representa aos agentes sujeitos à realidade do mercado a ausência de outros mecanismos inibidores de comportamento. Há, como visto no conceito de norma ou instituição informal, alguma forma de consequência externa negativa ao descumprimento da regra

²²³ Do original: —socially shared rules, usually unwritten, that are created, communicated, and enforced outside of officially sanctioned channels || .

²²⁴ Op. Cit., p. 728.

²²⁵ Do original: Second, informal institutions must be distinguished from other informal behavioral regularities. Not all patterned behavior is rule-bound or rooted in shared expectations about others' behavior. Behavioral regularities may be a product of a variety of incentives. To cite an example offered by Daniel Brinks, removing one's hat in church is an informal institution, whereas removing one's coat in a restaurant is simply a behavioral regularity. In the latter case, leaving one's coat on may bring physical discomfort, but it is not expected to trigger social disapproval or sanction. To be considered an informal institution, a behavioral regularity must respond to an established rule or guideline, the violation of which generates some kind of external sanction. To take another example, public graft is clearly informal behavior, but only some patterns of graft should be considered institutional. Where graft is enforced from above, or where it is rooted in widely shared expectations among citizens and public officials (and a refusal to go along risks incurring important costs), corruption may indeed be an institution. By contrast, where graft is neither externally sanctioned nor rooted in shared expectations, but is rather a response to low public sector salaries and ineffective enforcement, it may be best characterized as a behavior pattern.

ou de valoração positiva àqueles que a cumprem – o que não é estanque, mas fluído, pela falta de positividade jurídica do instituto.

Normas informais, a bem da verdade, não são novas na realidade econômica: desde o advento do capitalismo, nos idos da Idade Moderna, as normas jurídicas aplicáveis ao mercado convivem com normas criadas e aplicadas pelo próprio mercado

– o famoso exemplo da regulação informal do preço do ouro supre qualquer necessidade de explicação.

Projetando a métrica ESG para os custos de transação, resta evidente qual a sanção que se apresenta aos agentes econômicos que optam por comportamentos a ela desalinhados: a maior suscetibilidade a riscos que podem comprometer a sustentabilidade econômica de seus negócios, o que exige, por parte destes agentes, a prudência em incorporar os padrões de comportamento aos seus negócios (importando em novas estruturas internas mitigadoras de riscos) ou a

assunção de um maior risco, incerto e inquantificável, que advirá caso o próprio mercado ou o público consumidor opte por sancionar a empresa desobediente do *standard* que dela seria esperado.

É claro que a aplicação da métrica ESG não está totalmente desvinculada da ordem jurídica, pois alguns de seus preceitos refletem em comportamentos já abarcados pelo direito positivo (v.g. a proibição de poluição ambiental e/ou de uso de mão de obra assalariada sem as devidas condições dignas de trabalho), mas as sanções advindas de seu descumprimento são distintos: em vez da aplicação de multas administrativas, de persecução civil buscando reparação ou, no caso ambiental, de possível investigação de natureza criminal, todo o sancionamento da métrica ESG, como já visto no capítulo próprio, é sintetizado no alijamento da empresa do centro do mercado e sua relegação para uma posição periférica, muitas vezes, já condenada aos olhos do público consumidor – basta analisar o recente caso das vinícolas do Rio Grande do Sul que foram objeto de investigações por manter trabalhadores em condição análoga a escravidão²²⁶ e que, a despeito de terem sua responsabilidade afastada sob o prisma jurídico²²⁷, ainda enfrentam repercussões sociais e econômicas²²⁸.

²²⁶ <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/produtores-de-vinho-do-rs-tentam-justificar-trabalho-escravo-em-vincolas/>

²²⁷ <https://revistaforum.com.br/brasil/2023/3/24/trabalho-escravo-vincolas-so-inocentadas-em-acordo-com-mpt-do-rs-133263.html>

²²⁸ <https://www.metropoles.com/gastronomia/beber/escandalo-com-trabalho-escravo-afetara-mercado-brasileiro-de-vinhos>

Não há como, dentro deste cenário, retirar dos custos de transação e de toda a fórmula econômica em que se insere a empresa contemporânea a perspectiva de que determinados *standards* de comportamento devem ser seguidos e regularmente incorporados aos seus processos internos, cabendo a ela fazê-lo não porque o sistema jurídico assim determina, mas por que esta é uma nova premissa de viabilidade do sistema econômico em que ela se insere: adotar o comportamento ambientalmente adequado, socialmente alinhado com as expectativas da comunidade em que se insere a empresa e observar, internamente, normas de governança corporativa que passam a ser requisitos mínimos para que a empresa se amolde ao capitalismo contemporâneo, que não mais dissocia a

produção de riqueza com a garantia de direitos para as gerações presentes e futuras.

Todas estas considerações preliminares – feitas a título de introdução para este capítulo central da presente tese – são necessárias para elucidar o ponto de partida da correlação inédita que se fará neste capítulo.

Pretende-se discorrer como a introdução da métrica ESG no sistema econômico acarreta um novo custo de transação para as empresas, mas cuja quantificação é ainda mais complexa, por se tratar de fenômeno desprovido de sanção estanque. Ou seja: como não há uma consequência jurídica clara para o descumprimento da métrica ESG, torna-se mais dificultoso aos agentes preverem, em termos econômicos, qual o impacto causado pelo ato que infrinja quaisquer dos preceitos norteadores da métrica.

Observa-se que as consequências existentes ao descumprimento da métrica ESG são dependentes diretamente da recepção que esse comportamento —antiético || , —lesivo ao meio ambiente || ou —desprovido de governança || terá para com aqueles que integram direta ou indiretamente a sua rede econômica.

Há, porém, um problema que emerge em paralelo: para algumas questões – especialmente as ambientais – haverá a coexistência do sistema de responsabilização econômica decorrente do próprio mercado com os mecanismos sancionatóriostradicionais, a exigir dos agentes que observem simultaneamente sanções formais e informais no processo de formulação de suas estratégias econômicas e planos de ação perante o mercado.

O tema poderia ser abordado de formas diversas, mas se optou pela seleção de apenas um dos três parâmetros da métrica ESG (o —E || – *environmental*, ou ambiental)

para melhor delimitação do objeto desta tese e pela ciência de que, dos três parâmetros, é ele o que se encontra melhor estruturado juridicamente e que apresentou a maior repercussão recente para a sociedade brasileira, rememorando-se as tragédias ocorridas nos últimos dez anos com as mineradoras da Vale nas

idades de Mariana e Brumadinho, em Minas Gerais, e a grave crise ambiental em Alagoas decorrente da extração de sal-gema pela Braskem, comprometendo o subterrâneo do solo em diversos bairros de Maceió²²⁹.

Ao mesmo tempo, como se nota dos conceitos de —meio ambiente || e —bem ambiental || expostos no capítulo 3 deste trabalho, há neles o reconhecimento de um direito que permeará as presentes e as futuras gerações, de modo que seu impacto ao setor econômico é, igualmente, relevante para a própria sustentabilidade financeira de nosso sistema capitalista e da sociedade como um todo – o que é relevante na medida em que a empresa ambientalmente responsável (que adere ao —E || do ESG) trará contributos também para o avanço de nossa sociedade, em contraste às suas congêneres irresponsáveis, que direcionam a vida humana a um ponto de não retorno.

Não se olvida ainda que as métricas —S || e —G || podem ser também avaliadas sob a mesma perspectiva que se empregará no presente trabalho, mas serão deixadas de lado no presente estudo – sem prejuízo de, futuramente, virem a ser estudadas e complementarem as análises iniciadas por esta tese. Não se ignora sua relevância, mas reconhece-se, para além do apontado no parágrafo anterior, que um recorte teórico é necessário para assegurar a exequibilidade desta tese e permitir um estudo detido e verticalizado sobre o tema – em detrimento de uma perspectiva mais horizontalizada de cognição.

Assim sendo, esclarece-se que, neste capítulo, menções à correlação entre a métrica ESG e a teoria dos custos de transação sempre estarão circunscritas ao —E || daquela sigla, estando as conclusões orientadas para verificar a correlação apenas entre comportamentos ambientais adequados e aquela teoria econômica.

A perspectiva jurídica da responsabilidade ambiental já foi suficientemente exposta no capítulo anterior desta tese, que demonstrou como sob o prisma civil (o que

²²⁹ <https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/conflito-de-extrema-complexidade-entre-populacao-de-maceio-e-mina-de-sal-gema-da-braskem-envolve-danos-irreparaveis/#:~:text=Em%20abril%20de%202019%2C%20,tremores%20nos%20bairros%20de%20Macei%C3%B3>.

mais interessa ao presente estudo) as empresas podem ser juridicamente penalizadas por seu comportamento ambiental inadequado e/ou irresponsável.

Sob a perspectiva de —custos ||, há naquelas sanções um *quantum* certo a ser assumido pela empresa, representado pela indenização, e um custo de transação inerente, referente à estrutura necessária para evitar que novas indenizações possam ser dela exigidas: reestruturação do negócio, melhoria das condições de segurança, planejamento prévio às escolhas de locais para extração (no caso das mineradoras e/ou empresas extrativistas, etc.). O presente capítulo, complementarmente a essa análise, toma outros dois referenciais para avaliar os custos enfrentados por essas empresas: aferir como essa responsabilidade impacta nos custos de transação de maneira geral – interseccionando o estudo dos capítulos 2 e 3 deste trabalho – e como a responsabilidade ambiental aferida especificamente pela métrica ESG (ou seja, sob o prisma de suas sanções não jurídicas), se insere na equação econômica através dos custos de transação – interseccionando os capítulos 1 e 2 deste trabalho, portanto. Ao final, retomar-se-á a análise, unindo os pontos analisados em ambos os referenciais que se estudarão a seguir.

- **Custos de transação e a responsabilidade ambiental em sentido estrito: repercussões econômicas de sanções jurídicas para a empresa contemporânea**

Trazer a responsabilidade ambiental em sentido estrito para a fórmula econômica através da teoria dos custos de transação é, sem dúvidas, tarefa muito mais fácil do que fazê-lo com o mesmo parâmetro, mas advindo da métrica ESG. Afinal, se está diante de um risco quantificável (e não de uma incerteza, como já apontado anteriormente neste trabalho), tanto em termos probabilísticos como em termos de impacto econômico-financeiro.

Pontua-se, de proêmio, que não há qualquer legislação no Brasil ou projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que exija das empresas a prévia quantificação desta responsabilidade ambiental como requisito necessário ao desempenho da atividade econômica. Não se trata de exigência jurídica positivada,

mas de demanda da *práxis* do mercado para assegurar a viabilidade da atividade econômica, daí porque é ela regularmente seguida pelas empresas. E tampouco haveria viabilidade de se proceder a tal positivação, sob risco de ser ela representativa de apenas um fragmento da realidade

empresarial, e não da complexidade de seu todo – tema já abordado no capítulo 02 destetralho de maneira detida. A falta de exigência jurídica passível de sanção, assim, não se presta como escusa para que a quantificação dos riscos não seja feita, já que, pela prudência em manter constante a perquirição de lucros, ponto nevrálgico da atividade empresarial, adotar esta estratégia permite a sustentabilidade financeira da empresa a longo prazo, diluindo custos certos e de menor monta, em detrimento de gastos abruptos oriundos de riscos previsíveis e de grande monta, aptos a dilapidar as bases de sobrevivência de qualquer negócio.

O primeiro destes elementos – o risco decorrente da probabilidade de uma condenação judicial – é o mais relevante para os custos de transação, na medida em que caberá aos agentes econômicos desenvolver a estrutura necessária para evitar a sua efetivação e, tanto quanto possível, se antever aos efeitos de possíveis demandas judiciais que contra eles sejam ajuizadas.

É evidente que ao se tratar de judicialização, para os custos de transação, se preocupa menos com o *quantum* da oneração decorrente dos encargos da condenação judicial (multas *astreintes*, pagamento de verba honorária à parte contrária, custas e despesas processuais, etc.) em casos concretos e com maior potencial de impacto do que condenações futuras poderão trazer à sustentabilidade do negócio.

Acerca das condenações já existentes e que devem ser arcadas, não se trata de custo de transação, mas de custo já incorporado ao negócio. Por outro lado, aos custos de transação ambientais é necessário o exercício de antever quais das ações e negócios poderão ser levados à seara jurisdicional e ensejar uma condenação por dano ambiental, antecipando o possível *quantum* e o impacto secundário, a saber, a reestruturação da empresa para substituir aquele negócio por outro e manter o seu lucro.

Nessa perspectiva, há tanto condenações de maior probabilidade – aquelas que já se encontram consolidadas na jurisprudência, e/ou cujos atos resultem em dano ambiental de maneira manifesta (a atividade das mineradoras, madeireiras e petrolíferas, por exemplo) – como condenações incertas, ou cujos resultados não podem ser aferíveis de plano, a despeito de já haver dúvida acerca da configuração ou não de prejuízos ambientais a partir de tal conduta. Não se olvida que, hodiernamente, o sistema jurídico e as tecnologias científicas já permitem trazer maior certeza acerca do impacto ambiental das ações humanas, de modo que cabe ao agente econômico realizar estudos

de impacto dentro de sua própria estrutura para reduzir os riscos de uma condenação judicial ou a imposição de uma multa ocorra – configurando estes estudos de impacto, de *per se*, custos de transação inerentes ao negócio.

A criação de estruturas jurídicas e técnicas de apoio às empresas – o que já é de praxe – já se mostra suficiente para solucionar a questão atinente a este tipo de risco, uma vez que a partir da orientação de tais setores, evita-se o conflito com a legislação.

Entretanto, se para as condenações judiciais oriundas de situações em que a empresa age sabendo que está descumprindo a legislação nada há que se fazer em termos de custos de transação, afinal, presume-se que houve uma ponderação entre perdas e ganhos que levou o agente a assumir o risco, o mesmo não pode ser dito para as situações em que a vulnerabilidade ambiental é totalmente desconhecida ou passa a ser reprimida pela legislação após a consolidação do sistema produtivo interno da empresa, ou mesmo em casos em que a condenação se dá por um dano ambiental que a ela pode ser imputado apenas reflexamente (o caso da litigância climática, por exemplo).

Abre-se aqui breve parêntese para indicar como esta forma de litigância está a ganhar grande relevância, sob a perspectiva dos custos de transação.

Constata-se que o planeta lida com uma realidade de mudanças climáticas, pois, segundo Giddens²³⁰, partindo-se das análises do IPCC, um dos órgãos mais qualificados de monitoramento do clima, há uma probabilidade de 90% de que o

aquecimento global observado seja resultante de atividades humanas, mediante a introdução de gases do efeito estufa na atmosfera - provenientes do consumo de combustíveis fósseis na produção industrial e nas viagens, e de novas formas de agricultura e utilização da terra.

Não se olvida que, na tentativa de lidar com o problema, uma série de acordos foram firmados em âmbito internacional, merecendo destacar a Convenção Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima (UNFCCC) e suas subsequentes Conferência das Partes. Inclusive, a Política Nacional Sobre Mudança do Clima (PNMC), instituída pela Lei nº. 12.187/2009, foi criada em meio à intensificação da discussão internacional acerca das mudanças climáticas.

²³⁰ GIDDENS, Anthony. A política da mudança climática. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 41

A referida lei oficializou o compromisso brasileiro feito em âmbito internacional, estabelecendo em seu artigo 12:

Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020.

Parágrafo único. A projeção das emissões para 2020 assim como o detalhamento das ações para alcançar o objetivo expresso no caput serão dispostos por decreto, tendo por base o segundo Inventário Brasileiro de Emissões e Remoções Antrópicas de Gases de Efeito Estufa não Controlados pelo Protocolo de Montreal, a ser concluído em 2010.

Para regulamentar e especificar as ações, foi editado o decreto nº 7.390/2010, que posteriormente foi revogado pelo decreto nº 9.578/2018. Merece destaque também o acordo firmado na 21ª Conferência das Partes no âmbito da UNFCCC, que ficou conhecido como Acordo de Paris (2015). Nesta oportunidade foi estabelecida a meta de limitar o aumento da temperatura média global em 2°C, em comparação com os níveis pré-industriais.

No intuito de limitar o aquecimento global, os países apresentaram metas que pretendiam atingir em âmbito interno. O Brasil estipulou a redução das emissões de gases de efeito estufa em 37% até 2025, fixando 2005 como ano base.

Se comprometeu também a aumentar a participação de bioenergia sustentável em sua matriz energética, reflorestar 12 milhões de hectares e alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética até 2030.

O Brasil ratificou o Acordo de Paris em setembro de 2016 e em seguida entregou suas metas às Nações Unidas, fazendo com que os valores lá previstos se tornassem compromissos oficiais. Não obstante as metas presunçosas, as ações colocadas em prática foram tímidas e se mostraram insuficientes. Observa-se que não houve efetivo esforço na mudança da matriz energética, de modo que a queima de combustíveis aumentou 43% entre 2005 e 2015 de acordo com a Estimativas Anuais do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação.

Todo esse cenário posto no Brasil contemporâneo não permite descartar que, tal qual já ocorrido na Alemanha (caso *Lliuya v. KWE AG*) e na Holanda (caso *Urgenda*), venham os Tribunais a adotar postura favorável ao acolhimento das teses de litigância climática, tendência global que trará inúmeras dificuldades à quantificação das sanções

jurídicas que podem recair às empresas (afinal, podem ser elas penalizadas por danos ambientais ocorridos em outros países – como no caso em análise na Alemanha – e que ocorrem por acumulação, ou seja, não seria possível aferir a sua responsabilidade individual e apartada das ações de suas congêneres). Nesse sentido, lança-se mão novamente dos apontamentos de Setzer *et al*²³¹:

Nos Estados Unidos, Austrália, Holanda, Suíça, Irlanda, e no Paquistão e na África do Sul, nos últimos anos, a litigância climática estabeleceu-se como mais um dos mecanismos e estratégias utilizadas para promover esforços de mitigação e adaptação às mudanças climáticas. O crescente número de leis nacionais e subnacionais que buscam apoiar uma transição para uma economia de baixo carbono e sociedades mais preparadas para lidar com os impactos das mudanças climáticas oferecem uma base importante para litigantes que buscam responsabilizar governos e atores privados pelas obrigações de mitigação ou adaptação. Além disso, o Acordo de Paris aproximou essas leis e políticas nacionais do regime internacional, permitindo a litigantes uma avaliação dos compromissos e ações de seus governos como mais ou menos adequados aos compromissos internacionais assumidos. Os casos de litigância climática já propostos e em curso abordam um espectro amplo de atividades, que incluem o desenvolvimento costeiro, o planejamento urbano, a extração de

recursos, o desmatamento, políticas de transporte, agricultura, energia. Todas essas áreas contribuem para as causas e/ou sofrem com as consequências da crise ambiental e climática que vivemos e que, por sua vez resulta, em grande medida, das formas como nossas sociedades produzem e consomem. Ainda que a maior parte dos sistemas legais possua uma capacidade limitada para lidar com esse tipo de litígio, é possível observar que os casos e as estratégias de litigância climática ao redor do mundo estão aumentando em quantidade e qualidade. Ao mesmo tempo, a ciência do clima continua se desenvolvendo e mostra com mais clareza e certeza quais os limites a serem evitados, quais os caminhos a serem seguidos por tomadores de decisão, além de oferecer subsídios e embasamento para litigantes que buscam responsabilizar governos e grandes emissores.

Em paralelo à adoção jurisdicional de uma postura favorável a novas formas de litigância ambiental, não se pode ignorar também o risco das transformações serem oriundas do próprio Poder Legislativo.

Pesa a favor do legislativo o fato de que as modificações propostas a partir dele serem fruto de um processo de maior consolidação do debate, sendo ainda mais permeáveis a processos de formação de agenda e de influência dos agentes econômicos, evitando o —fator surpresa || que podem advir das decisões judiciais (e que majora os custos de transação para sua mitigação, pelo menor grau probabilístico de ocorrência, a demandar maior prudência dos agentes). Entretanto, ainda que seja essa a realidade esperada, não pode ser ela apontada como a única realidade legislativa possível, vide a possibilidade de modificação legislativa através de regimes de urgência legislativa e de

²³¹ Op. Cit. p. 80.

medidas provisórias – que, mesmo sendo mais céleres, não impedem o amplo debate social e parlamentar. Daí porque, no geral, se pode apontar que o Legislativo é o *locus* propício (ou, ao menos, esperado) para padronizar eventuais sanções jurídicas por descumprimento dos ditames ambientais, o que, se observado, decerto contribuiria para reduzir parte dos custos de transação de origem jurídica – ressalvado ainda aspecto já destacado neste trabalho sobre a escassez de estudos de impacto legislativo sobre as propostas feitas.

Não sendo essa, porém, a realidade brasileira – e tampouco a realidade da maior parte do mundo, que vive às voltas do ativismo judicial -, não cabe negá-la, mas aceitá-la como premissa das propostas deste trabalho.

Logo, neste aspecto, o risco da insegurança jurídica decorrente da falta de protagonismo do Poder Legislativo como agente proponente de mudanças e das viradas de entendimento do Poder Judiciário – e que os agentes econômicos não são aptos a quantificar – ganha força. Se já é escasso o estudo de impacto legislativo, no Judiciário este inexistente, havendo parca percepção dos efeitos sistêmicos, especialmente para os agentes produtivos, das decisões judiciais.

Incorporar estas propostas ao Judiciário, ainda que se mostrasse racionalmente relevante, esbarraria no acesso à jurisdição e na necessidade de se resguardar direitos fundamentais – afinal, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações não pode ser preterido em relação ao direito de liberdade econômica. Propõe-se, para reduzir os custos de transação das empresas, portanto, que as mesmas tomem a iniciativa e adotem esses estudos de impacto judiciário.

Fazer estes estudos na seara empresarial, contudo, é muito mais difícil do que se o próprio Judiciário os conduzisse. Afinal, exigem estudo e tempo muito superior do que o exigido pela própria Corte – é imprescindível que os atores mapeiem o entendimento jurisdicional sobre as matérias afetas ao seu comportamento ambiental, analisando demandas de agentes semelhantes, ponderando os prejuízos por elas sofridos por estas condenações -, mas ao final se mostram economicamente compensadores ao permitir que se reestruture a cadeia produtiva e/ou se repense parte do modelo econômico adotado – o que certamente será uma obrigação final no processo – antes mesmo de deflagrada a persecução civil ou administrativa, afastando a empresa de encargos e dando a ela fôlego suficiente para decidir dentro de uma margem razoável de

tempo (o que não ocorre nas condenações judiciais, que tendem a fixar tempo exíguo para cumprimento, sob pena de incidência de *astreintes*).

O destacado nos parágrafos acima corresponderia aos custos de transação em sentido estrito a serem suportado pelas empresas em face de uma provocação judicial. Há, porém, também a necessidade de se considerar o impacto econômico-financeiro do resultado final das ações judiciais, ou seja, o *quantum* indenizatório a que o agente econômico foi condenado a pagar e/ou o montante necessário

para o atendimento de uma obrigação de fazer. Para a teoria dos custos de transação, mais do que o valor numérico propriamente dito, importa a incorporação da probabilidade *ex ante* de se ter uma padronização do resultado da ação judicial ou da sanção a ser imposta – o que se sabe ser muito difícil, pela inexistência de uma tarifação das sanções no sistema processual civil brasileiro e da pluralidade de circunstâncias que podem atenuar, agravar ou individualizar ainda mais a penalidade aplicada.

E por que fazê-lo se faz importante, e tanto se defende no presente estudo? Pela simples constatação de que as condenações judiciais implicarão em uma mudança forçada de comportamento dos agentes, com impacto apto a deflagrar uma segunda fase de sanções, estas informais, decorrentes de seu público consumidor. A empresa ambientalmente irresponsável, portanto, não arca apenas com a condenação judicial, mas com a estigmatização perante o mercado, o que pode levar tempo para ser revertido – período no qual amargará ela com prejuízos.

Ainda que se trate de tarefa difícil, não é ela de todo impossível, ao menos no que toca ao aspecto interno das empresas – quanto à uniformização jurisprudencial de penalidades, discuti-la não é tema afeto a este trabalho, devendo ser tomada a inexistência desta como premissa para as considerações que ora se faz. Ao agente econômico deve ser tomado o pior cenário possível, partindo de condenações similares enfrentadas por outros agentes de porte econômico semelhante e que exercem mesma atividade.

Dificuldade muito maior – e que se aproxima da incerteza em detrimento do risco – emerge da aplicação da teoria da responsabilidade ambiental baseada no dano

ambiental futuro, ao que vale a pena lançar o ensinamento doutrinário de Bessa Antunes²³², que se transcreve:

Os Tribunais brasileiros têm tido uma compreensão extremamente restritiva do conceito de dano ambiental e, por consequência, do bem jurídico —meio ambiente || . Em geral, eles têm adotado uma postura que exige o dano real, e não apenas o dano potencial. Parece-me que não tem sido aplicado e observado o princípio da cautela em matéria

ambiental que, como se sabe, é um dos princípios do Direito Ambiental. Ao exigirem que o autor faça prova do dano real, os Tribunais, de fato, impõem todo o ônus da prova judicial para os autores, enfraquecendo a responsabilidade objetiva do poluidor. Ademais, é importante que se observe que o Direito Ambiental exerce a sua função protetora, também em relação às futuras gerações, resultando do conceito de equidade intergeracional que é um de seus principais aspectos. Ora, o dano futuro, muitas vezes, não pode ser provado de plano, vindo a materializar-se, somente, com o decorrer do tempo.

Cabe inicialmente distinguir este risco daquele anteriormente mencionado envolvendo a litigância climática. Naquela hipótese, se assentava o risco em torno da dificuldade de se prever a probabilidade de condenação, seja por se tratar de um ato ilícito por acumulação, seja por não possuir âmbito de afetação circunscrito à localidade em que se insere a empresa, ante a —internacionalidade || da litigância climática. Ainda assim, não havia dúvidas de que era possível um juízo de probabilidade acerca do dano ambiental provocado pelos atos do agente econômico – embora possível discuti-lo em termos do *quantum* de seu impacto. Os custos de transação, assim, eram inegáveis, ainda que duvidosos quanto à sua mensuração.

Diferente é a hipótese que se apresenta acerca do dano ambiental futuro. Nele, o ato praticado pela empresa não pode ser apontado como contrário à legislação ou lesivo ao meio ambiente no momento em que praticado, mas apenas futuramente, como consequência de um novo entendimento sobre impactos ambientais da prática econômica. A controvérsia, portanto, exsurge por se permitir uma condenação por algo que era lícito quando feito, a impedir que se realize um juízo de viabilidade e/ou de ponderação sobre o ato.

Entende-se que na quantificação dos custos de transação, deve-se, ainda que em menor escala, considerar se há juízo mínimo de probabilidade que a conduta venha a deflagrar a condenação por possível dano ambiental futuro.

²³² Op. Cit. p. 169.

Explica-se: determinadas atividades econômicas possuem ínsitas um maior risco de contaminação ambiental e propagação de poluição, como as mineradoras (risco de deslizamentos de terra e contaminação do solo), indústrias químicas (vazamentos que podem afetar lençóis freáticos), petrolíferas e empresas extrativistas e madeireiras em geral, usinas de ferro e aço. Para elas, computa-se a probabilidade da poluição dentro dos custos de transação como um risco do negócio, independentemente da prática adotada – caso não venha a ocorrer poluição, tanto melhor para a sua fórmula econômica, já que a medida de precaução adotada em nada a prejudicará e, em verdade, revelará um comportamento ambiental responsável que pode ser aproveitado na forma da métrica ESG.

Há, por outro lado, empresas que não se amoldam a esta realidade de danos minimamente previsíveis, por não estar o seu objeto precípua atrelado diretamente ao meio-ambiente. Sua participação na métrica ESG se dá de maneira indireta, mediante a contratação de terceiros que adotem comportamentos responsáveis em suas cadeias produtivas e no fornecimento de insumos para abastecimento daquelas primeiras empresas. Não há para elas, porém, o risco de uma condenação judicial pelo dano ambiental futuro, já que inexistente nexo de causalidade entre a sua ação e o dano causado

– o que, ao menos na teoria da responsabilidade ainda adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, segue sendo elemento indispensável para a configuração do dever de indenizar. Daí porque se mostra justificável, para esse grupo de empresas cuja responsabilidade ambiental seria aferível apenas indiretamente, que descartem os custos de transação inerentes a este risco – já que, em termos matemáticos, seriam eles tendentes a zero, pela baixíssima probabilidade de ocorrência.

Em termos conclusivos, sintetizando a exposição feita acima, se pode apontar que os custos de transação de matriz judicial incidentes sobre a responsabilidade ambiental não são desprezíveis para as empresas que tenham sua atividade econômica diretamente atrelada à exploração do meio ambiente, devendo ser necessariamente computados em suas respectivas equações econômicas enquanto gastos a serem assumidos pelo negócio (caso queiram atenuar os riscos oriundos da judicialização), mas deixam de ter relevância

quando a exploração ambiental se dá de maneira indireta, pois ausente o risco da condenação (e, conseqüentemente, ausente a necessidade de preveni-lo). Como se verá no item subseqüente, tal lógica não pode ser aplicada

indiscriminadamente, ficando restrita às sanções judiciais, não se projetando sobre as sociais.

Ao longo deste subitem, mostrou-se uma gradação da responsabilidade ambiental dentro da teoria dos custos de transação, passando desde níveis mais próximos de concretude do risco até um grau probabilístico de quantificação muito pequena, aproximando o risco da incerteza, o que se verifica no dano ambiental futuro. O passo subseqüente nessa gradação é analisar justamente o seu patamar mínimo: as sanções fluídas decorrentes da métrica ESG.

- **Custos de transação e a responsabilidade ambiental decorrente da métrica ESG: incorporando sanções fluídas à equação econômica das empresas**

Uma vez assentada a parte mais simples da inclusão da responsabilidade ambiental na equação dos custos de transação, pode-se debruçar sobre o seu ponto mais complexo. Convém iniciar esta análise resgatando a importância, para o consumidor final e o motor da circulação de capitais – a base de qualquer relação econômica – da redução de custos de transação e a consequência negativa de seu incremento, considerada a realidade específica do século XXI e da ampla competitividade entre os agentes, ao que se tomam os ensinamentos de Munger²³³:

Isso não significa que a redução dos custos de transação nunca tenha sido importante antes. Ao contrário, a redução dos custos de transação tem sido uma importante fonte de criação de valor desde as primeiras transações. Afinal, —comprimento de videiras trançadas a três milhas de distância, através de uma montanha || é muito menos valioso do que —comprimento de videiras trançadas em minha mão, pronto para usar para amarrar feixe de madeira. || Portanto, uma parte crucial das transações é, de fato, um elemento essencial da competição para vender coisas, sempre foram os custos de transação. A razão é que, para os consumidores, todos os custos são custos de transação. Reduzindo o custo da produção física em 10 por cento não é diferente de reduzir o custo de entrega e conveniência de uso em 10 por cento, a partir do ponto de visão do consumidor. Conseqüentemente, os

economistas há muito destacam as reduções nos custos de transação como foco de inovação econômica e competição.²³⁴

²³³ MUNGER, Michael C. **Tomorrow 3.0.**: transaction costs and the sharing economy. Cambridge, 2018.p. 19.

²³⁴ No original: That does not mean that reducing transaction costs has never been important before. To the contrary, reducing transaction costs has been an important source of creating value since the very first transactions. After all, —length of braided vines three miles away, across a mountain || is much less valuable than —length of braided vines in my hand, ready to use to tie bundle of wood. || So a crucial part of transactions, and in fact an essential part of the competition to sell things, has always been the transaction costs. The reason is that, to consumers, all costs are transaction costs. Reducing the cost of

O desafio para as empresas em face da métrica ESG, na perspectiva dos custos de transação, é deixar de assumir que a irresponsabilidade ambiental, tomada fora do prisma jurídico, não terá seus efeitos jurídicos tomados como incertezas, mas como um efetivo risco: dada a sociedade contemporânea e as demandas atuais do mercado, mormente diante da consolidação de métricas de aferição de comportamento, não se pode reputar aleatória a repercussão negativa, mas probabilisticamente calculável. Mais do que isso: haverá impacto, variando apenas a sua quantificação – logo, não se discute a ocorrência ou não do impacto, mas a sua mensuração efetiva.

É essa mensuração que deve ser inserida no planejamento econômico das empresas, partindo da premissa básica de que a métrica ESG não pode mais ser alijada do mercado. Hoje, mais do que nunca, os três pilares desta métrica contribuem para formar a opinião pública sobre as empresas, decidindo indiretamente, assim, quais possuem mais condições de sobreviver no jogo do mercado.

Abre-se novamente parêntese no texto, mas para esclarecer a convergência entre a opinião pública, os custos de transação e a métrica ESG, ao que é preciso definir o que vem a ser o primeiro destes três conceitos.

Oskamp e Schulz²³⁵, analisando a evolução histórica do conceito de opinião pública e tentando extrair um núcleo comum, para chegar a um conceito universal, identificam ser seu traço essencial o compartilhamento de opiniões acerca de assuntos relevantes para a sociedade por grupos determinados que

possuem características em comuns e com a influência social necessária para converter essas opiniões em pressão governamental efetiva.

Dessa evolução histórica trazida pelos autores, portanto, seria possível extrair seis pontos nevrálgicos deste conceito: (1) a formação racional, de modo que a opinião pública derivaria de um processo de reflexão dos indivíduos a partir da percepção da realidade fenomênica²³⁶; (2) a assimilação precípua pelas classes dominantes, que

physical production by 10 percent is no different from reducing the cost of delivery and convenience of use by 10 percent, from the point of view of the consumer. Consequently, economists have long highlighted reductions in transaction costs as a focus of economic innovation and competition.

²³⁵ OSKAMP, Stuart e SCHULTZ, Wesley. **Attitudes and Opinions**. 3a edição. Mahwah, Nova Jersey: Pearson Education, 2005. pp. 15-17.

²³⁶ A racionalidade por detrás da formação da opinião pública decorre do fato desta não ser um processo espontâneo/impulsivo e nem puramente emocional, mas sim fruto de processo cognitivo desenvolvido por cada um dos receptores da informação. A opinião pública, portanto, não é formada de maneira passiva,

exercem papel fundamental na formação da opinião pública, ainda que não necessariamente traduzam a maioria numérica²³⁷; (3) a relevância do tópico tratado, uma vez que a formação da opinião pública apenas leva em conta matérias socialmente relevantes, devendo ser descartados todos aqueles tópicos que, a despeito de reverberarem socialmente, sejam excessivamente supérfluos²³⁸; (4) a extensão do grau de concordância social, que deve decorrer da convicção individual, e não do medo ou da coerção física ou moral externa²³⁹; (5) a intensidade da incidência social, já que não bastaria que a matéria exerça influência, mas sim que o faça de maneira significativa²⁴⁰ e

em que os indivíduos receberiam a informação de maneira inerte e simplesmente a incorporariam enquanto dogma, mas sim de maneira ativa, em que há interesse e vontade em crer naquele determinado posicionamento – e, justamente por isso, é que existem vozes dissonantes em relação à opinião pública, constituindo camada marginal da sociedade. Nesse sentido, convém destacar NOELLE-NEUMANN, Elizabeth. *Public Opinion and Rationality*. —in || GLASSER, Theodore Lewis e SALMON, Charles T. (Ed). **Public Opinion and the Communication of Consent**. Nova York: The Guilford Press, 1995. p. 33-54.

²³⁷ A opinião pública é o reflexo da opinião que prevalece dentre a maioria da sociedade - entretanto, o conceito sociológico de maioria não coincide com o conceito numérico de maioria. Justamente por ser um instrumento de dominação retórico e político, apto a moldar a agenda governamental, é que a opinião pública deve emanar daqueles que detém o poder real na sociedade; caso contrário, a mesma seria irrelevante no processo decisório. Sobre o tema: SALMON, Charles

T. e OSHAGAN, Hayg. Community Size, Perceptions of Majority Opinion and Opinion Expression. **Public Relations Research Annual**, v. 2, n. 01-04, p. 157-171, 1990.

²³⁸ É o caso de matérias que, apesar de amplamente discutidas na sociedade, não possuem o condão de influenciar a vida social em nenhum ponto – questões atinentes a banalidades ou ao entretenimento em geral. É despidendo afirmar que, apesar de grande parcela da população aparentar preocupação com o desfecho que determinado programa televisivo terá, isto jamais se converterá em efetiva opinião pública, no sentido estrito da palavra. Na melhor das hipóteses, esta situação específica se mostrará enquanto um reflexo da soma das opiniões individuais.

²³⁹ Este item é diretamente associado com o primeiro dos seis traços característicos da opinião pública. Sea opinião pública decorre de um processo racional de formação da convicção individual, que voluntariamente adere à tese majoritária por entender ser ela a que melhor reflete a realidade (ou a que se apresenta de maneira mais correta), então não pode ser ela compulsória, ou mesmo imposta contra a vontade do indivíduo. Entretanto, não se pode ignorar que, com o passar do tempo, a opinião pública é apta a moldar a forma como alguns indivíduos externalizam sua opinião perante a sociedade, principalmente em temas de maior polêmica, restando-se pelo medo de coerção indireta ou de reprimendas morais. Sobre o tema: ELFORD, Gildeon. Freedom of expression and social coercion. **Legal Theory**, v. 27, n. 2, p. 149-175, 2021.

²⁴⁰ Tal panorama decorre do fato de matérias lindeiras, ainda que socialmente relevantes, podem não possuir intensidade necessária para desencadear um motivo de formação de uma postura coesa dentro dos diversos segmentos sociais, justamente porque podem atingir classes com pouco poder de pressão e/ou cuja influência é pouco intensa, não sendo apta a chegar ao processo de formação de agenda governamental. O exemplo mais patente desta característica da opinião pública pode ser visto com a vacinação contra o vírus Ebola: apesar da doença ser conhecida há anos, com graves surtos localizados no continente africano, as primeiras pesquisas e estudos robustos destinados a tentar criar uma vacina segura para esta moléstia se deu tão somente quando cidadãos norte-americanos contraíram a moléstia no continente africano, durante a epidemia de 2014-2016, levando o vírus aos Estados Unidos. Assim, não é nada curioso que a primeira vacina tenha sido aprovada em 2019, quando formada uma pressão de intensidade suficiente a demonstrar às autoridades sanitárias a importância de se desenvolver tal imunizante.

- a aptidão de a opinião formada exercer influência efetiva nos órgãos decisórios e nos centros de poder²⁴¹.

Já Huckfeldt et al²⁴² trazem para o cerne da opinião pública a perspectiva de construção de coesão social, tentando contornar a problemática – que mais adiante se retomará em mais detalhes – de que o público tende a procurar o acesso à informação em meios que apresentem uma posição concordante com seu prisma de análise individual. Para os autores, se há um direcionamento na escolha dos meios de informação, então idealmente seria esperada uma heterogeneidade na postura social, não havendo uma única opinião pública, mas pluralidades de vozes dissonantes amalgamadas em núcleos menores – contudo, não é isto o que ocorre na prática. Daí porque não se poderia conceber a opinião pública como a soma destas vozes dissonantes, mas como a extração de elos comuns, aos quais há a pretendida coesão social – ao menos em parte significativa e dotada de influência da sociedade, ou seja, a maioria – e que pode se originar não de convergências individuais, mas de uma convergência progressiva dos mecanismos que difundem a informação.

A lógica por detrás desse mecanismo também exige que se compreenda adequadamente o que vem a ser a opinião pública – que, ao contrário do que seu nome sugere, não reflete uma perspectiva de toda a sociedade, mas tão somente de um grupo majoritário que seja socialmente relevante – ou seja, não se limita à maioria numérica, mas ao conceito sociológico de maioria.

Lage²⁴³, assim, vem a definir a opinião pública como uma linha de raciocínio resultante da interação entre diferentes indivíduos que integram o grupo social majoritário, moldando uma determinada concepção de sociedade: ou seja, reflete a opinião pública o traço comum do pensamento prevalente dentro desse grupo social, seja ele efetivamente acertado, fruto de uma ponderação adequada da realidade, ou

²⁴¹ Ao mesmo tempo em que a opinião pública não pode ser dissonante da postura adotada pelas classes dominantes, ela deve reunir condições para transcender a mera arena de debates sociais e atingir o seio dos órgãos decisórios e políticos. Isto se dá tanto diretamente – quando os representantes eleitos captam a pressão exercida pela opinião pública e remodelam a agenda governamental, como no já mencionado caso

—Daniela Perez || – como indiretamente – quando a mudança de opinião pública gera modificações na composição do parlamento, quando do escrutínio eleitoral. Acerca desta matéria: ANSTED, Nich e O'LOUGHLIN, Ben. Social Media Analysis and Public Opinion: The 2010 UK General Election. **Journal of Computer-Mediated Communication**, v. 20, n. 2, p. 204-220, março/2015.

²⁴² HUCKFELDT, Robert et al. Political Environments, Cohesive Social Groups, and the Communication of Public Opinion. **American Journal of Political Science**, v. 39, n. 4, p. 1025-1054, 1995. pp. 1049- 1050.

²⁴³ LAGE, Nilson. **Controle da opinião pública: um ensaio sobre a verdade conveniente**. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 15-16.

enviesado, fruto de uma ponderação tão somente parcial e que parta de premissas equivocadas.

A construção da opinião pública também não é um processo linear, sujeitando-se a diversas variáveis que impedem sua redução a uma fórmula genérica – e tais variáveis decorrem do fato de a construção das opiniões individuais, constitutivas da opinião pública, estarem intrinsecamente ligadas à personalidade das pessoas, e conseqüentemente, ao meio em que estas vivem, daqueles com quem convivem, das informações que lhe são passadas, da forma como este processo de transmissão da realidade se dá e da interpretação que se realiza sobre tais dados da realidade concreta – em resumo, associam-se fatores psicológicos, sociológicos e circunstanciais, cada qual muito peculiar do grupo específico em que se construiu a opinião pública, como preconizado por Augras²⁴⁴.

Nota-se de toda esta construção feita que a opinião pública é coletivamente construída, mas de maneira heterogênea. Caso fosse homogênea, aos agentes econômicos, em seu planejamento financeiro, seria muito simples definir os riscos do negócio: bastava identificar uma das impressões de seu público e poderia assumir que a mesma seria linearizada. Não é isso que ocorre, porém: precisa o agente econômico ponderar, dentro de uma pluralidade de opiniões dentro da opinião pública, qual é aquela que representa o seu público-alvo (ou seja, seu grupo específico) e qual o impacto sobre ele que uma ação ambientalmente irresponsável terá, ponderando, a partir deste dado, a viabilidade financeira de uma reestruturação de seu comportamento.

Há, portanto, um claro desafio para os atores econômicos ao tentar captar o que seria um elemento típico de responsabilidade ambiental para fins puramente de aplicação da métrica ESG: devem eles tentar se alinhar ao que a opinião pública entende como fatores ambientalmente éticos e reprimir condutas que trilhem o caminho contrário, ao mesmo tempo em que avaliam como tornar a medida viável para seu negócio – vale dizer, uma petrolífera não poderá simplesmente deixar de extrair petróleo, sob risco de esvaziamento de seu objeto econômico, mas pode buscar estratégias de mitigação do prejuízo ambiental causado (técnicas reparatórias) que tornem sua imagem mais palatável junto ao público consumidor. A demanda por uma percepção mais positiva junto à opinião pública é mais candente consoante mais

²⁴⁴ AUGRAS, Monique. **À procura do conceito de opinião pública**. In: AUGRAS, Monique. *A teoria*. Rio de Janeiro: Vozes, 1980. p. 11-24. p. 15-16.

próximo for o agente da ponta da relação econômica, ou seja, das cadeias consumidoras, mas não ignora a necessidade de um mínimo de comportamento ético-ambiental a ser exigido para atender as demandas do próprio mercado, padronizadas através do ESG.

O impacto da opinião pública, assim, é mais relevante para os setores produtivos com maior proximidade ao consumidor final, mas não se esgota nele. Afinal, por força da métrica ESG, visando a evitar o incremento de seus próprios custos de transação, agentes econômicos localizados em elos intermediários da cadeia produtiva adotam postura de contratar com seus congêneres que,

preferencialmente, tenham comportamentos ambientalmente adequados – o que leva a um efeito sincrônico de adesão a esta métrica, repercutindo globalmente nos custos de transação.

Mesmo assim, considerar a opinião pública como parâmetro para o comportamento ambiental adequado, para fins de quantificação na forma de custos de transação, traz consigo alguns riscos. Não há parâmetro probabilístico, se não mero padrão de possibilidade, para aferir possível sanção dos consumidores às empresas e a sua mensuração de impacto. E, por ser a opinião pública por si só composta de fatores variáveis, dependendo da localização geográfica e de características socioculturais do público alvo em relação ao qual se extrai a percepção de pensamento, a aferição dos custos de transação para sua mitigação se dará também de maneira heterogênea.

Assim, projetando esta perspectiva para a métrica ESG, não se podem ignorar as conclusões obtidas por Auer e Schuhmacher²⁴⁵ no sentido de que a quantificação dos custos de transação oriundos da métrica ESG não será linear e tampouco estanque para todos os *loci* de análise – daí porque se pode afirmar a maior dificuldade para as empresas de os quantificarem:

Descobrimos que o foco geográfico e setorial de uma estratégia de investimento baseada em ESG e os critérios ESG empregados determinam fortemente seu resultado. Na região da Ásia-Pacífico e nos Estados Unidos, a seleção de ações ESG altas (baixas) não parecem aumentar ou diminuir consistentemente o desempenho do investimento em relação aos benchmarks e às ações ESG baixas (altas). Na Europa, também não encontramos evidências da superioridade das estratégias baseadas em ESG. Pelo contrário, em certos setores e dependendo do critério ESG, os investidores pagam um preço por serem socialmente responsáveis na seleção de suas ações, ou seja, acabam com desempenho ajustado ao risco significativamente menor do que os benchmarks passivos. Assim, em resumo, nossas descobertas reabilitam

²⁴⁵ AUER, Benjamin e SCHUHMACHER, Frank. Do socially (ir)responsible investments pay? New evidence from international ESG data. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, v. 59, pp. 51-62, fevereiro/2016.

pesquisas anteriores no nível do fundo e suportam plenamente seus principais resultados.²⁴⁶

Em que pese aludidas dificuldades, como já destacado anteriormente, não se trata de um custo de ponderação impossível, mas que cada vez mais se faz necessário frente às transformações do mercado.

A proposta de inclusão da responsabilidade ambiental, mas não jurídica, do empresário e de todo o seu comportamento ético enquanto parte integrante dos custos de transação não é desprovida de sentido, embora não seja enfrentada pela doutrina, na medida em que, atualmente, não há agente econômico que não se preocupe em adotar estruturas internas aptas a orientar seu comportamento para abraçar mecanismos sustentáveis e converter este prejuízo inicial em um proveito econômico futuro – assim, o que poderia ser apontado como um fator de custo, é, na verdade, medida de mitigação do risco de colapso empresarial – este decorrente da falta de lucro. A adoção de estratégias garantidoras (ou, ao menos, evidenciadoras) de uma conduta econômica pautada na responsabilidade ambiental, assim, nada mais é do que uma nova espécie de custo de transação.

De prêmio, deve-se considerar que, se no passado a responsabilidade ambiental poderia ser contraposta com possíveis proventos econômicos, hodiernamente isso não acontece a partir do momento em que identificada (e publicizada) esta irresponsabilidade. E se no passado esta publicização era difícil, com o advento das redes sociais e a consolidação dos veículos de comunicação em massa e da informação instantânea, hoje isto é suficientemente simples para trazer impacto junto ao público final a qualquer ação das empresas. Tais redes também foram responsáveis por trazer uma uniformização no modal de transmissão da informação aos usuários finais, afetando a formação da opinião pública e dando celeridade ao processo de sua consolidação, a exigir atualmente igualmente rápida pelos agentes possivelmente afetados.

²⁴⁶ No original: We find that the geographic and industry focus of an ESG-based investment strategy and the employed ESG criteria strongly determine its outcome. In the Asia-Pacific region and the United States, selecting high (low) ESG stocks does not appear to consistently increase or decrease investment performance relative to the benchmarks and to low (high) ESG stocks. In Europe, we also find no evidence for the superiority of ESG-based strategies. On the contrary, in certain industries and depending on the ESG criterion, investors pay a price for being socially responsible in their stock selection, i.e. they end up with significantly lower risk-adjusted performance than the passive benchmarks. Thus, in summary, our findings rehabilitate previous research on the fund level and fully support its main results.

A pergunta que se coloca, feita esta constatação, passa a ser sobre os mecanismos que utilizam as empresas para internalizar estes custos, e a forma como eles se dissociam da responsabilização jurídica tradicional. Afinal, é insuficiente afirmar que a opinião pública influenciará o processo de estruturação dos custos de transação em torno da responsabilidade ambiental sem que se indique como isto pode ocorrer na prática, demonstrando-se, ainda, o liame entre os dois fatores.

Mecanismo importantíssimo utilizado pelas empresas para lograr êxito neste processo de internalização dos custos de transação oriundos da responsabilidade não jurídica está na adoção de certificações verde, seja para si própria (referentes aos seus fluxos de produção internos), seja para sua cadeia produtiva (buscando a contratação apenas de agentes que possuam aludida certificação e responsabilidade ambiental), o que traz, consigo, os custos inerentes à busca destes atores responsáveis e eventual adicional de gasto econômico na contratação, em comparação aos atores tradicionais, refletindo custos econômicos por agregação.

Essas certificações verdes consistem em documentações que comprovam que a empresa adota padrões de qualidade e parâmetros de excelência em prol da responsabilidade ambiental, sendo, portanto, uma empresa preocupada com a sustentabilidade – possuindo cada certificação existente um escopo específico (eficiência energética, manejo florestal, biodiversidade, etc.). No Brasil, é tal mecanismo exemplificado na forma da ISO 14001 (—sistema de gestão ambiental ||), cujos objetivos²⁴⁷ são dignos de transcrição:

O objetivo desta Norma é prover às organizações uma estrutura para a proteção do meio ambiente e possibilitar uma resposta às mudanças das condições ambientais em equilíbrio com as necessidades socioeconômicas. Esta Norma especifica os requisitos que permitem que uma organização alcance os resultados pretendidos e definidos para seu sistema de gestão ambiental.

Uma abordagem sistemática para a gestão ambiental pode prover a Alta Direção de uma empresa com as informações necessárias para obter sucesso a longo prazo e para criar alternativas que contribuam para um desenvolvimento sustentável, por meio de:

- proteção do meio ambiente pela prevenção ou mitigação dos impactos ambientais adversos;
- mitigação de potenciais efeitos adversos das condições ambientais na organização;

- auxílio à organização no atendimento aos requisitos legais e outros requisitos;

²⁴⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ISO 14001. p.08

- aumento do desempenho ambiental;
- controle ou influência no modo em que os produtos e serviços da organização são projetados, fabricados, distribuídos, consumidos e descartados, utilizando uma perspectiva de ciclo de vida que possa prevenir o deslocamento involuntário dos impactos ambientais dentro do ciclo de vida;
- alcance dos benefícios financeiros e operacionais que podem resultar da implementação de alternativas ambientais que reforçam a posição da organização no mercado;
- comunicação de informações ambientais para as partes interessadas pertinentes.

Esta Norma, assim como outras Normas, não se destina a aumentar ou alterar os requisitos legais de uma organização.

Há também outras certificações verdes, como a *Procel Edifica* (voltada ao setor de produção de energia), a *Forest Stewardship Council (FSC)* (referente à extração de madeira e uso de papel e celulose) a *Liderança em Energia e Design Ambiental* (voltada para a construção civil), a *Carbon Trust Standard* (referentes às emissões de CO₂ e redução do consumo de água) e a *Ecocert* (produção de alimentos e cosméticos orgânicos). Em que pesem suas diferenças individuais – que não necessitam ser apontadas na presente tese – todas se orientam para uma mesma finalidade: trazer às empresas a comprovação de que seus sistemas produtivos estão adequados com os *standards* ambientais mais modernos e adequados, mas sem impor a elas uma sanção jurídica para o descumprimento – o que é bem evidenciado no último parágrafo dos objetivos da ISO 14001, acima transcrito.

Não se olvida que, embora importantes para refletir uma mudança de comportamento e uma postura responsável em prol do meio ambiente, a alteração do fluxo produtivo pode trazer repercussões negativas: caso não feita adequadamente e se constate que o elo remanescente da cadeia não possui esse comportamento responsável, embora se acreditasse no contrário, poderá haver reação igualmente prejudicial do mercado consumidor, pela falta de um comportamento responsável na contratação ao longo da cadeia produtiva.

Complementarmente à busca pelas certificações verdes, e muitas vezes como condição necessária a tal busca, podem os agentes econômicos também inovar e buscar eles próprios por transformar toda a sua cadeia produtiva em uma —cadeia verde || . Esta perspectiva enseja uma quantia adicional de tempo e gastos que transcendem os meros custos de transação, pois enseja o repensamento da própria produção e à inovação nos

produtos que são desenvolvidos e comercializados, o que decerto não se dá do dia para anoite e exige amplos estudos preliminares – tanto de aceitação do mercado como de viabilidade econômico-financeira, até mesmo para fixação dos novos preços de seus produtos e a readequação dos seus gastos contratuais.

Devem as empresas dar um passo atrás em seus processos e redesenhá-los (o que não ocorre gratuitamente, sempre estando atrelada ao dispêndio de recursos financeiros), dando ainda transparência e ampla publicidade a estas transformações para que, independentemente de possuírem certificação autenticando seu comportamento ambiental responsável, já possa a empresa usufruir das vantagens deste padrão ético- ambiental de comportamento perante o público consumidor.

Dangelico e Pujari²⁴⁸ apontam para algumas das dificuldades encontradas no aspecto da inovação produtiva em torno de um mercado verde, o que integra a cadeia dos custos de transação, na modalidade risco:

No entanto, envolver-se no desenvolvimento e comercialização de produtos verdes não é isento de desafios e riscos em determinadas situações. Um dos principais riscos de desenvolver e comercializar produtos verdes é um maior escrutínio público pelas partes interessadas, particularmente os grupos ambientais. Algumas empresas podem não achar essa situação confortável. Desenvolver a consciência do cliente sobre produtos verdes não é difícil, mas a atitude e o comportamento do cliente em comprar e pagar mais por produtos verdes não é o mesmo. Algumas categorias de produtos são mais sensíveis ao preço do que outras quando se trata de quanto mais os clientes desejam pagar pelos produtos ecológicos. Além disso, vários novosempreendimentos e empresas verdes são fundados nas expectativas de subsídios governamentais contínuos que podem não durar, deixando as empresas muito vulneráveis. Finalmente, apostar em tecnologias de produtos verdes que possam alcançar sucesso técnico e comercial não é isento de riscos significativos. Apenas algumas empresas com bolsos cheios podem se dar ao luxo de investir em várias tecnologias, mas isso é caro.

No que diz respeito ao estabelecimento de políticas e metas ambientais para o desenvolvimento de novos produtos, as empresas adquirem conhecimento de diversas fontes. Essas políticas e metas ambientais são formalmente definidas e comunicadas por meio de planos de sustentabilidade ou códigos de ética, que fornecem orientações gerais para a redução do impacto ambiental dos produtos durante todo o ciclo de vida. Tendo investigado produtos verdes radicalmente novos e novos produtos verdes incrementais neste estudo, destacamos como a inovação de produtos verdes (novos para o mundo ou novos recursos com a tecnologia existente) pode desempenhar um papel importante na abordagem dos desafios de sustentabilidade ambiental. Uma vez que a inovação radical de produtos traz mudanças significativas, como tornar obsoletos produtos antigos e permitir que mercados inteiros surjam, se transformem ou desapareçam (Kaplan, 1999; Van de Ven et al., 1999), produtos verdes radicais podem contribuir muito para a conquista dos

²⁴⁸ DANGELICO, Rosa Maria e PUJARI, Devashish. Mainstreaming Green Product Innovation: Why and How Companies Integrate Environmental Sustainability. **Journal of Business Ethics**, v. 95, n. 3, pp. 471–486. 2010. p. 481

objetivos de sustentabilidade ambiental. Isso, no entanto, requer uma mudança sistêmica tanto na infraestrutura quanto no comportamento dos consumidores.²⁴⁹

Outra dificuldade encontrada pode ser vislumbrada, como apontado por Albino, Balice e Dangelico²⁵⁰, na maior repercussão positiva para os agentes que efetivamente desenvolvam os produtos, em detrimento daqueles que se limitam a revendê-los ou agregá-los a sua própria cadeia produtiva – prestigia-se, assim, aqueles que adotam a perspectiva de conduta ambiental correta em todas as fases do negócio. Nas palavras dos autores:

O principal resultado é que os desenvolvedores de produtos verdes são apoiados pela adoção de abordagens estratégicas ambientais em um grau mais alto do que os não desenvolvedores de produtos verdes. Isso tem se mostrado válido para toda a amostra de empresas pertencentes ao DJSWI, para todas as áreas geográficas e para quase todos os setores. Duas exceções são representadas pelos setores de ‘materiais básicos’ e ‘industrial’, onde as empresas apresentam comportamento estratégico semelhante no que se refere à ecoeficiência de materiais, em ambos os setores, e à gestão verde apenas no setor ‘industrial’. Um resultado importante da análise realizada é que as abordagens estratégicas adotadas pelos desenvolvedores de produtos verdes dependem do setor. Em seguida, para cada setor, foram identificadas as abordagens estratégicas mais implementadas. Isso representa uma diretriz estratégica para empresas que desejam desenvolver produtos verdes em diferentes setores, dando direcionamento sobre as abordagens estratégicas para as quais direcionam maior atenção e investimentos. Em particular, a gestão verde é uma das abordagens estratégicas mais implementadas para quase todos os setores, exceto para ‘tecnologia’ e ‘saúde’. É importante notar

²⁴⁹ No original: —However, engaging in developing and marketing of green products is not without its challenges and risks in certain situations. One of the key risks of developing and marketing green products is an increased public scrutiny by stakeholders, particularly the environmental groups. Some companies may not find this situation comfortable. Developing customer awareness about green products is not difficult but customer attitude and customer behavior in buying and paying more for green products is not the same. Some product categories are more price sensitive than others when it comes to how much more customers want to pay for the green products. Further, several new green ventures and companies are founded on the expectations of continuing government subsidies which may not last, leaving the companies very vulnerable. Finally, betting on green product technologies that may achieve technical and commercial success is not without significant risks. Only some companies with deep pockets can afford to invest in multiple technologies but it is costly.

With regards to setting environmental policies and targets for the development of new products, companies acquire knowledge from a variety of sources. These environmental policies and targets are then formally defined and communicated by means of sustainability plans or ethical codes, which provide general directions for the reduction of products' environmental impact during the whole life cycle. Having investigated both radically new green products and incremental new green products in this study, we have highlighted how green product innovativeness (new to the world or new features with existing technology) can play an important role in addressing the environmental sustainability challenges. Since radical product innovation brings significant changes such as making old products obsolete, and permitting entire markets to emerge, transform, or disappear (Kaplan, 1999; Van de Ven et al., 1999), radical green products could greatly contribute to the achievement of the environmental sustainability objectives. This, however, requires a systemic change in both infrastructure and consumers' behavior || .

²⁵⁰ ALBINO, Vito; BALICE, Azzurra; DANGELICO, Rosa Maria. Environmental strategies and green product development: an overview on sustainability-driven companies. **Business Strategy and the Environment**, v. 18, n.2, pp. 83–96.

que, no setor 'tecnologia', a abordagem estratégica mais implementada é a cadeia de suprimentos verde, como uma demonstração da importância da compatibilidade ambiental dos componentes para tornar os produtos tecnológicos verdes (por exemplo, o papel essencial dos processadores para tornar os computadores energeticamente eficientes). Em contraste, menos diferenças em termos de abordagens estratégicas adotadas pelos desenvolvedores de produtos verdes foram identificadas no nível da área geográfica, onde a gestão verde é novamente uma das abordagens estratégicas mais implementadas.²⁵¹

Tanto a adoção dos produtos verdes como a sistematização da cadeia de produção em torno de uma postura mais responsável devem ser acompanhados de um alinhamento junto ao público consumidor final, que, como destacado anteriormente neste item, se orienta pela opinião pública. Assim, não bastam apenas promessas de comportamento, mas de posturas que possam ser aferidas pelos consumidores – e que não sejam invalidadas pelos seus adversários de mercado: casos de comportamentos irresponsáveis disfarçados, como o da Braskem (que anunciava a produção do plástico biodegradável ao mesmo tempo em que ocorria um desastre ambiental pela extração do sal-gema em Maceió) não

passam despercebidos e possuem um impacto negativo dobrado – para além dos custos de implementação da nova estrutura —verde || , ainda que parcial, suportam os agentes o mesmo descrédito que teriam caso nada tivessem feito.

Entretanto, como destacam os dois trechos, mesmo a adoção de tais estratégias é incerta para permitir resultados efetivos, o que incrementa os custos de transação atrelados à repactuação das estruturas empresariais internas em prol de um mercado verde.

²⁵¹ No original: —The main result is that the green product developers are supported by the adoption of environmental strategic approaches at a higher degree than green product non-developers. This has been proven to be valid for the whole sample of companies belonging to DJSWI, for all the geographical areas and for almost all sectors. Two exceptions are represented by the ‘_basic materials’ and the ‘_industrial’ sectors, where companies show similar strategic behaviour referring to material eco-efficiency, in both sectors, and to green management in the ‘_industrial’ sector only. An important outcome of the analysis carried out is that the strategic approaches adopted by green product developers depend on the sector. Then, for each sector, the strategic approaches most implemented have been identified. This represents a strategic guideline for companies that wish to develop green products in different sectors, giving directions on strategic approaches to which address greater attention and investments. In particular, green management is one of the most implemented strategic approaches for almost all sectors, except for ‘_technology’ and ‘_healthcare’. It is important to notice that, in the ‘_technology’ sector, the most implemented strategic approach is the green supply chain, as a demonstration of the importance of the environmental friendliness of components to make technology products green (for example the essential role of processors to make computers energy efficient). In contrast, fewer differences in terms of strategic approaches adopted by green product developers have been identified at the geographical area level, where green management is again one of the most implemented strategic approaches || .

E ao tratar dos custos de transação, não se ignora, aqui, que não serão eles isolados e desprovidos de conexão com aqueles apontados no subtópico anterior, originários de sanções jurídicas. Não raramente, as mesmas estruturas aptas a sanar o comportamento aferível exclusivamente pela métrica ESG também são aproveitáveis para sanar o comportamento juridicamente irresponsável, o qual possui natureza muito mais restrita que o primeiro. Não se trata de custos de transação cumulativos, mas sobrepostos, aos quais as empresas devem aproveitar para atingir ambas as demandas de uma só vez – em detrimento de um enfoque apenas sobre uma das espécies de comportamento ambientalmente inadequado.

As controladorias jurídicas, aqui, são pouco relevantes. Diante da falta de sanção jurídica formal, o único contributo trazido pelo direito para esta espécie de

custo de transação estaria na atenuação dos danos ambientais futuros – já abordados no capítulo anterior – e que podem ser atenuados desde o momento em que percebida uma inflexão no comportamento consumerista.

Assim, se para os custos jurídicos há uma primazia do papel dos profissionais do direito em associação com a parte financeira das empresas, aqui há um papel muito mais relevante dos agentes voltados para a inovação produtiva, relações públicas e *marketing*, ante a necessidade de desenvolver estratégias e produtos efetivamente responsáveis sob o prisma ambiental, que atendam o interesse do público consumidor (o que exige previamente que haja a captação dos seus interesses) e que passem a mensagem de uma nova conduta por parte dos agentes.

E essa mudança no pensamento interno, ainda que com finalidade produtiva, é o claro reflexo dos custos de transação em matéria empresarial: toda uma nova estrutura de governança mais verde e responsável, acompanhada da contratação de profissionais é necessária para atender a esse anseio do mercado e atenuar o risco social de alijamento junto ao público consumidor, o que não ocorreria caso mantida a postura tradicional (não necessariamente irresponsável ambientalmente, mas sem qualquer preocupação) e assumido o risco de não ter sua produção enquadrada na métrica ESG.

Poder-se-ia questionar a importância de incluir a responsabilidade ambiental dentro da teoria dos custos de transação, ao que se responde com uma afirmação bastante simples: o melhor conhecimento dos custos de transação permite que os agentes econômicos tomem decisões de maneira mais bem informada, delimitando o

preço que devem praticar perante seus consumidores e restringindo a faixa de preço aceitável de contratação perante os seus fornecedores. Trata-se de necessidade inerente à sustentabilidade financeira de qualquer empresa e que possui um efeito sistêmico dentro do mercado: como visto ao longo dos capítulos 01 e 02 desta tese, qualquer mudança de estrutura dentro do sistema econômico, ante a sua reticularização, tem o condão de afetá-lo de maneira extremamente ampla, gerando verdadeiro efeito dominó para todos os atores envolvidos.

A realidade imposta pela métrica ESG já é inegável no âmbito empresarial. As afirmações feitas no parágrafo acima não buscam de forma alguma infirmar esta realidade ou propor que seus efeitos serão efeitos a partir do futuro. Pelo contrário: tomam-se ela como premissa essencial para as afirmações acima, circunscritas à necessidade de compreender esta realidade sob uma nova ótica, não sob a perspectiva de uma métrica de avaliação de comportamentos que atua isoladamente, mas sim de maneira integrada a todos os demais custos de transação que devem ser ponderados no processo decisório empresarial.

Da mesma forma que a equação econômica idealizada por Pareto foi contestada por Coase quando da proposta de sua teoria original, os parâmetros desta teoria, hoje, sofrem mesma contestação caso não considerem esta nova métrica que, mais do que aferir comportamentos, é apta a causar uma verdadeira revolução nas sanções tácitas e não jurídicas do mercado sobre seus agentes econômicas, influenciando nos preços e na criação de estruturas de governança – que, embora custosos à primeira vista, são recompensatórios se consideradas as vantagens que dele advém, notadamente a possibilidade de manutenção da viabilidade econômica.

As empresas, assim, enfrentam atualmente um dilema: devem adotar medidas protetivas para si para evitar as incertezas advindas da responsabilização judicial pelo seu comportamento ambiental irresponsável, e para se adequar às expectativas de comportamento oriundas da métrica ESG, ao mesmo tempo que sequer possuem um parâmetro para calcular o prejuízo decorrente da inobservância dessas regras. É fato, porém, que devem fazê-lo para superar um novo custo de transação, e que possui como referencial não apenas o compromisso de evitar o dano futuro, mas de evidenciar aos agentes com quem negocia de que aquelas ações são efetivamente aptas a atingir este resultado.

O panorama empresarial decorrente dos custos de transação ambiental é complexo por justamente não se amarrar apenas às sanções jurídicas ou apenas às sanções de mercado, mas a ambas, tendo cada uma delas uma expectativa de comportamento distinta. E, embora destinada a sanar uma incerteza, a ação ambientalmente correta das empresas se mostra um custo de transação com

proveito importante para elas e para toda a sociedade, que se beneficiará do gozo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

CONCLUSÃO

O capítulo 01 desta tese tratou de apresentar um panorama geral acerca das inúmeras transformações enfrentadas pelo direito empresarial nos séculos XX e XXI, notadamente com a introdução da métrica ESG que, de maneira pioneira, buscou padronizar os comportamentos responsáveis que deveriam ser seguidos pelos empresários sob pena de lhes promover o alijamento do mercado – incorporando, assim, premissas das sanções não-jurídicas que já existiam, mas as atrelando a determinados comportamentos esperáveis.

Já ao longo do capítulo 02 desta tese, abordou-se a teoria dos custos de transação e se esclareceu como a mesma representou uma revolução copernicana na teoria econômica – abandonando a matriz de que todas as variáveis da equação seriam necessariamente explícitas e atreladas apenas ao objeto do negócio a ser concretizado. Na ocasião, também se destacou como a mesma reflete variáveis implícitas ao contrato empresarial e que se associam a riscos de não concretização da avença, seja sob o prisma empresarial, seja sob o prisma jurídico.

O capítulo 03, a seu turno, enfrentou a segunda revolução copernicana sobre o direito empresarial, destrinchando discussão iniciada no primeiro capítulo da tese: a responsabilidade ambiental enquanto novo norte a ser seguido, como instrumento necessário para validar a perquirição de lucro.

Unindo as perspectivas dos três capítulos acima, foi possível adentrar, no capítulo 04, às justificativas para a necessidade de se interpretar a responsabilidade ambiental enquanto nova espécie de custo de transação, a despeito de sua vinculação a meros juízos de possibilidade de incidência (rompendo com o —paradigma do risco || de Coase e Williamson)

A formulação clássica da teoria dos custos de transação não se preocupava com a responsabilidade dos agentes econômicos, salvo no que diz respeito ao adimplemento contratual. Atualmente, porém, limitá-los a este risco é deveras

simplista: os custos de transação abarcam toda a forma de comportamento dos agentes, representando um *quantum* necessário a viabilizar estruturas que permitam a concretização do negócio e mitiguem os comportamentos irresponsáveis.

Com a introdução da métrica ESG à realidade de mercado, a adoção da responsabilidade em sentido amplo e apartada das sanções jurídicas, ganhou ainda mais força: os agentes não podem se preocupar apenas com regras implícitas de mercado (e com efeitos sentidos por vontade emanada dos agentes econômicos de forma direta) ou com os contornos do ordenamento jurídico brasileiro, mas também com regras ditadas a partir da demanda dos consumidores finais – dentre as quais, o comportamento ambiental responsável.

Houve, assim, uma mudança de guinada no planejamento econômico das empresas, que deixam de considerar como custos de transação os fatores tipicamente associados a riscos – e, portanto, dotados de previsibilidade – para abarcar também fatores lindeiros entre esta categoria e a das incertezas – ou seja, imprevisíveis -, mas cuja causa fundante da imprevisibilidade não é a dúvida acerca da incidência da sanção, mas sim o efeito da sanção que será aplicada socialmente.

Os custos de transação oriundos das estruturas necessárias a atender dispêndios de matriz jurídica são, desta forma, muito mais facilmente quantificáveis e operacionalizáveis pelos agentes econômicos do que os custos de natureza não-jurídica. Chegar a esta conclusão é bastante simples e envolve a racionalidade econômica dos agentes: sendo esta racionalidade limitada, a cognoscibilidade acerca dos riscos do comportamento ambiental irresponsável também o é, logo, buscarão os agentes enfocara eliminação daqueles riscos associados a uma maior probabilidade (ou seja, que tem chance de ocorrência maior) e cujo impacto é mensurável – características preenchidas pelos riscos oriundos de sanções jurídicas.

Dela decorreu a compreensão de que os agentes econômicos não fazem, em regra, escolhas orientadas pelo preço final do produto/serviço desejado, mas sim considerando todo o complexo de custos atinentes à transação: seja ela

inerente ao objeto do contrato ou operação ou a aspectos de segurança jurídica quanto ao adimplemento, à confiança junto à contraparte da operação ou, até mesmo, à burocracia necessária para que aquela operação venha a ser efetivada.

Diante da racionalidade dos agentes econômicos, optarão eles pela contratação que lhes gere o melhor custo-benefício, o que, na prática, implica em verificar, diante de duas operações cujo objeto seja idêntico, os custos de transação inerentes ao negócio. Ao mesmo tempo, cabe a esses agentes aferir se, dentro de sua estrutura operacional,

adotar novas estruturas de gestão que permitam atenuar riscos potenciais não é medida compensatória para evitar a insustentabilidade futura de seu negócio, seja pelo esvaziamento do interesse dos consumidores, seja pelo impacto causado por condenações judiciais.

A teoria dos custos de transação, em sua matriz histórica e que se manteve incontestável ao longo da segunda metade do século XX e na primeira década do século XXI, não se preocupou com a inclusão no cálculo do custo-benefício das sanções oriundas de fatores distintos da ordem jurídica e do mercado de *per se* (aqui, circunscrito aos agentes econômicos que o integram). Entretanto, a ordem econômica do século XXI tem apresentado uma dificuldade adicional que se entende fundamental ser incluída em aludida teoria: a responsabilidade das empresas para além da ordem jurídica, a qual tem, no público consumidor final, encontrado importante fiscal de sua observância.

Quantificar estes custos do ponto de vista numérico é extremamente complexo e depende da realidade específica de cada empresa, atribuição esta que não caberia a este trabalho, mas tão somente aos próprios economistas. Entretanto, fixar um ponto de partida e propor a necessidade de quantificação destes impactos, enquadrando-o como espécie de custos que já são suficientemente abraçados pela doutrina e considerando-o como modal expandido da responsabilidade outrora aferida apenas judicialmente, era medida necessária.

Assim, qualquer fórmula que busque incluir os custos oriundos da responsabilidade ambiental não-jurídica deve, ante o enunciado ao longo deste

capítulo, descartar o quantificador já representado pela responsabilidade judicial e, sobre o remanescente, dividi-lo entre o *quantum* proveniente dos impactos para com os demais agentes de mercado (impactos reflexos) daqueles provenientes diretamente do público consumidor.

E, independentemente de fórmula ou de valor final, é imperativo que os agentes econômicos e as empresas como um todo o façam, sob risco de adotarem postura embalada pela opinião pública, mas não pela racionalidade econômica e pela manutenção de seu escopo lucrativo – sobretudo diante da perspectiva de que, uma vez realizada uma quantificação correta do valor, possam maximizar suas margens de lucro, fazendo jus ao primado básico da empresa.

Finaliza-se esta tese respondendo a indagação feita na introdução deste trabalho: a empresa contemporânea não é um reflexo do arquétipo capitalista, mas não abandona seu escopo lucrativo para abraçar a premissa da responsabilidade ambiental. Pelo contrário: segue tendo o lucro como seu principal norte, mas o faz acolhendo premissas de responsabilidade e de sustentabilidade ambiental, visando a ter lucro não apenas no presente momento, mas por um período indeterminado. E, assim, a função social da empresa – postulado abraçado pela Constituição Federal brasileira – se atrela ao princípio da preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras, resultando deste amálgama um poderoso referencial para a compreensão de como —lucro || e —meio ambiente || podem caminhar lado-a-lado, sem configurar um insanável paradoxo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBINO, Vito; BALICE, Azzurra; DANGELICO, Rosa Maria. Environmental strategies and green product development: an overview on sustainability-driven companies. **Business Strategy and the Environment**, v. 18, n.2, pp. 83–96.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Conceito de empresa: um desafio que persiste? **Revista do TRF-1**, v. 16, n. 5, maio/2004.

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 171-172.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2012.
- ANSTED, Nich e O'LOUGHLIN, Ben. Social Media Analysis and Public Opinion: The 2010 UK General Election. **Journal of Computer-Mediated Communication**, v. 20, n. 2, p. 204-220, março/2015.
- ARNSPERGER, Christian e VAROUFAKIS, Yanis. What is neoclassical Economics? **Panoeconomicus**, v. 53, n. 1, pp. 05-18, 2006.
- ASCARELLI, Tullio. **Curso de Direito Comercial: Introdução e Teoria da Empresa**. 3ª edição. Milão: Giuffrè, 1962
- ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Tradução de Fabio Konder Comparato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano XXXV, n. 103, pp. 87-100, julho- setembro/1996.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale**, v. 43, n.1, 1943.
- AUER, Benjamin e SCHUHMACHER, Frank. Do socially (ir)responsible investments pay? New evidence from international ESG data. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, v. 59, pp. 51-62, fevereiro/2016.
- AUGRAS, Monique. **À procura do conceito de opinião pública**. In: AUGRAS, Monique. A teoria. Rio de Janeiro: Vozes, 1980. p. 11-24. p. 15-16.
- AZARIADIS, Costas e DRAZEN, Allan. Threshold Externalities in Economic Development. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 105, n. 2, pp. 501-526, 1990.
- BALBANI, Arthur Paku Ottolini. **Controle de constitucionalidade e Poder Legislativo: análise do controle preventivo dos atos parlamentares**. Curitiba: Juruá, 2021.
- BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado - política, sociedade e economia**. São Paulo: Contexto, 2001.
- BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Cambridge: University Press, 1997.
- BENJAMIN, Lisa. **Companies and Climate Change: theory and law in the United Kingdom**. Cambridge University Press, 2022.
- BENJAMIN, Antonio Herman. **Função ambiental, dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993.
- BERTRAN, Maria Paula. **Interpretação contratual e análise econômica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERTRAND, Elodie. From the Firm to Economic Policy: The Problem of Coase's Cost. **History of Political Economy**, v. 47, n. 3, 2015, pp. 481-510.

BLOOM, Peter. **The ethics of neoliberalism: the business of making capitalism moral**. Londres: Routledge, 2017.

BOSE, Satyajit. **Evolution of ESG Reporting Frameworks**. —in || ESTY, Daniel e CORT, Todd. **Values at Work: sustainable investing and ESG Reporting**. Palgrave Macmillan, 2020.

BUCHANAN, James e STUBBLEBINE, William. Externality. —in || GOPALAKRISHNAN, Chennat (Ed.). **Classic papers in natural resource economics**. Londres: Palgrave Macmillan, 2000. pp. 138-154.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998, p. 49.

CATALÁ, Lucía Gomis. **Responsabilidad por danos al media ambiente**. Pamplona: Arazandi Editorial, 1998, p. 160.

CAVES, Richard E. Industrial Organization, Corporate Strategy and Structure. **Journal of Economic Literature**, v. 18, n. 1, pp. 64-92, março/1980.

CHAIMOVICH, Mariana Midea Cuccovia. **O direito da integração nas Constituições dos Estados Membros da União Europeia**. 2011. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Internacional, Universidade de São Paulo, São Paulo (sp), 2011.

CHANDERS, Parkash e TULKENS, Henry. Exchange processes, the core and competitive allocations. —in || DREZE, Jacques et al. **Public goods, environmental externalities and fiscal competition**. [s.l.]: Springer, 2006. pp. 63-80.

CIKALIUK, Monique. **Responsible leadership in corporate governance**. Routledge, 2022.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, Vol. 3, pp. 1-44, Oct. 1960.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. v.1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp.119 e ss.

COMPARATO, Fabio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXII. N. 50, Abril-Junho/1983. São Paulo, Revista dos Tribunais. pp. 57-75.

_____. **Ensaios e Pareceres de Direito Comercial**. São Paulo: Forense, 1978.

_____. O Empresário. **Revista de Direito Mercantil**, v. 109, janeiro/1998, pp. 183-189.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6ª edição. Nova Iorque (EUA): Addison-Wesley, 2011

COPETTI NETO, Alfredo e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Segundo Movimento *Law and Economics*, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) Direito Contemporâneo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 56-76.

CRAWFORD, Vincent P. A procedure for generating Pareto-Efficient Egalitarian-Equivalent allocations. **Econometrica**, v. 47, n. 1, pp. 49-60. Janeiro/1979.

DAHLMAN, Carl J. The Problem of Externality. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 1, pp. 141-162, abril/1979.

DANGELICO, Rosa Maria e PUJARI, Devashish. Mainstreaming Green Product Innovation: Why and How Companies Integrate Environmental Sustainability. **Journal of Business Ethics**, v. 95, n. 3, pp. 471–486. 2010.

DEKKER, Sidney. **Compliance capitalism: how free markets have led to unfree, overregulated workers**. Nova Iorque: Routledge, 2021.

DE PAULA, Felipe. Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades, 2016. 387 f. **Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

DI SARNO, Daniela Campos Libório, Tese de Doutorado "**Direito Urbanístico Moderno: meio ambiente e qualidade de vida**", São Paulo, PUC/SP, 2002, p. 136.

ECO, Umberto. **Kant and the Platypus: Essays on Language and Cognition**. Boston, MA: Mariner Books, 2000.

_____. **The limits of interpretation**. Bloomington: Indiana University Press, 1991. EDMANS, Alex. The End of ESG. **Financial Management**, v. 52, n. 1, 2022, p. 03-17.

EDSTRÖN, Anders e GALBRAITH, Jay R. Transfer of Managers as a Coordination and Control Strategy in Multination Organizations. **Administrative Science Quarterly**, v. 22, n. 2, pp. 248-263, junho/1977.

ELFORD, Gildeon. Freedom of expression and social coercion. **Legal Theory**, v. 27, n.2, p. 149-175, 2021.

ESTY, Daniel C. e CORT, Todd. **Values at Work: sustainable investing and ESG Reporting**. Londres: Palgrave MacMillan, 2020.

FILOMENO, José Geraldo Brito, et. al.. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 10ª Edição, Vol.I, p. 158.

- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed..São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ªedição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do estado nacional. **Revista de Administração de Empresas**, [s.l.], v. 40, n. 2, p.38-50, jun. 2000.
- FOX, Glenn. The Real Coase Theorems. **CATO Journal**, v. 27, n. 3, 2007, pp. 373-396.
- FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. 3. ed.Curitiba: Juruá, 2001, p. 17.
- GALBRAITH, John Kenneth. **The new industrial state**. Oxford University Press,2007.
- GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 1993.
- GAROUPA, Nuno; LIGÜERRE, Carlos Gómez; MÉLON, Lela. **Legal Origins and the Efficiency Dilemma**. Nova Iorque: Routledge, 2016.
- GAROUPA, Nuno. Improving Legislation. A note of pessimism. in **Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação**, n.º 50, Outubro/Dezembro 2009, pp. 153-160.
- GHOSHAL, Sumantra e MORAN, Peter. Bad for Practice: a critique of the Transaction Cost Theory. **The Academy of Management Review**, v. 21, n. 1, pp. 13-47, 1996.
- GRANOVETTER, Mark. Economic action and social structure: the problem of embeddedness. **American Journal of Sociology**, v. 91, pp. 481-510, novembro/1985.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. Indaiatuba (SP): EditoraFoco, 2019.
- GUIMARÃES, Heloisa Werneck Mendes. Responsabilidade social da empresa: uma visão histórica de sua problemática. **Revista de Administração de Empresas**, v. 24, n. 4, out./dez. 1984. pp. 211-219.
- GULATI, R. Does familiarity breed trust? The implications of repeated ties for contractual choice in alliances. **Academy of Management Journal**, v. 38, n.1, pp. 85- 112, 1995.
- GUYENOT, Jean. Prospectives en Droit Français contemporain des sociétés civiles et commerciales. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXIV. N. 50, Abril-Junho/1985. São Paulo, Revista dos Tribunais. pp. 06-20.

HAHN, Frank. General Equilibrium Theory. **National Affairs**. Edição Especial. pp. 123-150. 1980.

HAHNEL, Robin e SHEERAN, Kristen. Misinterpreting the Coase Theorem. **Journal of Economic Issues**, v. 43, n. 1, 2009, p. 215-239.

HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda. **Perspectives On Politics**, [s.l.], v. 2, n. 04, p.725-740, dez. 2004. Cambridge University Press (CUP) p. 728

HENKES, Silvana. A responsabilidade civil no Direito Ambiental Brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, v. 10, n. 1, pp. 51-70, 2009.

HENNART, Jean-François. Explaining the Swollen Middle: Why Most Transactions Are a Mix of "Market" and "Hierarchy". **Organization Science**, v. 4, n. 4, pp. 529-547, Novembro/1993.

HILL, John. **Environmental, Social and Governance (ESG) Investing: a balanced analysis of the theory and practice of a sustainable portfolio**. Elsevier, 2020.

HUCKFELDT, Robert et al. Political Environments, Cohesive Social Groups, and the Communication of Public Opinion. **American Journal of Political Science**, v. 39, n. 4, p. 1025-1054, 1995. pp. 1049-1050.

IANNI, Otávio. **Teoria da Globalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 145, p. 44- 49, jan/mar 2007.

IRUJO, José Miguel Embid. Algunas Reflexiones sobre los Grupos de Sociedades y su Regulación Jurídica. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 53, pp. 18-40, 1984.

ITURRASPE, Jorge Mosset, **Responsabilidad por Daños: Responsabilidad Colectiva**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 1992, p. 139.

JACOBS, Michael e MAZZUCATO, Mariana. **Rethinking capitalism: economics and policy for sustainable and inclusive growth**. Londres: Wiley-Blackwell, 2016.

KASABOV, Edward e WARLOW, Alex. **The compliance business and its customers: gaining competitive advantage by controlling your customers**. Nova Iorque: Palgrave McMillan, 2012.

KEELEY, Terrence. **Sustainable: Moving Beyond ESG to Impact Investing**. Columbia Business School Publishing, 2022.

KINGDOM, John W. Agendas, alternatives and public policies. 2a edição. Nova Iorque: Longman, 2003.

KIRSCHNER, Ana Maria. Sociologia da Empresa e responsabilidade social das empresas. **Nueva Sociedad**, n. 202.

KLEFFENS, Eelco van. **Sovereignty in International Law: Five Lectures**. The Hague: Recueil des Cours, 1953.

KÖNIG, Franziska. **The uncertainty-governance choice puzzle revisited: predictions from Transaction Costs Economics, Resource-Based Theory and Real Options Theory**. Berlim: Gabler Edition Wissenschaft, 2008.

KREHBIEL, Keith. 1997. **Information and Legislative Organization**. Ann Arbor: The University of Michigan Press.

LAGE, Nilson. **Controle da opinião pública: um ensaio sobre a verdade conveniente**. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 15-16.

LAZONICK, William. Innovative enterprise and historical transformation. **Enterprise and Society**, v. 3, n. 01, março/2002, pp. 03-47. p. 05

LEAL, Ricardo Pereira Câmara; SILVA, André Luiz Carvalho e VALADARES, Silvia Mourthé. Estrutura de controle das companhias brasileiras de capital aberto. **Revista de Administração Contemporânea**, v. 6, n. 1, pp. 7-18. abril/2002.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de Risco e Estado. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

LELAND, Hayne. Option pricing and replication with Transaction Costs. **The Journal of Finance**, v. 40, n. 5, pp. 1283-1301, dezembro/1985.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

LIEBOWITZ, S. J. e MARGOLIS, Stephen E. Network externality: an uncommon tragedy. **Journal of Economic Perspectives**, v. 8, n. 2, pp. 133-150, 1994.

LOBO, Jorge Joaquim. Direito dos Grupos de Sociedades, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 107, pp. 99-122, jul./set. 1997.

LOPES, Fabio Almeida. **Princípios do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica**. 2009. Monografia (Especialização) – Curso de Processo Legislativo, Centro de Formação, Treinamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009.

LOSANO, Mario. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede: novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais.

Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 8, n. 16, jul-dez, São Paulo: RT, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores, 20ª ed., 2012.

_____. **O meio ambiente no art. 225 da Constituição Federal de 1988.** *In:* MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Coords.). **Constituição Federal: Avanços, Contribuições e Modificações no Processo Democrático Brasileiro.** São Paulo: Ed. RT/CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, pp. 748-766.

MACHER, Jeffrey e RICHMAN, Barak. Transaction cost economics: An assessment of empirical research in the social sciences. **Business and Politics**, v. 10, n. 1, pp. 01-63, 2008.

MAKOWER, Joel. **Strategies for the green economy: opportunities and challenges in the new world of business.** Nova Iorque: McGraw Hill, 2008.

MAN, Norsida et al. The Role and Importance of the Transactions Costs Theory in Agricultural Contracting Area: an Appraisal of Selected Empirical Studies. **Journal of Business and Management**, vol. 19, issue 1, pp. 79-89, jan./2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos – conceito e legitimação para agir.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

MAY, Christopher. **Who's in charge? Corporations as institutions of global governance.** Palgrave Commun, 2015.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente.** 8ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e Reparação do Dano ao Meio Ambiente.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002

MISHAN, E. J. Pareto Optimality and the Law. **Oxford Economic Papers**, v. 19, n. 3, pp. 255-287, Novembro/1987.

MUNGER, Michael C. **Tomorrow 3.0.: transaction costs and the sharing economy.** Cambridge, 2018. p. 19.

NATH, S. K. **A reappraisal of Welfare Economics.** London: Routledge & KeganPaul, 1969.

NERY JÚNIOR, Nelson, **Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública.** *In* Revista Justitia nº 126. São Paulo, julho/setembro, 1984, p. 175.

NEWMAN, Peter (Ed.). **The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law.** Volume III (P-Z). Londres: Palgrave McMillan, 2018.

NOELLE-NEUMANN, Elizabeth. Public Opinion and Rationality. —in || GLASSER, Theodore Lewis e SALMON, Charles T. (Ed). **Public Opinion and the Communication of Consent**. Nova York: The Guilford Press, 1995

NOOTEBOOM, Bart. Firm Size Effects on Transaction Costs. **Small Business Economics**, v. 5, n. 4, pp. 283-295, 1993.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo; Saraiva, 1979.

OSKAMP, Stuart e SCHULTZ, Wesley. **Attitudes and Opinions**. 3a edição. Mahwah, Nova Jersey: Pearson Education, 2005. pp. 15-17.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PHILLIPI JR., Arlindo e ALVES, Alaor Caffé. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri: Manole, 2005.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. **Análise dos custos da desigualdade: efeitos institucionais do círculo vicioso de desigualdade e corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

POSNER, Richard A. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. **The Journal of Legal Studies**, Vol. 8, No. 1 (Jan., 1979), pp. 103-140.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole, 2013.

REQUIÃO, Rubens. O controle a proteção dos acionistas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Ano XIII, pp. 23-36, 1974.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3ª ed. ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SALMON, Charles T. e OSHAGAN, Hayg. Community Size, Perceptions of Majority Opinion and Opinion Expression. **Public Relations Research Annual**, v. 2, n. 01-04, p.157-171, 1990

SANCHEZ, Antonio Cabanillas. **La reparación de los danos al media ambiente**, Aranzadi, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998

SCHACHERMAYER, Walter. **Asymptotic Theory of Transaction Costs**. European Mathematical Society Publishing House: Zurique, 2017.

SILBER, Simão Davi. Comércio Internacional. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JUNIOR, Rudinei (Org.). **Manual de Economia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 495-517.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito. Os Direitos fundamentais nas relações entre particulares**. (Tese Livre Docência), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 166.

SILVA FILHO, Carlos da Costa. O princípio do poluidor-pagador: da eficiência econômica à realização da justiça. **Revista de Direito da Cidade**, v. 4, n. 2, pp. 111- 128, 2012.

SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 3, pp. 165-181, 2013.

SOLOMON, Robert. **A melhor maneira de fazer negócios**. São Paulo: Editora Negócio, 2000.

SOUZA, Hilda Regina Silveira Albandes de. **Processo Legislativo: linhas jurídicas essenciais**. Porto Alegre: Sulina, 1998.

SPETH, James Gustave. **The bridge at the edge of the world: capitalism, the environment and crossing from crisis to sustainability**. New Haven: Yale University Press, 2008.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do estado de direito: estudo em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

THOMPSON, James D. **Organizations in Action: social science bases of Administrative Theory**. Londres: McGraw-Hill, 1967.

UEBEL, Thomas. Rationality and pseudo-rationality in political economy: Neurath, Mises, Weber. **Boston Studies in the Philosophy and History of Science**, v. 336, pp. 197-215, 2019.

UNMÜßIG, Barbara et al. **Critique of the green economy: toward social and environmental equity**. Berlim: Henrich Boil Foundation, 2012.

VERGARA, Sylvia Constant e BRANCO, Paulo Durval. Empresa humanizada: a organização necessária e possível. **Revista de Administração de Empresas**, v. 41, n. 2, abr.-jun./2001, pp. 20-30.

VERRUCOLI, Piero. Associazionismo economico e cooperativismo: Considerazioni generali. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo (SP), nº 34, pp. 11-20. Abril-Junho/1979.

VIEIRA, Eduardo S. S. Desafios e estratégias para a implantação da avaliação de impacto legislativo. —in || MENEGUIN, Fernando e SILVA, Rafael Silveira

e (Org.). **Avaliação de Impacto Legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação.** Brasília: Coordenação de edições técnicas do Senado Federal, 2017.

WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** São Paulo: Forense, 2012.

WATSON, Susan. **The making of the Modern Company.** Hart Publishing, 2022.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do Capitalismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages.** Tradução e Introdução de Lutz Haelber. Oxford (Reino Unido): Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003.

WEISS, Joseph W. **Business ethics: a stakeholder and issues management approach.** 7ª edição. Oakland: Berrett-Koehler Publishers, 2021.

WERNAART, Bart. **Ethics and Business: a global introduction.** Groningen: Noordhoff Uitgevers (Routledge), 2021.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and Hierarchies: analysis and antitrust implications:** a study in the economics of internal organization. Berkeley: Free Press, 1975.

WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, pp. 548-577, Novembro/1981.

WRAY-BLISS, Edward. **Neoliberalism, management and religion: re-examining the spirits of capitalism.** Londres: Routledge, 2019.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. TAC e TCA e composição prévia: a reparação do dano e medidas compensatórias no contexto do PNMA. **Revista de Direito Ambiental** n° 64 – out. / dez. 2011.

ZOUBOULAKIS, Michel. **The varieties of Economic Rationality: from Adam Smith to contemporary behavioural and evolutionary economics.** Londres: Routledge, 2014.