

**ESG E O PROJETO DE NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

RAFAEL MAFFINI

Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFGRS. Doutor e mestre pela UFGRS.

Advogado. E-mail: rafael.maffini@rmmgadogados.com.br

THAÍS MARÇAL

Coordenadora Acadêmica da Escola Superior de Advocacia da OABRJ. Mestre pela UERJ.

Advogada. E-mail: thais-marcal@hotmail.com

A produção intelectual do querido professor Jessé Torres Pereira Junior é marcada pela profundidade com que suas pesquisas são realizadas. A genialidade do mestre, que contrasta com a sua imensa simplicidade e simpatia no trato com as pessoas, decorre, em grande medida, de sua grande habilidade de ver o óbvio com décadas de antecedência. Entre os diversos objetos da visionária investigação do doutrinador, merece destaque sua especial atenção ao tema de licitações públicas e sustentabilidade.

Em suas palavras, “*a sustentabilidade envolve também questões econômicas e sociais*”¹²⁷⁹ Nesta toada, ganha força no cenário jurídico brasileiro, nos últimos tempos, a assim denominada ESG, que, em tradução livre, remete ao conceito de meio ambiente, social e governança corporativa.

¹²⁷⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Reportagem disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5173780> Acesso em 08/03/2021.

Em síntese, nas palavras de Augusto Neves Dal Pozzo, “visa imbuir os investimentos de uma postura qualificada, que compreenda, além dos benefícios econômicos típicos, os benefícios sustentáveis, sociais e éticos.”¹²⁸⁰

Vladimir Passos de Freitas destaca que a ESG, “*em outras palavras, significa como as empresas, nas suas múltiplas espécies, devem atuar no campo social (e.g., promovendo tratamento igualitário entre homens e mulheres), proteger o meio ambiente (v.g., aproveitando a energia solar) e na sua administração cooperar com a sociedade (v.g., zelando por uma praça).*”¹²⁸¹

Suas diretrizes cumprem papel importante na concretização de boas práticas coadunadas com a concepção de função social dos investimentos. Ou seja, estes não podem se prestar única exclusivamente ao alvedrio de rentismos. Assim como todo instrumental jurídico deve servir ao cumprimento de uma função social.

Neste contexto, nada mais natural do que o Estado atuar como indutor de comportamento seja na modelagem de investimentos pensados sob a égide do cumprimento das diretrizes ESG. Com efeito, não se pode olvidar que é juridicamente viável e conveniente o emprego das licitações e das contratações públicas como instrumentos fomentadores de certos comportamentos almejados pela sociedade. Trata-se de um fenômeno de externalidade própria dos processos licitatórios¹²⁸², em razão do qual o conceito de vantajosidade, outrora circunscrito a parâmetros endoprocessuais, passa a ser escrutinado também, e por vezes, especialmente, a partir de aspectos extraprocessuais¹²⁸³. Dito de outro modo: quando se licita a aquisição de um lápis, por exemplo, se está sim almejando uma compra de um produto adequado pelo melhor preço possível (parâmetros endoprocessuais), mas igualmente se está buscando a aquisição de um produto que seja produzido com a observância da

¹²⁸⁰ DAL POZZO, Augusto Neves. Para uma nova ordem global: O poder de transformar o mundo e os investimentos ESG em infraestrutura. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340787/poder-de-transformar-o-mundo-e-os-investimentos-esg-em-infraestrutura>. Acesso em 08/03/2021.

¹²⁸¹ FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos da ESG nas atividades da advocacia empresarial e ambiental. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-21/reflexos-esg-atividades-advocacia-empresarial-ambiental> Acesso em 08/03/2021.

¹²⁸² Sobre o tema, vide BRAGA, Márcia Bello de Oliveira. Contratação administrativa como instrumento de fomento econômico a partir da entrada em vigor da Constituição da República de 1988. Dissertação de mestrado. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/135509/000989107.pdf?sequence=1>. Acesso em 08/03/2021.

¹²⁸³ A legislação brasileira possui inúmeros exemplos de externalidades licitatórias, tais como as regras aplicáveis às microempresas e empresas de pequeno porte, cooperativas, bem como o estímulo ao mercado nacional, a inovações tecnológicas e ao meio ambiente.

legislação trabalhista e tributária, com a observância de regras de integridade, com boas práticas de governança e através de processos produtivos ambientalmente sustentáveis (aspectos extraprocessuais). Nunca é demais recordar, quanto ao ponto, o ensinamento do mestre Jessé e de sua parceira de produção doutrinária, Marinês Restelatto Dotti, segundo o qual “a ação administrativa do Estado, além do natural respeito à lei, deve ser desenvolvida em direção à satisfação das exigências de interesse coletivo primário (interesse público genérico) e do interesse coletivo secundário (os objetivos a atingir em cada ato ou contrato específico)”¹²⁸⁴.

Discussão que deverá ser levada em consideração sobre o tema, diz respeito à acreditação das certificadoras de investimento ESG, com vistas a evitar que práticas nefastas de mercado totalmente autorregulado possa ensinar. Acerca do ponto, parece que o mecanismo da autorregulação regulada, tal como pensado para o *compliance*, melhor se adequa aos propósitos almejados.

Neste contexto, fundamental a indução de boas práticas pelo Estado através da regulação, para se for o caso, inclusive, dada a capacidade técnica das agência reguladoras, impor obrigações sustentáveis para os seus atores regulados.

Por óbvio que há que se compatibilizar os custos desta regulação¹²⁸⁵, através da Análise de Impacto Regulatório, balizando suas ações sempre com base no diálogo, na busca do consenso com o setor.

Diante das discussões sobre projeto de nova lei geral de licitações, interessante pensar sobre a possibilidade de se exigir como requisito de habilitação para contratações com o poder público a certificação ESG das licitantes. Ainda que se trate de tema que induzirá, estreme de dúvidas, o surgimento de controvérsias, parece evidente que o PL 4.253/20 traz consigo todo um arcabouço de normas que, na comparação com a legislação vigente, se mostra muito mais apto ao estado de coisas voltados à sustentabilidade ambiental. A própria definição de “desenvolvimento nacional sustentável”, referido como princípio (art. 5º do PL 4.253/20) e também arrolado como objetivo dos processos licitatórios (art. 11, IV, do PL 4.253/20), parece ter, em razão do sistema normativo que

¹²⁸⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 119.

¹²⁸⁵ Sobre o tema, vale refletir sobre os pontos suscitados por BETRÃO, Helio. *A tara do ESG*. Estadão, 10/3/2021, p. A25.

passa a acompanhá-lo, sofrido uma mutação conceitual na medida em que coloca em maior evidência o “sustentável”, sem o qual não mais se poderá cogitar de qualquer “desenvolvimento”.

Alternativamente, cogitar sobre incluí-la como condição para assinatura do contrato, a fim de não imputar mais obrigações e, por ventura, restringir a gama de competidores de certames. Enfim, o importante é conferir eficácia irradiante para os ditames da ESG.

Diante da força estruturante de reformulação de ações estratégicas tão necessárias em meio a uma pandemia, espera-se que seja alvissareira sua efervescência e não se traduza em modismo que tão mal fez aos sistemas de *compliance* por ocasião de sua popularização no Brasil.

Retomando as lições de Jessé Torres Pereira Junior: “*a pergunta inteligente não é a que indaga qual o custo da sustentabilidade, mas, sim, qual o custo de ser a sustentabilidade ignorada pelo planejamento das ações governamentais, nesta geração e nas vindouras*”¹²⁸⁶

¹²⁸⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Sustentabilidade e planejamento: valores constitucionais reitores das contratações administrativas, no estado democrático de direito. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, set./dez. 2015, p. 113.