



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O GOVERNO POR CONTRATOS: AS CONCESSÕES
DE INFRAESTRUTURA ESG COMO ESTÍMULO AO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

por

MARIANA DE MOURA STILLNER

ORIENTADORA: Flavia da Costa Limmer.

2022.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O Governo por contratos: as concessões de infraestrutura ESG como estímulo ao desenvolvimento sustentável

por

MARIANA DE MOURA STILLNER

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Flavia da Costa Limmer

2022.2

*Às mulheres que me fizeram
quem eu sou.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Solange Ferreira de Moura, por todo o apoio, amor e carinho ao longo da vida. Agradeço também pelo exemplo de mulher que é para mim, sempre corajosa, forte e ética, tendo me passado a todo tempo o valor do trabalho e do estudo. Você foi e sempre será minha fortaleza, tendo me preparado para enfrentar a vida. Além de todos os presentes que me foram dados por você na vida, fui presenteada com o amor pelo Direito. Divido hoje com você a carreira, na qual pelos meus 24 anos de vida estive imersa ao seu lado. Desde criança desenhava em seus livros de processo civil e a acompanhava em seminários mundo a fora. Apesar de nunca ter havido pressão alguma para que eu cursasse Direito, essa vivência fez com que fosse claro para mim que essa é minha real vocação. Palavras não podem definir o quanto sou grata a você, o quanto te admiro e o quanto te amo. Não estaria aqui sem você, não tenho dúvidas disso. Por isso, mais uma vez agradeço, por tudo que você é e por tudo que você me fez ser.

À minha avó, Sônia Ferreira de Moura, que, junto à minha mãe, me criou. Infelizmente, a senhora faleceu e não estará presente para ver minha formatura, mas sempre estará dentro de mim. Cada bela memória, banhada em amor carinho, é capaz de atenuar a dor da sua perda. Em 1958, a senhora se formou na PUC e logo dividirei com você esse título. Você me inspira a cada passo que dou na vida e isso nunca mudará. Te amo, vó!

À minha namorada, Nathalia Maia, com quem há quase três anos aprendo o real significado do amor e da parceria. Estar contigo alegre a minha vida e me dá sempre forças para seguir em frente. Obrigada pelo apoio nos momentos mais difíceis, pelas risadas nos momentos felizes e pela sua incrível ternura. Chego hoje a esse momento com a certeza de que não seria quem eu sou se não tivesse te conhecido e tido o privilégio de viver a vida ao seu lado. Obrigada meu amor, te admiro imensamente e sou infinitamente grata a você.

Aos meus padrinhos e tios, Roberta Ferreira de Moura e Carlos Eduardo Ferreira de Moura. Desde antes mesmo de eu nascer vocês me amaram intensamente e nunca me permitiram sentir só. Considero vocês como considero meus pais e serei eternamente grata por tê-los em minha vida. Para mim, vocês sempre serão exemplos de força e determinação, de como tornar o pior que a vida tem para te oferecer em algo que te engrandece. Estarei sempre ao lado de vocês, como eu sei que vocês sempre estiveram e sempre estarão ao meu.

Ao meu pai, Paulo Stillner, pelos ensinamentos. Você me tornou uma mulher mais forte. Sua inteligência e determinação são características que busco sempre carregar comigo.

À minha irmã, Rafaela Stillner, pela amizade e carinho. Mesmo à distância nossa conexão sempre está presente. Amo você e te admiro muito.

Aos meus amigos, Luisa Alves, Marina Costa, Guilherme Rodrigues, Johanns Eller, Henrique Mota e Maria Oaquim, agradeço por todo o amor, carinho e estímulo. Em determinados momentos, quando nem eu acreditava em mim, vocês acreditaram, e por isso, eu serei eternamente grata. Pelos últimos 8 anos tenho o privilégio de tê-los como amigos, quase família, na verdade. Ao longo desse tempo vivemos incríveis experiências, até mesmo moramos juntos em determinados momentos, e estar com vocês sempre me alegria e me traz forças. Agora, mesmo fisicamente distantes, sigo amando-os como sempre amei.

Aos meus amigos que me acompanham desde o início da graduação, Daniel Araujo e Breno Oliveira. Junto a vocês caminhei pelos cinco anos da Faculdade de Direito, sempre nos apoiando e tornando o ambiente, às vezes inóspito da universidade, cheio de vida e carinho. Tenho absoluta certeza que nossa amizade seguirá pela vida, enquanto trilhamos o mundo do Direito juntos. Estendo esse agradecimento também à minha querida amiga, Rafaela Kauffman, que, apesar de ter estado conosco por apenas um ano, me marcou de maneira tão profunda que seguimos juntas até hoje e assim seguiremos.

Ao escritório Souto Correa Advogados e à toda a equipe de Administrativo Regulatório que tanto me ensinou. Em breve me juntarei à equipe como advogada e me sinto extremamente privilegiada por essa oportunidade. Trabalhar ao lado de todos vocês é extremamente enriquecedor. Gostaria, também, de fazer um agradecimento especial à minha mentora, a advogada Mariana Campos. Durante os meses em que trabalhamos juntas aprendi muito, não apenas sobre Direito, mas sobre a vida. Ao longo das dificuldades que passei esse ano, o seu apoio foi essencial e serei eternamente grata. Você é um verdadeiro exemplo para mim e espero seguir os seus passos para me tornar a advogada que sonho ser.

Aos meus colegas estagiários agradeço por poder trabalhar ao lado de vocês e assim aprender ainda mais. Especial agradecimento à Maria Mônica Magalhães e Maria Eduarda Paliga, que se tornaram verdadeiras amigas e companheiras. Cada dia que passamos juntas no escritório é um enorme prazer e poder dividir não apenas o trabalho com vocês, mas uma linda relação de carinho e respeito me faz absolutamente feliz.

À Helena Hocayen, com quem tive a oportunidade de trabalhar por um ano e meio. Durante esse tempo, aprendi enormemente com você e desenvolvi verdadeira paixão pelo Direito Administrativo, pelos contratos e pela infraestrutura.

À minha orientadora, Flavia Limmer, por todo o apoio e compreensão. Ter sido sua aluna foi essencial para a escolha desse projeto e a elaboração dele. Com você conheci uma abordagem do Direito Ambiental, associada ao Direito Administrativo que me encantou e espero seguir trabalhando nela.

À PUC-Rio e a todos os professores com quem tive aulas, pelo ensino de excelência e por todas as oportunidades que me foram apresentadas, em especial os grupos de pesquisa e extensão, que foram cruciais para a minha formação acadêmica e profissional.

Ao PET-Jur e todos os seus membros, que muito me ensinaram ao longo da graduação. Fazer parte do grupo foi a melhor decisão que tomei durante a Faculdade e instigou de maneira extraordinária meu gosto pela

pesquisa. Especial agradecimento aos tutores que me acompanharam por quatro anos, os professores Thula Pires e Francisco Guimarães. Ter o privilégio de realizar reuniões semanais com vocês me deu uma perspectiva global do Direito, através do estudo da história, filosofia, sociopolítica, entre tantos outros temas. Esse trabalho não teria sido produzido sem a ampla gama de conhecimentos que adquiri com vocês. A vocês, serei eternamente grata.

RESUMO

O presente trabalho pretende responder se as concessões de infraestrutura são capazes de atuar como meio para o desenvolvimento sustentável através da implementação de cláusulas ESG nos contratos administrativos. Para tanto, realiza uma análise do aparato normativo que regula tanto as concessões, quanto as licitações e as questões ambientais. Assim, relaciona esses institutos à perspectiva ESG (*Environmental, Social, Governance*), tradicionalmente aplicada ao setor privado, e sua capacidade de ser implementada em contratações públicas. Ao final, analisa a possibilidade de estabelecer, através das concessões de infraestrutura ESG, políticas públicas perenes, em prol do desenvolvimento sustentável, valendo-se da teoria de governo por contrato.

Palavras-Chave:

Administrativo; ambiental; concessão; infraestrutura; ESG; desenvolvimento sustentável; governo por contratos; licitação; serviço público; políticas públicas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I - O INSTITUTO DAS CONCESSÕES NO BRASIL....	19
1.1. Um breve histórico da intervenção do estado no domínio econômico	19
1.1.1. O contexto brasileiro	27
1.2. Privatizações: sentido amplo x sentido restrito	29
1.3. A licitação como princípio constitucional.....	31
1.3.1. Modalidades de licitação	37
1.4. Atual aparato normativo das concessões no Brasil	40
1.4.1. A regulação no contexto da despublicização	46
1.5. O papel da licitação como reguladora do mercado nacional.....	50
1.5.1. O equilíbrio entre a função regulatória da licitação e a proposta mais vantajosa para a administração pública	55
CAPÍTULO II - DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A PERSPECTIVA (E)NVIRONMENTAL (S)OCIAL (G)OVERNANCE	58
2.1. O desenvolvimento sustentável nos tratados internacionais	58
2.1.1. O mercado de carbono no Pacto de Kyoto e no Acordo de Paris	64
2.2. A experiência brasileira: o desenvolvimento sustentável como princípio	70
2.3. Capitalismo de <i>stakeholders</i> , a origem do ESG e suas raízes no desenvolvimento sustentável	77
2.3.1. A lógica ESG.....	81
2.4. As obrigações ESG nas entidades privadas.....	83

2.4.1. Ambiental	84
2.4.2. Social	86
2.4.3. Governança corporativa.....	89
2.5. A regulação do ESG	93
CAPÍTULO III - O ESTADO BRASILEIRO COMO MOTOR DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	96
3.1. O potencial impacto dos projetos de infraestrutura na sociedade brasileira	96
3.2. Exemplo internacional.....	101
3.3. Políticas nacionais em prol do desenvolvimento sustentável na infraestrutura.....	102
3.3.1. A estruturação de um mercado de carbono nacional.....	107
3.4. O governo por contratos e a possibilidade de implementação contratual de políticas públicas	108
3.5. O papel da modelagem licitatória na gestão por contratos.....	114
3.6. As cláusulas ESG nos contratos de concessão de infraestrutura como aplicação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável.....	127
3.7. A gestão contratual	132
CONCLUSÃO.....	138
BIBLIOGRAFIA	142

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Contratação pública de obras e serviços	39
Figura 2 - Modelo de Gestão de Contratos Públicos.....	135

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Inovações da Nova Lei de Licitações	37
Tabela 2 – Tipos de Concessão	43
Tabela 3 – Modificações legislativas na ordem econômica brasileira	48
Tabela 4 – Legislação criadora das Agências Reguladoras	49
Tabela 5 - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.....	63
Tabela 6 - Medidas Ambientais Minas Gerais	130
Tabela 7 - Medidas Sociais Minas Gerais	130
Tabela 8 - Medidas de Governança Minas Gerais	131

LISTA DE ABREVIações

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

AND – Autoridade Nacional Designada

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

B3 – Bolsa do Brasil

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá

CBIO – Crédito de Descarboxinação

CECON – Centro de Convenções de Pernambuco

CEO – Diretor Executivo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNUMAH – Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano

CO₂ – Gás carbônico

CONFINS – Contribuição para o financiamento da seguridade social

COP – Conferência das Partes

COSO – Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

EOD – Entidade Operacional Designada

ESG – Environmental, Social and Governance

ESMA – European Securities and Markets Authority

EUA – Estados Unidos da América

GEE – Gases de efeito estufa

IA – Inteligência Artificial

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

ICC – Câmara de Comércio Internacional

IIA – The Institute of Internal Auditors

IPCC – Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas

LGBTQIA+ - Sigla que identifica a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, trans, queers, pansexuais, agêneros, pessoas não binárias, intersexo e demais minorias de orientação sexual e identidade de gênero.

MDL – Mecanismos de Desenvolvimento Limpo

MDS – Mecanismos de Desenvolvimento Sustentável

ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

ONG – Organização não governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

OS – Organizações Sociais

OSCIP – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

PIB – Produto interno bruto

PIS – Programa de integração social e de formação do patrimônio do servidor público

PND – Plano Nacional de Desestatização

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PPB – Processo produtivo básico

PPP – Parcerias Público-Privada

R\$ - Reais

RDC – Regime diferenciado de contratações públicas

REIDI – Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura

SEINFRA – Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade

SFDR – Sustainable Finance Disclosure Regulation

SLB – Sustainability Linked Bond

SNIS – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

UE – União Europeia

UNRISD – Instituto de Pesquisa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Social

US\$ - Dólar dos Estados Unidos

VEs – Veículos elétricos

INTRODUÇÃO

A intervenção do Estado sobre os agentes privados originalmente baseou-se nas ideias de supremacia e imperatividade. Porém, essas concepções clássicas vêm sendo paulatinamente superadas e substituídas por noções voltadas, principalmente, à cooperação e ao estabelecimento de uma relação mais horizontalizada entre Estado e sociedade.

Assim, o Estado emprega, hoje, intensa colaboração com os entes privados tanto para suprir determinadas atividades que não consegue realizar sozinho, como para estimular determinados setores do mercado, como a infraestrutura. Essa área, especificamente, passa por enorme crise. Segundo a Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB), o volume de investimento no setor no país caiu 31%, entre 2014 e 2019. Se considerado apenas o gasto público, a queda é de 52%.¹ Dessa forma, nos próximos anos, será essencial o emprego de uma regulação por estímulos nessa área, em busca da retomada econômica que tem enorme potencial de criação de empregos.² Em um cenário de crise, marcado pela inflação, potencializado por um governo, que nos últimos quatro anos pouco fez pela população, a criação de empregos é essencial.

Assim, o modelo de regulação ideal, além de impor determinados padrões, deve induzir o comportamento dos agentes privados em direção a práticas socialmente desejáveis. Para tanto, pode lançar mão de mecanismos de coordenação estratégica de interesses e estabelecimento de sistemas de incentivo que chamem o particular a colaborar com as políticas públicas ESG. Nesse contexto, as contratações públicas possuem enorme potencial. Por isso, foram inseridas diversas medidas na Nova Lei de Licitações, visando estimular o papel regulatório do processo licitatório.

¹ HIRATA, Táis. Construtoras da Lava Jato tentam se reerguer. *In*: Valor Econômico. São Paulo: 28 mai. 2021. Disponível em:<<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/05/28/construtoras-da-lava-jato-tentam-se-reerguer.ghml>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

² MEDEIROS, Cláudio. O investimento em infraestrutura é vacina para vencer o desemprego. 28 mai. 2021. Disponível em:<<https://exame.com/bussola/o-investimento-em-infraestrutura-e-vacina-para-vencer-o-desemprego/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

De tal modo, torna-se ainda mais relevante a utilização dos projetos públicos de infraestrutura, que vêm sendo executados crescentemente via contratos de concessão e parcerias público-privadas, como ferramentas de incentivo à promoção de critérios de sustentabilidade, sociais e de governança, também chamados de ESG, que, conforme leciona Yun Ki Lee, “pode ser uma ponte capaz de vencer níveis de desigualdades e mobilizar empresas e pessoas na luta para superar as lacunas sociais, econômicas, éticas e ambientais”.³

O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas das Nações Unidas (IPCC) afirma que as atividades humanas, ao causar cerca de 1,0° C de aquecimento global acima dos níveis pré-industriais e com uma variação provável de 0,8° C a 1,2° C, torna provável que o aquecimento global atinja mais 1,5° C, entre 2030 e 2052, caso continue a aumentar no ritmo atual.⁴

Essa mudança climática se apresenta, também, nos grandes desastres ambientais que se tornaram cada vez mais frequentes e afetam, majoritariamente, os mais pobres. Essa realidade fica ainda mais clara, quando analisados os deslizamentos de terra e as enchentes que afetaram, em 2022, Petrópolis, Pernambuco, Minas Gerais e Bahia, e atingiram os moradores de encostas, áreas sujeitas às enchentes ou expostas a outros riscos climáticos.⁵ De acordo com o IBGE, essas áreas são ocupadas por mais de 9,5 milhões de brasileiros, que vivem constantemente expostos a desastres.⁶

Em recente estudo da UNICEF foi constatado que os mais afetados pela crise climática são as mulheres, indígenas e as crianças, o que demonstra a intrínseca relação entre ambiental e social, trazida pelo ESG. A organização

³ LEE, Yun Ki; SILVEIRA, Santamaria Nogueira. O ESG, a COP 27 e o futuro que queremos. *In*: Jota. 05 set. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/praticas-esg/o-esg-a-cop-27-e-o-futuro-que-queremos-05092022>>. Acesso em 21 nov. 2022.

⁴ IPCC. *Aquecimento Global de 1,5° C*. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/07/SPM-Portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

⁵ LEE, Yun Ki; SILVEIRA, Santamaria Nogueira. O ESG, a COP 27 e o futuro que queremos. *In*: Jota. 05 set. 2022

⁶ IBGE. *População em áreas de risco no Brasil/2010*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/geociencias/informacoes-ambientais/estudos-ambientais/21538-populacao-em-areas-de-risco-no-brasil.html?=&t=acesso-ao-produto>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

criou, inclusive, o Índice de Risco Climático das Crianças, que mapeia os impactos que os estresses ambientais causam às crianças, expostas às vulnerabilidades físicas e fisiológicas.⁷

Ademais, é importante frisar a relevância do meio ambiente para a soberania brasileira. Há no Brasil excepcional diversidade ecológica, que, atualmente, é explorada por entes externos sem a devida preocupação pela preservação. Nos últimos quatro anos, o desmatamento aumentou exponencialmente⁸, focado na comercialização da madeira para o mercado externo e para a produção latifundiária de produtos como a soja, que nunca chegam às mesas brasileiras.

Dessa forma, mostra-se essencial um redirecionamento da economia nacional, que se adeque às necessidades do planeta e da população, sem comprometer os lucros e a estabilidade do mercado. Mais do que isso, é necessário pensar em formas de tornar a sustentabilidade, por si só, lucrativa, o que passa por um estímulo estatal.

Assim se posicionaram Henrique Meirelles e Gustavo Diniz Junqueira em coluna para o jornal Estado de São Paulo:

“O setor público, por sua própria natureza, trabalha todos os dias com temas ESG por meio de suas ações. O que se espera dos governos é a criação das condições e regulações necessárias para incentivar investimentos e a adoção de boas práticas pelas empresas. Não só: os governos logo serão cobrados a incorporar os princípios ESG na forma de gerir o Estado. Em 2015 a ONU estabeleceu a Agenda 2030, com um conjunto de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que se desdobram em mais de uma centena de metas para que um país seja considerado sustentável, justo e próspero.”⁹

A Startup Seall, que faz gestão estratégica de impacto socioambiental e econômico com base no Retorno Social do Investimento (SROI), uma

⁷ UNICEF. *The Children's Climate Risk Index*. Disponível em: <<https://www.corecommitments.unicef.org/kp/climate-crisis-is-child-rights-crisis.url>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

⁸ PEIXOTO, Roberto. Desmatamento sobe mesmo em unidades de conservação na Amazônia no governo Bolsonaro; veja imagens. *In: G1*. 09 set. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2022/10/09/desmatamento-sobe-mesmo-em-unidades-de-conservacao-na-amazonia-no-governo-bolsonaro-veja-imagens.ghtml>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

⁹ MEIRELLES, Henrique; JUNQUEIRA, Gustavo Diniz. ESG no governa e na gestão pública. *In: Estadão*. 29 jul. 2021. Disponível em: <<https://opinio.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,esg-no-governo-e-na-gestao-publica,70003792868>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

ferramenta usada em todo o mundo e que mensura o “valor” dos impactos nas pessoas e nas organizações, realizou estudo acerca das concessões de rodovias federais que estão no Programa de Parceria de Investimentos (PPI) e demonstrou que, se elas seguirem modelos ESG, o retorno à sociedade seria de 400 bilhões de reais.¹⁰ Para tanto, a empresa analisou pontos como:

a) a redução de acidentes e, por consequência, queda do custo do SUS em tratar acidentados e da Previdência em pagar por afastamentos ou pensões por mortes;

b) a redução de danos materiais e despesas de assistência veicular do usuário do veículo e de emissões de gases de Efeito Estufa;

c) arrecadação de impostos e pedágios; e

d) a redução do investimento direto de recursos públicos na rodovia e possibilidade de aplicar os recursos em outras demandas sociais.

Dessa forma, o trabalho se propõe a estudar os contratos de concessão como meios de implementação de políticas públicas em prol do desenvolvimento sustentável através da inclusão de cláusulas ESG nos contratos. Para tanto, no primeiro capítulo foi realizada extensa análise o instituto das concessões no Brasil e das licitações que as precedem. Já o segundo capítulo aborda o desenvolvimento sustentável e a lógica ESG. Por fim, o capítulo três trata da concessão de infraestrutura ESG e sua capacidade de implementar políticas públicas perenes, para o desenvolvimento sustentável.

¹⁰ GOULART, Josette. Concessões de rodovias federais com ESG podem gerar R\$ 400 bilhões. *In*: Veja. 20 set. 2021. Disponível em:<<https://veja.abril.com.br/coluna/radar-economico/concessoes-de-rodovias-federais-com-esg-podem-gerar-r-400-bilhoes/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

CAPÍTULO I - O INSTITUTO DAS CONCESSÕES NO BRASIL

1.1. Um breve histórico da intervenção do Estado no domínio econômico

A estrutura do Estado Democrático de Direito, como se configura em 2022, é fruto de um longo processo histórico que possibilitou a criação de institutos de privatização, em seu sentido amplo, conceito que será aprofundado ao longo do trabalho. Esse processo se relaciona diretamente com os conceitos de bens e serviços públicos, já que ao longo do tempo os poderes do Estado e seu nível de intervenção na economia se alteraram significativamente, alternando entre monopólios estatais e distanciamento extremo do Estado das atividades econômicas realizadas por entes privados.

Na Antiguidade, em Roma, já havia a ideia de público e privado. Assim, cabia ao ente público, ou seja, às instituições de comando, o poder de impor limites aos particulares, para que estes zelassem pela coisa pública, o que incluía a organização de serviços destinados à satisfação das necessidades essenciais para a população.¹¹

Com a queda do Império Romano, o Feudalismo se instaurou na Europa, marcado pela descentralização de poder. Nessa estrutura, os cidadãos passaram a jurar lealdade a um senhor feudal, que controlava pequenos territórios¹², em torno do qual se organizavam politicamente. De tal modo, em troca da proteção e da utilização do solo, os cidadãos repassavam parte de sua produção agrícola e se comprometiam a participar do grupo de proteção do feudo.

Apesar de a estrutura feudal ser fundada numa relação de subordinação ao senhor feudal, havia necessidades de toda a coletividade que deviam ser supridas em prol da vida dos vassalos, especialmente para que a

¹¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4ª Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição do Kindle. Locais do Kindle 1052-1056.

¹² DUVERGER, Maurice. *Sociologia da política*. Tradução Antônio Gonçalves. Coimbra: Almedina, 1983. *Apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4ª Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição do Kindle. Locais do Kindle 1897.

realização das atividades econômicas agropecuárias por eles desenvolvidas fosse possível. As chamadas “banalidades”¹³ eram fonte complementar de renda do senhor feudal e, por isso, seu monopólio, estando os vassallos proibidos de possuir os seus próprios equipamentos análogos ou de utilizar os de outro senhor. De toda forma, os vassallos possuíam dois direitos, que revelam as raízes de alguns dos princípios dos serviços públicos: o de continuidade do funcionamento das “banalidades”, pelo qual, do contrário, estariam liberados para usar instalações de outros feudos, e o da igualdade no acesso ao equipamento e na taxaçaõ, por mais espoliante que essa fosse.

Com a fundação dos primeiros Estado Nacionais, já na estrutura que hoje chama-se de Estado Absolutista, nas palavras de Rogério Emilio de Andrade:

“os recursos originavam-se, sobretudo, de bens e atividades produtivas do Estado. Logo, essas atividades implementadas pelo Estado não se diferenciavam, substancialmente, daquelas desenvolvidas por empresários ou proprietários privados (...). Funda-se, por conseguinte, o Estado-Patrimonial sobre um sistema cujos recursos necessários ao seu sustento eram provenientes de sua própria atividade produtiva de bens para o mercado”.¹⁴

Ademais, não havia proteção para os indivíduos realizarem suas atividades econômicas, que poderiam ser exploradas pelo Estado, proibindo os particulares de exercê-las. Além disso, as atividades privadas eram monopolizadas por aqueles que já haviam conquistado seu lugar no mercado, através de corporações de ofício. Por isso, era pouco significativo o papel do particular que não estivesse envolvido nessas organizações. Pode-se afirmar que a estrutura socioeconômica seguia, basicamente, a mesma lógica do feudalismo, com exceção da centralização do poder nas mãos do Rei.¹⁵

Foi apenas com o crescimento da burguesia, que ocorreram mudanças significativas na estrutura econômica, já que essa classe não mais se

¹³ Banalidades eram tributos da época feudal pagos pelo servo para a utilização de bens de propriedade do senhor feudal, especialmente equipamentos e instalações.

¹⁴ ANDRADE, Rogério Emilio de. *O preço na ordem ético-jurídica*. Campinas: Edicamp, 2003. p. 60-61.

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Locais do Kindle 1150-1152.

conformava com o modelo real patrimonialista e com as limitações que lhes eram impostas.¹⁶ Formou-se, então, o Estado Liberal, muitas vezes por via revolucionária, sendo o grande marco dessa mudança a Revolução Francesa. Como leciona Eros Grau, em sua obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*:

“O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno é, por um lado, a divisão do trabalho, por outro, a monopolização da tributação e da violência física. Inicialmente, o rei detinha esses dois monopólios; de monopólios pessoais, monopólios privados, portanto, se tratava. A Revolução Francesa permitiu a sua abertura, de modo que, perecendo a monarquia, os monopólios da força física e da tributação foram transferidos ao controle institucionalmente garantido de amplas classes sociais.

Na monarquia absoluta o governo (= monopólios da violência e da tributação) consistia em um monopólio pessoal de um único indivíduo. Com a emergência do Terceiro Estado, a burguesia, ter-se-ia operado a transformação dos monopólios pessoais em monopólios públicos, no sentido institucional.”¹⁷

Nessa nova estrutura, portanto, o poder era limitado pela vontade da burguesia, através de dos seus representantes eleitos para o Parlamento, e por normas constitucionais.¹⁸

Como ensina Rafael Carvalho Rezende Oliveira, as limitações ao poder estatal e a proteção dos cidadãos podem ser justificadas por três conquistas revolucionárias:

a) Princípio da legalidade: submissão do Estado à lei (Estado de Direito), deixando de lado a liberdade absoluta e arbitrária do Antigo Regime, substituindo-se o governo dos homens pelo governo das leis;

b) Princípio da separação de poderes: mecanismo de limitação do exercício do poder estatal, uma vez que evitava a concentração de poderes nas mãos de um mesmo órgão;

¹⁶ Ibid. Locais do Kindle 1150-1152.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 14

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Locais do Kindle 1152-1153.

c) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: consagra direitos fundamentais que são oponíveis ao Estado.¹⁹

A grande mudança constitucional trazida pelo Estado Liberal é a inserção de previsões econômicas. Até esse momento, as Constituições possuíam algumas normas de conteúdo econômico, mas não eram dotadas propriamente de uma Constituição Econômica ou Ordem Constitucional Econômica, entendida esta como o conjunto sistemático de normas constitucionais que definem de maneira orgânica e finalística a forma da economia de determinado país, que nada mais é do que o ajuste entre a oferta e a procura.²⁰

Apesar de o Estado Liberal ter significado um grande desenvolvimento nos direitos individuais, como mencionado anteriormente, por limitar o controle do Estado estabelecendo a ele deveres de abstenção, a estrutura social foi centrada em uma lógica individualista, excluindo inclusive as atividades de assistência social realizadas por corporações e demais grupos intermediários, inclusive religiosos. Como ensina Paulo Bonavides, o Estado Liberal possuía:

“inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. Ladeava a sociedade do Estado para conservá-la como esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista. À Constituição cabia tão somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal dos seus poderes e respectivas competências”.²¹

Ademais, o Estado passou a proteger os interesses da burguesia, ao invés da nobreza, e aplicou de maneira deturpada os ideais liberais de liberdade, igualdade e fraternidade. Como ensina Eros Grau, de forma contraditória, a liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência, já que com o fim das corporações, que criavam um domínio pela tradição, firmou-se a

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Organização Administrativa*. 4ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Edição Kindle. p. 8.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Locais do Kindle 1275-1279.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005; 25ª ed., 2010.

hegemonia do capital. De forma igualmente ilusória, a dita igualdade foi estabelecida em níveis meramente formais e a fraternidade falhou em se estabelecer numa sociedade marcada pela competição e pelo egoísmo como motores da atividade econômica.²²

Ademais, a opção pelo voto censitário fez com que os representantes eleitos defendessem os interesses daqueles que possuíssem renda suficiente para ter direitos políticos. Por isso, as decisões foram centradas nas prioridades desse grupo, que seria beneficiado pela construção da infraestrutura necessária para o progresso dos negócios, como estradas, meios de transporte e de comunicação, instalação de redes de distribuição de energia elétrica etc.²³

Dessa forma, houve um vácuo de cuidado com determinados setores da população que viviam na miséria. Conseqüentemente, o Poder Público acabou tendo que criar um certo aparato para suprir o espaço deixado pelos entes intermediários, protegendo, no entanto, mais os interesses dos mais abastados financeiramente, que eram indiretamente prejudicados, do que propriamente dos necessitados.

Nesse contexto, surge a noção sociológica, ainda não jurídica, do que é o serviço público. Assim, as atividades de prestação individual desenvolvidas pelo Estado eram basicamente de três espécies:

- a) As funções típicas de Estado, como a jurisdição;
- b) as de cunho assistencial, não titularizadas com exclusividade pelo Estado e prestadas sem remuneração ou com remuneração bem abaixo do custo, já que o seu objetivo principal era o de atender as pessoas sem condições para obter os mesmos serviços da iniciativa privada; e
- c) as atividades de cunho econômico propriamente dito, ou seja, que podem ser exploradas com fins lucrativos, consistentes na maioria das vezes na exploração de infraestruturas.²⁴

²² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 23

²³ *Ibid.* p. 19

²⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Locais do Kindle 1186-1194.

No tocante às atividades sociais desempenhadas pelo Estado Liberal, nas palavras de Alexandre Aragão:

“a falta de tradição de sua prestação pelo Estado fez com que não fossem consideradas, em sentido estrito, como atividades públicas: sua prestação pela Administração Pública deveria suprir a ausência da iniciativa privada; por isso, o Estado não se atribuiu a titularidade delas, nem o monopólio na sua prestação, admitindo que também pudessem ser prestadas por sujeitos privados”.²⁵

Já no âmbito da atuação propriamente econômica do Estado Liberal, a construção das infraestruturas e a sua conseqüente exploração econômica enfrentavam sérios empecilhos teóricos e ideológicos pois, ao contrário das atividades de assistência social, eram potencialmente lucrativas, e, portanto, segundo a teoria liberal clássica, deveriam ser atribuídas à iniciativa privada.

Como ensina Aragão, as dificuldades ideológicas com a *publicatio*²⁶ foram contornadas por dois “artifícios teóricos” que renderam frutos para o Direito Administrativo:

a) A crença na incapacidade e inaptidão empresarial do Estado foi remediada pela técnica da concessão, pela qual o Estado seria o titular da atividade, que seria realizada de fato por empresas privadas;

b) a ideia de que o Estado seria incompetente para realização de atividades de econômicas foi contornada pelo uso de noções de Direito Civil, eis que, como a maior parte desses serviços se realizava sobre bens imóveis de propriedade pública, como ruas e estradas, o poder público poderia realizá-los, posto que o proprietário tem poder sobre as atividades desenvolvidas em seus bens.²⁷

De acordo com Alexandre Aragão, a grande transformação do Estado em relação à economia se deu a partir do advento do sufrágio universal, ou seja, da concessão de poder político aos indivíduos integrantes de todas as classes sociais, independentemente de sua renda, dando origem ao “Estado

²⁵ ASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. V. II, p. 302.

²⁶ Passagem à titularidade do Estado.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Locais do Kindle 1225-1229.

Pluriclasse”.²⁸ Foi a participação de todas as classes sociais e, portanto, de todos os interesses no processo político-eleitoral que gerou enormes alterações nas funções do Estado e no Direito, já que, pela primeira vez na história, os interesses de diferentes classes passaram a ser levados em conta no parlamento e, conseqüentemente, pelas políticas estatais.

Nesse contexto, houve uma considerável mudança nos fins das atividades realizadas pela Administração Pública, especialmente nas atividades assistenciais do Estado que até então eram exercidas como uma espécie de caridade ou como forma de evitar o “inconveniente” de miseráveis pelas cidades. Com a ampliação dos direitos políticos a mais classes sociais, essas atividades passaram a ser vistas como direitos de cidadania, muitos de sede constitucional. Já as atividades econômicas remuneradas exploradas diretamente pelo Estado, passaram a ser funcionalizadas por interesses de todas as camadas sociais e por interesses estratégicos nacionais. A responsabilidade do Estado por algumas dessas atividades passou inclusive a ser determinada constitucionalmente em muitos países.²⁹

A crise do Estado Liberal, apesar dos ajustes já previamente realizados, restou por fim evidenciada pela Grande Depressão, iniciada em 1929, que tem como uma de suas causas a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque. Ficou clara, naquele momento, a incapacidade de o mercado se reerguer sozinho e a necessidade de uma maior regulação estatal, de modo a evitar a repetição dos fatos que levaram à crise, o que justificou a instituição pelo Presidente Franklin D. Roosevelt de programas estatais de caráter intervencionista, como o *New Deal*.

Com o surgimento do Estado Social de Direito, também chamado de *Welfare State*, após a Segunda Guerra Mundial, a intervenção estatal na economia e nas relações sociais ganhou força, minimizando algumas mazelas da época liberal. A ampliação dos serviços públicos exigiu uma atuação mais ágil e eficiente do poder público, fazendo-o adotar modelos e instituições

²⁸ Ibid. Locais do Kindle 1239-1244.

²⁹ Ibid. Locais do Kindle 1271-1275.

típicas do cardápio do Direito privado. Maria João Estorninho afirma que uma consequência fundamental do alargamento das atividades estatais durante o Estado Social é o fato de a Administração Pública “passar a utilizar o meio de atuação mais típico do Direito Privado, o contrato.”³⁰

Como ensina Juan Carlos Cassagne, esse período foi marcado pelo que ele chama dos quatro pilares do estatismo. São eles:

- a) A supra dimensão das estruturas administrativas e o consequente aumento da burocracia;
- b) as abundantes e excessivas regulações que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais fundamentais;
- c) a configuração de monopólios legais a favor do Estado; e
- d) a participação estatal exclusiva ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais.³¹

Como leciona Di Pietro:

“a forma de organização burocrática, concebida como a mais adequada para assegurar a especialização (por meio da organização em carreira), a hierarquização (que permite atuação homogênea), a subordinação à lei e, como consequência, a impessoalidade, acabaram por produzir um desequilíbrio entre os Poderes, especialmente entre o Legislativo e o Executivo.”³²

A necessidade de desburocratização da Administração Pública, com o intuito de agilizar a atuação estatal e torná-la eficiente acarreta, então, o “retorno do pêndulo”, ou seja, o Estado devolve aos particulares diversas tarefas, especialmente as de caráter econômico, e entrega, inclusive, tarefas que até então eram exclusivamente desempenhadas pelo poder público, através da privatização de serviços públicos.

Nesse contexto foi forjado o conceito de Estado Democrático de Direito, que, como discorre Di Pietro,

³⁰ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da actividade de Direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 42.

³¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição do Kindle. p. 12.

“sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser também Estado Democrático. (...) Não que o princípio democrático já não fosse acolhido nas concepções anteriores, mas ele passa a ser visto sob nova roupagem. O que se almeja é a participação popular no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública.”³³

Quanto à ordem econômica, essa nova estrutura é marcada especialmente pelo princípio da subsidiariedade do Estado, assim cunhado por Juan Cassagne, que estabelece o papel subsidiário do Estado em relação aos particulares, ou seja, sua atuação deve limitar-se aos âmbitos em que o particular não é capaz de atuar ou não o deseja. Assim, afirma Franco Fratinni, que a subsidiariedade opera tanto como limite à intervenção do poder público nas relações com particulares, quanto como impulso à ação de sustento às coletividades mais fracas, exigindo a ativação de instrumentos de redistribuição social da riqueza.³⁴

1.1.1. O contexto brasileiro

O Brasil passou pelo processo histórico até aqui descrito de forma consideravelmente diferente, já que se tratou de uma colônia durante mais de 300 anos. Assim, durante os períodos Colonial e do Império, surgiram as primeiras formas de organização propriamente dita de serviços públicos, marcadas por algumas características específicas, como leciona Aragão:

- a) Elevado patrimonialismo, que em muitos casos chegava ao ponto de a instalação de serviços pelo Estado visar tão somente à satisfação do interesse particular de determinada pessoa, sequer tendo em vista a Coroa ou as classes da nobreza ou da burguesia em seu conjunto;
- b) improviso na criação de estruturas prestacionais, muitas vezes iniciadas em propriedades privadas pelo próprio particular;
- c) poucas definições jurídicas, legislativas ou jurisdicionais quanto aos direitos e deveres das partes dos contratos de concessão; e

³³ Ibid. p. 14

³⁴ FRATTINI, Franco. *Relazione introduttiva. Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*. San Marino: Maggioli Editore, 1997.

d) utilização da prestação de serviços públicos como mecanismo eleitoral de conquista de votos.³⁵

Esse processo é estimulado pela vinda da Corte de Dom João VI para o Brasil, quando se começou a pensar sobre os serviços públicos de infraestrutura urbana. A nobreza portuguesa, não suportando a insalubridade do Rio de Janeiro, pressionou o Rei para que tomasse providências. O Rei, sem recursos para financiar as infraestruturas, apelou para os traficantes de escravos, que possuíam recursos, mas nenhum status, o que o Rei poderia oferecer-lhes.³⁶

Já no Império, foram feitas as primeiras concessões, ainda baseadas na ideia de concessão para utilização do domínio público, sobretudo de ferrovias.³⁷ O primeiro marco legal brasileiro sobre concessões foi a Lei Geral nº 641, de 1852, que autorizava o Governo Federal a conceder a construção e exploração de uma ferrovia entre as províncias do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, estabelecendo cláusulas básicas como prazo de noventa anos para o “privilégio” de não haver outras linhas em trinta e um quilômetros de cada lado, cessão gratuita dos terrenos públicos necessários à construção da linha de ferro, poder de desapropriação sobre terras particulares, direito de cobrar tarifa em valor não superior ao cobrado anteriormente nos demais meios de transporte, fixada em comum acordo com o Governo, entre outros.

A superação do liberalismo oitocentista no Brasil, entretanto, deu-se apenas com o advento do Estado Novo, em que os serviços públicos, acompanhando o aumento da intervenção estatal nas atividades econômicas em geral, receberam grande atenção do Governo, inspirado pelo nacionalismo que desconfiava das multinacionais delegatárias dos serviços públicos e pelos conflitos com elas sobre os critérios de reajuste dos valores

³⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Locais do Kindle 1626-1634.

³⁶ *Ibid.* Locais do Kindle 1626-1634.

³⁷ *Ibid.* Locais do Kindle 1635-1649.

das tarifas pela chamada “cláusula-ouro”, iniciou o grande processo de estatização da prestação dos serviços públicos no Brasil.³⁸

Com a ditadura militar implantada no País em 1964, por vinte anos o modelo estatizante foi mantido e ampliado, tanto na área dos serviços públicos, como das atividades econômicas em geral, muitas vezes por meio da participação societária do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE).

Apenas a partir da década de oitenta do século XX, dentro da onda mundial de desestatizações, privatizações e liberalizações, fortalecida pelo elevado déficit público e pela ideia de o setor público ser menos eficiente, o Estado brasileiro vendeu à iniciativa privada grande parte das suas empresas que exploravam atividades econômicas *stricto sensu* e delegou ainda muitos dos serviços públicos que eram prestados por sua Administração Direta ou Indireta.³⁹ O principal marco desse processo foi o Plano Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031 de 1990.

Um ponto de partida foi a crise instaurada no final da ditadura militar, que apenas se agravou ao longo da década de 1980 e início de 1990. Assim, como ensina Di Pietro, o instituto da privatização, em sentido amplo, conceito que será aprofundado em seguida, surge como uma solução para reduzir o aparelhamento administrativo, já que a Constituição Federal atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento.⁴⁰

1.2. Privatizações: sentido amplo x sentido restrito

As privatizações podem ser tratadas na Doutrina de duas formas distintas, a ampla e a estrita. No primeiro caso, é definida por Jaime Rodriguez-Arana:

“como um conjunto de decisões que compreendem, em sentido estrito, quatro tipos de atividades. Primeiro, a desregulação ou

³⁸ Ibid. Locais do Kindle 1705-1717.

³⁹ Ibid. Locais do Kindle 1815-1822.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. p.33.

liberação de determinados setores econômicos. Segundo, a transferência de propriedade de ativos, seja através de ações, bens etc. Terceiro, promoção da prestação e gestão privada de serviços públicos. E, quarto, a introdução de mecanismos e procedimentos de gestão privada no marco das empresas e demais entidades públicas”⁴¹.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro aplica o conceito de privatização ampla ao contexto brasileiro, ao lecionar que esse abarca todas as medidas que buscam reduzir o tamanho do Estado, incluindo:

- “a) a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico ou, pelo menos, a mudança na forma de regulação);
- b) a desmonopolização de atividades econômicas;
- c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização);
- d) a procura pelas formas privadas de gestão, como a concessão de serviços públicos e, mais recentemente, as parcerias público-privadas (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo), além de obras públicas e várias modalidades de concessões para exploração de bens públicos;
- e) os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização; atualmente fala-se em consensualização para designar a tendência de buscar as fórmulas contratuais em substituição ou em acréscimo à atuação unilateral e autoexecutória da Administração Pública;
- f) a liberalização de serviços públicos, em movimento inverso ao da *publicatio*; por outras palavras, atividades antes assumidas como serviços públicos perdem essa qualidade, passando a ficar abertas à livre-iniciativa; trata-se de privatização da própria atividade.”⁴²

A privatização no sentido estrito, por outro lado, abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado e é disciplinada, no direito brasileiro, pela Lei nº 9.491, de 09, de setembro de 1997.

⁴¹ RODRIGUES-ARANA, Jaime. *La privatización de la empresa pública*. Madrid: Montecorvo, 1993.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública...* p.35.

O conceito de privatização em sentido estrito, aparece em *Le nouveau petit Robert*, de 1994, no verbete privatizar:

“transferir ao setor privado (uma atividade afeta até então ao setor público). Privatizar um setor da economia. Transferir a acionistas privados a propriedade das participações majoritárias detidas pelo Estado no capital de uma empresa. Privatizar uma empresa nacionalizada. Desnacionalizar, desestatizar”⁴³

1.3. A licitação como princípio constitucional

José Roberto Dromi define a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.⁴⁴

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles define licitação como:

“antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa de direito.”⁴⁵

A Lei nº 8.666 de 1993, posteriormente revogada pela Lei nº 14.133 de 2021, trouxe à legislação brasileira uma nova definição de licitação que complementa a lecionada pelos autores clássicos, como o procedimento prévio à celebração dos contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, promover o desenvolvimento nacional sustentável e garantir a isonomia entre os licitantes. A Lei nº 14.133 de 2021 manteve conceito muito similar, mas inseriu como objetivo do processo licitatório evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos.

⁴³ Ibid. p.7.

⁴⁴ DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª Ed. atual até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo, Malheiros, 2016.

As normas gerais de licitação têm seu fundamento na própria Constituição Federal que, no inciso XXI, do artigo 37, prevê a obrigatoriedade da licitação ao estabelecer que:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Já no artigo 175 da CRFB está preceituado que a prestação de serviços públicos será responsabilidade do Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão. A Constituição estabelece, ainda, nos artigos 22 e 173, respectivamente, a competência exclusiva da União para legislar acerca do tema e que lei deverá reger o processo licitatório a ser realizado por empresa pública ou sociedade de economia mista.

Dessa forma, a obrigatoriedade da realização de licitação prévia à contratação pública é prevista constitucionalmente e apenas admite poucas exceções previstas em lei. O objetivo dessa medida é garantir a proteção do interesse público através da competitividade entre diversos entes econômicos, o que gera, a princípio, a escolha da proposta mais vantajosa. Como ensina Gilmar Mendes, ao tratar do princípio da impessoalidade na Constituição Federal:

“A Constituição Federal também prevê a necessidade de certame licitatório para a contratação com o Poder Público – art. 37, XXI –, tudo para obviar escolhas não juridicamente justificáveis, realizando, desta forma, o princípio da impessoalidade, que também se aplica às hipóteses de permissões e concessões de serviços públicos (art. 175 da CF/88).”⁴⁶

Dessa forma, a obrigatoriedade da licitação não é mera burocracia, mas sim uma forma de o constituinte garantir a aplicação dos princípios da administração pública, em especial o princípio da impessoalidade, nas

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Edição Kindle. Posição Kindle 1644-1645,

contratações. Esse tema foi tratado no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.923/DF, que tratava do regime das organizações sociais. Por maioria, o Tribunal Pleno da Corte julgou procedente o pedido para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 24, XXIV, da Lei de Licitações e Contratos, que prevê hipótese de dispensa de licitação para a celebração de contratos de gestão entre organizações sociais e o Poder Público. O voto condutor, de lavra do Min. Luiz Fux, consignou que

“a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei n. 8.666/93.”⁴⁷

Em 2021 o tópico da obrigatoriedade voltou à pauta no julgamento da ADI 2.946/DF que discutia a constitucionalidade da transferência de concessão. A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, em 2003, que argumentava que essa transferência violaria o artigo 175 da Constituição, que proíbe que haja concessão sem prévio procedimento licitatório. Ao fim, esse posicionamento foi vencido e o STF firmou o seguinte entendimento:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Vício inexistente. Isonomia e impessoalidade. Princípios correlatos do dever de licitar. Ofensa não configurada. Caráter personalíssimo ou natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos. Superação da tese. Finalidades do procedimento licitatório. Seleção da proposta mais vantajosa, com respeito à isonomia e à impessoalidade. Garantia institucional. Possibilidade de alteração contratual objetiva e subjetiva. Concessões

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF. Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17 nov. 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308380793&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2022.

públicas. Peculiaridades. Caráter dinâmico e incompleto desses contratos. Mutabilidade contratual. Pressuposto de estabilidade e segurança jurídica das concessões. Finalidade da norma impugnada. Medida de duplo escopo. Transferência da concessão X subconcessão dos serviços públicos. Distinção. Formação de relação contratual nova. Improcedência do pedido.

1. A concepção de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza intuitu personae “reflete uma transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente” (JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005).

2. Em nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha. Como regra geral, as características pessoais, subjetivas ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato.

3. O princípio constitucional da impessoalidade veda que a Administração Pública tenha preferência por esse ou aquele particular. Então, a identidade do particular contratado não é relevante por si mesmo, devendo ser considerada apenas e tão somente na justa medida em que representa o preenchimento dos requisitos objetivos e previamente definidos, previstos na lei e no edital do certame.

4. É a proposta mais vantajosa que, *prima facie*, vincula a Administração. Mantidos seus termos, não se pode afirmar que a modificação do particular contratado implica, automática e necessariamente, burla à regra da obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos, mormente nos casos de concessão, dada a natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a necessidade de se zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos.

5. Tendo em vista que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos, só é possível cogitar a estabilidade econômica e segurança jurídica das relações e situações a ela relacionadas a partir da mutabilidade contratual. Desse modo, considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural – e até salutar – que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual. As transferências da concessão e do controle societário da concessionária, previstas no dispositivo legal impugnado, são exemplos de institutos dessa natureza.

6. Os contratos de concessão seguem uma modelagem própria e inovadora, distinta do padrão de contratação previsto na Lei nº 8.666/93. Não há na Constituição brasileira de 1988 fundamento que ampare a suposição de uniformidade do regime nuclear dos contratos públicos. Existem regimes diversos de contratação administrativa que convivem paralelamente e de forma pontualmente subsidiária, não havendo embates entre os modelos

previstos nas Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95. 7. A norma impugnada é uma “via de mão dupla”, porque, “por um lado, busca equacionar a rigidez do contrato com a dinâmica do mundo negocial (...); por outro, assegura à Administração Pública o controle da regularidade desse ato”. Trata-se de norma de duplo escopo, que institui a anuência da Administração Pública como relevante prerrogativa de verificação da regularidade da avença havida entre particulares, em prol do interesse público. 8. Mesmo no tocante aos serviços públicos, a exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível. Ao contrário. Os comandos constitucionais inscritos no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, caput, a par de estipularem, como regra, a obrigatoriedade de licitação, não definem, eles próprios, os exatos contornos do dever de licitar, cabendo ao legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização. Há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de privilegiar a escolha legislativa, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia da licitação. 9. Do cotejo da norma impugnada com o parâmetro constitucional de controle, verifica-se que eles se referem a momentos distintos da contratação, possuindo diferentes âmbitos de incidência. O art. 175 da Constituição exige a realização de licitação para a outorga inicial da prestação dos serviços públicos a particulares. Enquanto isso, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 só se aplica após licitada a prestação do serviço público e formalizado o respectivo contrato de concessão. É no decorrer da execução contratual, e havendo anuência do poder concedente, que se procede à transferência da concessão ou do controle societário. 10. O ato de transferência da concessão e do controle societário da concessionária, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.987/95, não se assemelha, em essência, à subconcessão de serviço público prevista no art. 26 do mesmo diploma, justificando-se o tratamento legal diferenciado. Diversamente da transferência da concessão ou do controle acionário, que não dá início a uma relação jurídico-contratual nova e mantém intacta a base objetiva do contrato, a subconcessão instaura uma relação jurídico-contratual inteiramente nova e distinta da anterior entre o poder concedente e a subconcessionária. 11. Na espécie, não se constata a alegada burla à exigência constitucional de prévia licitação para a concessão de serviços públicos, constante do art. 175 da CF, a qual é devidamente atendida com o certame levado a cabo para sua outorga inicial e cujos efeitos jurídicos são observados e preservados no ato de transferência mediante a anuência administrativa. Também não se pode cogitar afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. No procedimento licitatório, a isonomia se concretiza ao se proporcionar a todos os particulares interessados em contratar com a Administração a faculdade de concorrerem em situação de igualdade. A impessoalidade, por sua vez, decorre da observância de regras objetivas e predefinidas na lei e no edital do certame para a seleção da proposta mais vantajosa, bem como para o escrutínio das características inerentes ao futuro contratado. 12. Não faz sentido exigir que o ato de transferência

do art. 27 da Lei nº 8.987/95 observe os princípios da isonomia e da impessoalidade. A anuência é matéria reservada ao Administrador e pressupõe o atendimento de requisitos bem específicos. A par disso, a operação empresarial sobre a qual incide a anuência é, tipicamente, um negócio jurídico entre particulares e, como tal, é disciplinado pelo direito privado. O concessionário, como agente econômico que é, pode decidir sobre seus parceiros empresariais conforme critérios próprios. Não há, portanto, espaço para aplicação dos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais são típicos da relação verticalizada que possui uma entidade estatal em um dos polos.⁴⁸

Dessa forma, ficou estabelecido que há exceções à obrigatoriedade da licitação, porém apenas as previstas em lei, como a transferência de concessão, estabelecida no artigo 27 da Lei nº 8.987/1995.

Com base na obrigatoriedade do processo licitatório prevista na Constituição Federal e na competência da União para legislar acerca das normas gerais de licitação, foi editada a Lei nº 8.666/1993

Nas palavras de Marçal Justen Filho,

“pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta), atinente à disciplina de:

- a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa;
- b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação;
- c) requisitos de participação em licitação;
- d) modalidades de licitação;
- e) tipos de licitação;
- f) regime jurídico da contratação administrativa.”⁴⁹

A edição da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), trouxe diversas inovações em relação à Lei nº 8.666/1993, porém muitas delas foram, na verdade, incorporadas de outras normas, como a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), Lei do RDC (Lei nº 12.462/2004), Lei de Concessão e

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2946. Relator: Ministro Dias Tofolli. Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 mai. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351258793&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2022.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 1998.

Permissão de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995) e na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004). Alguns exemplos podem ser verificados na tabela abaixo.

Tabela 1 – Inovações da Nova Lei de Licitações

Artigos	Inovações na Nova Lei de Licitações
Art. 6º, XXIII	Exigência de termo de referência para contratação de bens e serviços;
Art. 28	Exclusão da tomada de preços e do convite como modalidades de licitação, mantendo apenas o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo;
Art. 11	Ampliação dos objetivos da licitação;
Art. 5º	Ampliação dos princípios da licitação,
	Inversão nas fases de habilitação e julgamento, abrangendo as seguintes fases: preparatória, de divulgação do edital, de julgamento, de habilitação, recursal e de homologação.
Art. 17, § 2º	Preferência pela forma eletrônica para realização do procedimento licitatório;
Art. 23	Indicação de parâmetros para definição do valor da contratação;
Art. 61	Previsão de negociação com o licitante vencedor e com os demais licitantes na fase de julgamento;
Art. 103	Previsão da alocação de riscos, sendo facultativa a sua definição no instrumento convocatório e no contrato;
Art. 135	Possibilidade de repactuação nos contratos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra;
Art. 151	Possibilidade de utilização de meios alternativos de resolução de controvérsias, como a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem;
Art. 174	Criação do Portal Nacional de Contratações Públicas para divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Lei nº 14.133/2021.

Fonte: Elaboração própria

1.3.1. Modalidades de Licitação

A Lei nº 14.133 de 2021 estabeleceu em seu artigo 28, que são modalidades de licitação:

- a) pregão;

- b) concorrência;
- c) concurso;
- d) leilão; e
- e) diálogo competitivo.

Na Nova Lei de Licitações, foram extintas as modalidades “tomada de preços” e “convite” e foram mantidas as modalidades “concorrência”, “leilão” e “concurso”.

Foi incorporada a modalidade “pregão”, antes tratada individualmente na Lei nº 10.520/2002, que agora foi consagrada como a nova “regra” do processo licitatório nacional. Ela será empregada para aquisição de bens e serviços comuns e terá como critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto.

Foi, ainda, criada a modalidade “diálogo competitivo”, dedicada à contratação de obras, serviços e compras, com inspiração no modelo denominado “diálogo concorrencial”, adotado na União Europeia, conforme regulamentação vertida no art. 30º da Diretiva 2014/24/UE8. Esse procedimento conta com duas fases:

(i) Fase do diálogo, na qual a Administração conhecerá as soluções disponíveis e, a partir de conversas e negociações, definirá aquela que lhe é mais vantajosa; seguida da

(ii) Fase competitiva, na qual as empresas que participaram da fase anterior apresentam suas propostas para a solução escolhida.

A fase do diálogo inicia-se com a instauração de uma comissão de contratação e a publicação do edital, que definirá as necessidades da Administração e as condições para a manifestação. Ocorrem, então, reuniões com os interessados, que permitirão que a Administração compreenda as especificidades, as vantagens e as desvantagens das soluções oferecidas, e possa, a partir daí, decidir a solução que entende como a mais vantajosa, encerrando-se, com isso, a fase do diálogo.

A fase competitiva inicia-se com a publicação de novo edital, no qual a Administração especificará o objeto e os critérios de julgamento da melhor

proposta, conforme previsão na Lei. Poderão participar da competição todos os interessados presentes na fase de diálogo.

A outra opção para contratação de obras e serviços é a concorrência, já consagrada pela Lei nº 8.666/1993. Assim, com três opções para licitar obras e serviços, há um impasse acerca da escolha do procedimento. Para selecionar o procedimento ideal, é possível seguir o seguinte passo a passo:

Figura 1 – Contratação pública de obras e serviços



Fonte: Figura retirada de DI PIETRO e Outros (Edição Kindle)⁵⁰

Dessa forma, resta entender o que seria o bem ou serviço comum. Sobre esse tema, o TCU fixou o seguinte entendimento:

“[...] a complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de ‘serviço comum’, mas sim o domínio do mercado sobre o objeto licitado. Caso apresente características padronizadas (de desempenho e de qualidade) e se encontre disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio, o serviço pode ser classificado como serviço comum [...] “bem ou serviço comum” deve ser entendido como aquele que detém características padronizadas, identificável por denominação usual no mercado. Portanto, a noção de “comum” não está vinculada à estrutura simples de um bem ou de um serviço. Do mesmo modo, a estrutura complexa também não é razão bastante, por si só, para retirar a qualificação de “bem ou serviço comum”⁵¹ ...

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Edição do Kindle. p.74.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.046/2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zylmer. Sessão 23 abr. 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1304073/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 28 out. 2022.

1.4. Atual aparato normativo das concessões no Brasil

O conceito de concessão no Direito Administrativo abarca inúmeros sentidos, já que o instituto pode variar conforme o objeto e as características do contrato. Entretanto, todas as versões da concessão são privatizações em sentido amplo que podem ser divididas em duas grandes categorias, conforme ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: as concessões translativas e as constitutivas. Nas palavras do grande mestre, a translativa:

“corresponde a ato administrativo translativo de direito a concessão pela qual o concedente atribui ao concessionário inalterados os poderes e deveres que lhe cabem para exercê-los e cumpri-los em seu lugar, a fim de praticar ato jurídico, como os de serventário de ofício público, ou de construir obra pública, como de retificação de rio, ou de prestar serviço público, como de fornecimento de energia elétrica”⁵²

A concessão constitutiva, por sua vez:

“corresponde a ato administrativo constitutivo de direito a concessão pela qual o concedente delega ao concessionário poderes para utilizar ou explorar bem público, mas os atribui em qualidade inferior e quantidade menor dos que os têm, relativos à exploração de jazidas e fontes minerais, à utilização de terrenos nos cemitérios como túmulos de família, à instalação de indústrias de pesca às margens dos rios”⁵³

Assim, conforme resume Di Pietro, sob o aspecto formal, não há distinção: trata-se, em qualquer das modalidades, de contratos administrativos sujeitos a regime de direito público. Sob o aspecto material, de seu conteúdo, assim se distinguem: na concessão translativa, o Estado delega ao concessionário a execução de um serviço ou obra que seriam de sua atribuição; é uma parcela de poderes, direitos, vantagens ou utilidades que se destacam da Administração e se transferem ao concessionário. Na concessão constitutiva, o Estado consente que o particular se utilize de

⁵² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

⁵³ *Ibid.*

parcela de bem público, mas o direito que o concessionário vai exercer sobre o bem é de natureza diversa daquele que o concedente exerce sobre o mesmo bem; uma pequena parcela do bem é destinada ao uso privativo do concessionário.⁵⁴

Um exemplo marcante da concessão translativa é a concessão de serviço, prevista na Constituição Federal no artigo 175 que preceitua: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”. A modalidade é regulada pela Lei nº 8.987/1995 e pela Lei nº 9.074/1995, com aplicação subsidiária da Lei de Licitações e, dentre os diversos instrumentos de que o Estado lança mão para contar com os privados na consecução de atividades que sejam de seu encargo ou que deseje ver desenvolvidas em prol da coletividade, é a mais antiga e mais frequente.

Ao tratar do conceito da concessão de serviço, em linhas gerais, a Lei de Concessões a definiu como:

“delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”

Nesse sentido, Floriano Azevedo Marques Neto disserta:

“a concessão envolve a noção de cometimento, de atribuição de um plexo de direitos e obrigações a outro ente, conferindo ao receptor a possibilidade de exercer faculdades e prerrogativas que, antes da outorga, não possuía. Por isso, inclusive, as definições de dicionário sempre associam concessão (seja o instituto jurídico, seja o termo em sentido não técnico) à graça, a benefício, a privilégio, à faculdade.”⁵⁵

A lei conceituou ainda a concessão de serviços precedida de obra pública como

“a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. p.77.

⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Edição do Kindle. p.189.

jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”

Assim, é possível licitar o serviço juntamente à obra que será necessária para sua realização. Entretanto, há posicionamentos conflitantes na doutrina acerca da possibilidade da concessão de obra pública sem um serviço atrelado a ela. Acerca do tema, Carvalho Filho disserta:

“Ainda quando o Poder Público contrata particular para tais construções, as atividades delas decorrentes se caracterizam como serviços públicos, ou seja, serviços administrativos de interesse do Estado e da população. Na verdade, deveriam os empreendimentos estar a cargo do Estado, mas, em face da carência de recursos, são cometidos a particulares, que deles se beneficiarão pelo período definido no contrato.”⁵⁶

Flávio Amaral Garcia, por outro lado, defende que seria possível a concessão de uma obra sem que haja a prestação de um serviço público, como nos casos dos estádios, estacionamentos e museus.⁵⁷ Vale pontuar que situação completamente distinta é a que ocorre quando o próprio Estado realiza uma obra para construir um desses bens e decide não explorá-lo e, portanto, transferi-lo a ente particular. Nesse caso, haveria uma concessão de uso de bem público, instituto de natureza diversa do que se prevê na Lei nº 8.987/1995.

Guido Zanobini afirmava que:

“entre os vários títulos pelos quais pode advir ao particular a faculdade de exercitar função ou serviço público, o mais interessante é a concessão, seja pelo seu número e pela importância de sua aplicação, seja pela vastidão de sua disciplina jurídica”.⁵⁸

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 36ª Ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022. Edição do Kindle. p. 731.

⁵⁷ GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 52.

⁵⁸ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 4ª Ed. Milano: Giuffrè, 1955. p. 385.

Essa vastidão, na normativa nacional, é representada por três modalidades distintas. Além da já mencionada concessão de serviços comum, há as chamadas concessões especiais de serviço público, que englobam duas modalidades: concessão administrativa e a concessão patrocinada. As concessões especiais foram denominadas Parcerias Público-Privadas, pela Lei nº 11.079/2004 que as criou.

Apesar de todas serem concessões, há diferenças marcantes entre as três, sendo a principal a remuneração do ente privado, que se dá da seguinte forma:

Tabela 2 – Tipos de Concessão

Tipo de Concessão	Forma de Remuneração
Concessão de serviço comum	a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço; são as fontes de receitas alternativas, acessórias, complementares ou decorrentes de projetos associados
Concessão patrocinada	se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do poder concedente ao concessionário
Concessão administrativa	a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado.

Fonte: elaboração própria.

Os objetos das três modalidades também diferem ligeiramente. Como ensina Carvalho Filho, o objeto da concessão comum pode ser visto sob dois aspectos, um mediato e outro imediato:

“Mediatamente significa a vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público, calcada na necessidade de agilizar a atividade, de conferir maior celeridade na execução e de melhor atender aos indivíduos que a solicitam. O objeto imediato é a execução de determinada atividade

caracterizada como serviço público, a ser desfrutada pela coletividade.”⁵⁹

A Lei nº 9.074/1995 sujeitou os seguintes serviços à concessão comum:

- a) vias federais, precedidas ou não de obra pública;
- b) exploração de obras ou serviços de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, com ou sem obra pública;
- c) estações aduaneiras e outros terminais alfandegários de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, também precedidos, ou não, de obra pública;
- d) serviços postais.

Apesar desse rol, é importante frisar que há outros casos estabelecidos em leis esparsas. A Lei nº 11.284/2006⁶⁰, por exemplo, previu a concessão florestal, que incluída no sistema geral como concessão comum, especificamente como concessão de serviços públicos simples, já que, na maioria dos casos, a delegação se resume à prestação do serviço de gestão da floresta. Ela foi definida em lei como a:

“delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.”

O objeto, por sua vez, é estabelecido no artigo 14 da norma como:

“a exploração de produtos e serviços florestais, contratualmente especificados, em unidade de manejo de floresta pública, com perímetro georreferenciado, registrada no respectivo cadastro de florestas públicas e incluída no lote de concessão florestal.”

Para evitar o uso indevido das florestas, a lei vedou a outorga de alguns direitos, como a titularidade imobiliária, a exploração de recursos

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p.729.

⁶⁰ Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências.

hídricos, minerais, pesqueiros ou da fauna silvestre e o acesso ao patrimônio genético para fins de pesquisa e desenvolvimento. O objetivo da concessão é o que a lei chamou de manejo florestal sustentável, que visa obter benefícios econômicos, sociais e ambientais, inclusive mediante a utilização de produtos madeireiros, com respeito aos instrumentos de sustentação do ecossistema.

Após esse breve desvio, há de se retomar a análise dos objetos das diversas concessões. A concessão patrocinada, assim como a concessão comum, tem como objeto a prestação de serviços ou obras públicas. No caso da concessão administrativa, por outro lado, o objeto é a prestação de serviços, sendo a Administração Pública a usuária direta ou indireta, ainda que seja necessária a execução de obras ou o fornecimento e a instalação de bens. Alguns doutrinadores advogam o entendimento de que o objeto é complexo, envolvendo necessariamente a prestação de um serviço e a execução de uma obra. A doutrina majoritária, entretanto, sustenta não ser necessário objeto complexo, podendo o contrato objetivar somente a prestação do serviço.

Sendo todas as concessões modalidades de contratos administrativos, exigem procedimento licitatório prévio para selecionar a concessionária, regido por edital e que obedeça a todos os princípios mencionados no item 2.3. Apesar de tanto a Lei nº 8.987/95 quanto a Lei nº 11.079/2004 terem estabelecido normas específicas para a licitação, a ambos os casos aplica-se, subsidiariamente, a Lei nº 14.133/2021.

As modalidades de licitação aplicáveis a todas as espécies de concessão são a concorrência e o diálogo competitivo. Por exceção, a Lei nº 9.074/1995 previu também a modalidade de leilão de quotas ou ações nos casos de privatização de pessoas administrativas sob controle direto ou indireto da União, com simultânea outorga de nova concessão ou com a prorrogação das já existentes. É exigível, porém, a observância da necessidade de serem vendidas quantidades mínimas que garantam a

transferência do controle acionário. A regra, entretanto, não se aplica aos serviços públicos de telecomunicações

1.4.1. A Regulação no contexto da despublicização

José dos Santos Carvalho Filho define Estado Regulador como “aquele que, através de regime interventivo, se incumbem de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social.”⁶¹ A base constitucional do Estado Regulador está no art. 174 da CRFB:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Na função de regulador, o Estado pode atuar de três formas distintas: fiscalização, incentivo e planejamento⁶². A função de fiscalização nada mais é do que verificação dos setores econômicos com o objetivo de evitar comportamentos abusivos de particulares. Já o incentivo, que será estudado de forma mais aprofundada nos próximos tópicos, representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, fixando medidas como as isenções fiscais, o aumento de alíquotas para importação, a abertura de créditos especiais para o setor produtivo agrícola e outras do gênero. Por fim, o planejamento, como ensina José Afonso da Silva, “é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos”⁶³.

Dentro da lógica do Estado Regulador a União tem atuado especialmente por intermédio das agências reguladoras, autarquias instituídas diretamente para essa função. A elas cabe também a regulação dos serviços públicos econômicos, quando delegados a empresas privadas, sobretudo através de concessões e permissões de serviços públicos. Apesar

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 1803-1804.

⁶² *Ibid.* p. 1804.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1989.

de a maioria das Agências Reguladoras existirem na esfera da União, os demais entes federativos podem criar suas próprias entidades controladoras visando à regulação de atividades de sua competência constitucional. Atualmente, a maioria dos Estados já possuem suas agências reguladoras próprias.

A figura da Agência Reguladora foi criada nos Estados Unidos da América após o *New Deal*, e, como ensina Cass Sustein, “foi o resultado, em larga medida, da profunda insatisfação com a ordem privada do sistema da *common law* e a distribuição original dos poderes institucionais”.⁶⁴ O Estado, então, utilizou-se do modelo das agências reguladoras para promover uma intervenção na ordem econômica e social, corrigindo as falhas do mercado. Buscava-se, com tal modelo, especializar a atuação estatal e neutralizar a influência política na regulação de setores sensíveis.

Já no caso brasileiro, a década de 1990 apresentou as condições sociais, políticas e jurídicas adequadas para o começo de uma nova era na regulação estatal. Do ponto de vista político, o quadro era propício, em virtude das ideias liberalizantes da economia adotadas e implementadas pelo governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Como tratado anteriormente, nesse período pairava uma insatisfação social com a forma ineficiente de atuação intervencionista do Estado, que não havia conseguido diminuir as desigualdades sociais ou dar fim à crise econômica, marcada pela inflação, o que fortaleceu os ideais de liberalização da economia.

Assim, nesse momento houve uma movimentação para remodelar a estrutura do Estado, reduzindo seu tamanho transferindo inúmeras atividades ao mercado, mas sem que isso significasse um retorno ao modelo clássico do Estado Liberal, pois agora o Estado passaria a exercer seu papel regulador, especialmente através das Agências Reguladoras. Para tanto, foram implementadas diversas modificações na Constituição de 1988 e editadas leis que modificaram a ordem econômica brasileira, em especial as seguintes:

⁶⁴ SUSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo (Org.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 143.

Tabela 3 – Modificações legislativas na ordem econômica brasileira

Legislações	Modificações estabelecidas
Emenda Constitucional n.º 5/1995	estabeleceu a nova redação do art. 25, § 2.º, da CRFB, que permitiu que os Estados-membros concedam às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de gás canalizado;
Emenda Constitucional n.º 6/1995	suprimiu o art. 171 da CRFB, que conceituava a empresa brasileira e admitia a outorga a elas de benefícios especiais e preferências; e alterou a redação do art. 176, § 1.º, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados às empresas constituídas sob as leis brasileiras, não exigindo o controle do capital nacional;
Emenda Constitucional n.º 7/1995	alterou o art. 178 da CRFB, que deixou de exigir que a navegação de cabotagem e interior fosse privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes;
Emenda Constitucional n.º 8/1995	alterou o art. 21, XI, da CRFB, que passou a permitir a delegação dos serviços de telecomunicações às entidades privadas e previu a criação de um “órgão regulador”; essa flexibilização já existia em relação aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
Emenda Constitucional n.º 9/1995	alterou o art. 177, § 1.º, da CRFB, que autorizou a União a contratar de empresas estatais e privadas para executarem diversas atividades ligadas à exploração do petróleo;

Emenda Constitucional n.º 36/2002	modificou o art. 222, § 1.º, da CRFB que passou a admitir a participação do capital estrangeiro, no limite de até 30%, nas empresas jornalísticas e de radiodifusão;
Lei n.º 8.031/1990 (substituída pela Lei n.º 9.491/1997)	instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND).

Fonte: Elaboração própria

Após as referidas alterações legislativas, liberalizando a economia e diminuindo o tamanho do Estado, optou-se pelo modelo centrado nas agências reguladoras, inspiradas no sistema estadunidense, para estabelecer o novo modelo regulatório brasileiro.

Como explanado anteriormente, a Constituição de 1988, em seu art. 174, já previa que o Estado atuaria como agente normativo e regulador da atividade econômica. Complementaram essa previsão as Emendas Constitucionais n.º 8/1995 e 9/1995 que, respectivamente, autorizaram a criação de dois “órgãos reguladores” específicos para os setores de telecomunicações e do petróleo. Assim, a Constituição Federal não optou pelo modelo das agências norte-americanas, mas possibilitou que legislador o adotasse, como o fez.

Foram criadas, por força de Lei, as seguintes agências reguladoras:

Tabela 4 – Legislação criadora das Agências Reguladoras

Lei	Agência Reguladora
Lei 9.427/1996	Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)
Lei 9.472/1997	Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)
Lei 9.478/1997	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)
Lei 9.782/1999	Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)

Lei 9.961/2000	Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)
Lei 10.233/2001	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)
Lei 9.984/2000	Agência Nacional de Águas (ANA)
MP 2.228-1/2001 e Lei 10.454/2002	Agência Nacional do Cinema (ANCINE)
Lei 11.182/2005	Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)

Fonte: elaboração própria

Em razão disso, a professora Di Pietro chama a atenção para o fenômeno da “agencificação”, compreendida como a outorga de função regulatória às agências reguladoras, como uma tendência atual do Direito Administrativo brasileiro.⁶⁵

1.5. O papel da licitação como reguladora do mercado nacional

Nas palavras de Calixto Salomão Filho, a regulação, em sentido amplo, “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia”. A seu ver,

“o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo”.⁶⁶

Na perspectiva ampla mencionada por Salomão, inclui-se a chamada regulação por incentivo, cada vez mais comum no Direito Administrativo brasileiro, que consiste em um sistema de cooperação em que o Estado

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31-33.

⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

estabelece incentivos ao ente privado para que esse se adeque às práticas desejadas. Nesse modelo, conta-se com maior legitimidade ao processo regulatório por contar com uma relação consensual entre o público e o privado, voltado à orientação estatal ao invés da imposição.⁶⁷

Acerca da regulação por incentivo, disserta Carvalho Filho,

“No que concerne ao incentivo – denominado por alguns de “fomento” –, deve o Estado disponibilizar o maior número possível de instrumentos para o desenvolvimento econômico a ser perseguido pela iniciativa privada. Trata-se, na verdade, de estímulo para o desempenho da atividade econômica.”⁶⁸

Essa prática não se aplica apenas aos clássicos instrumentos de incentivo, como benefícios tributários, os subsídios e os empréstimos com condições favoráveis, mas também à atividade licitatória.

A regulação por incentivo através da licitação foi pouco a pouco inserida na legislação pátria, a começar pela Lei nº 8.248/91⁶⁹, que, em seu artigo 3º, estabeleceu que a Administração Pública Federal dará preferência nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. Essas preferências foram posteriormente regulamentadas pelo Decreto nº 7.174/10, que estabeleceu a seguinte ordem de preferência: bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), na forma definida pelo Poder Executivo Federal; bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e bens e serviços produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo Federal. O Decreto estabeleceu, ainda,

⁶⁷ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Migalhas*. 11 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/182325/o-papel-regulatorio-e-de-fomento-das-licitacoes-publicas>>. Acesso em: 28 out. 2022.

⁶⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 1805.

⁶⁹Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências.

uma prioridade no exercício de preferência para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Anos mais tarde, a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, instituída pela Lei nº 12.305/2010, previu em seu art. 7º, inciso XI, dentre seus objetivos, que fosse dada prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis; e bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis. No inciso XIV, foi estabelecido ainda como objetivo da norma o desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético.

Porém, foi a partir da edição da Lei nº 12.349/2010 que surgiu de forma mais concreta a possibilidade de utilização das licitações públicas como importante mecanismo de desenvolvimento nacional sustentável, já que as compras públicas movimentam recursos capazes de repercutir na iniciativa privada. Até esse momento, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública limitava-se a uma avaliação de aspectos meramente econômicos. Entretanto com a inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação, no texto da Lei nº 8.666/1993, houve uma drástica mudança no cenário. Nas palavras de Jéssica Acocella e Juliana Cabral Coelho Rangel,

“A proposta mais vantajosa para a administração pública deixou de ser aquela que apenas demonstrasse possuir a melhor relação direta "custo-benefício" e passou a ser a que também propiciasse, mesmo que a longo prazo, benefícios sociais, ambientais e econômicos duradouros para o país.”⁷⁰

Na mesma norma, a fim de incentivar a indústria nacional, de modo a gerar mais empregos e renda, estimular a inovação tecnológica e aumentar a arrecadação de tributos, dentre outros objetivos, foi incluído o § 5º no artigo

⁷⁰ ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Migalhas*. 11 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/182325/o-papel-regulatorio-e-de-fomento-das-licitacoes-publicas>>. Acesso em: 28 out. 2022.

3º da Lei nº 8.666/93, que previu a possibilidade de se estabelecer, nos procedimentos licitatórios, margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Também foi prevista, no §7º, a possibilidade de se estabelecer margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país. No § 8º do mesmo artigo foi previsto que caberia ao Poder Executivo Federal definir as margens de preferência mencionadas.

Esta regulamentação tem sido implementada para cada tipo de objeto por meio da edição de decretos federais. O primeiro deles foi o Decreto nº 7.546/11, que regulamenta os §§ 5º a 12 do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 e disciplina a aplicação da margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais e de medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou de acesso a condições vantajosas de financiamento.

Posteriormente, para disciplinar a aplicação do referido benefício para aquisição de objetos específicos, foi expedido o Decreto nº 7.709/12, que estabeleceu as margens de preferência para aquisição de motoniveladores e retroescavadeiras, pelo governo federal. Já o Decreto nº 7.713/12, dispôs sobre a aplicação de margens específicas de preferência para aquisição de fármacos e medicamentos manufaturados no país. Ainda no ano de 2012, foram expedidos outros decretos semelhantes, que estabeleceram margens de preferência para a compra de outros produtos, como o Decreto nº 7.756/12⁷¹, o Decreto nº 7.767/12⁷² e o Decreto nº 7.816/12⁷³. Em 2013, no mesmo sentido, foi publicado o Decreto nº 7.903/13, que estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração

⁷¹ Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁷² Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁷³ Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação que menciona. Todos esses decretos, entretanto, foram revogados em 2022 através do Decreto nº 11.045/2022, para atender ao disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95/1998⁷⁴.

A Nova Lei de Licitações trouxe mais avanços nesse tema, tendo mantido todas as previsões inseridas pela Lei nº 12.349/2010 na Lei nº 8.666/1993 ou as ampliado. O objetivo do “desenvolvimento nacional sustentável” se manteve, assim como as preferências de desempate e possibilidade de margens de preferência a empresas, produtos e serviços nacionais e a dispensa de licitação na contratação de associações de portadores de deficiência, instituições dedicadas à recuperação social de presidiários, e cooperativas de catadores de recicláveis.

Ainda no tocante à inclusão de grupos excluídos, a nova lei traz outros avanços. Enquanto a lei antiga previa que licitantes que cumprissem com reserva legal de vagas para portadores de deficiência ou reabilitados da Previdência Social teriam preferência para desempate, e poderiam obter margem de preferência prevista em edital, a nova lei passou a prever que tal critério seja pressuposto para a própria habilitação do licitante, ou seja, requisito de participação na licitação. Além disso, a possibilidade de o edital prever que a mão-de-obra a ser empregada na execução do contrato conte com percentual mínimo de egressos do sistema prisional não só se manteve na nova lei, como se expandiu também para mulheres vítimas de violência doméstica.

Já no âmbito da regulação ambiental, a nova lei inova ao trazer incentivos à preservação do meio-ambiente e promoção da sustentabilidade. Passa-se a prever a possibilidade de margem de preferência

⁷⁴ Os órgãos diretamente subordinados à Presidência da República e os Ministérios, assim como as entidades da administração indireta, adotarão, em prazo estabelecido em decreto, as providências necessárias para, observado, no que couber, o procedimento a que se refere o art. 14, ser efetuada a triagem, o exame e a consolidação dos decretos de conteúdo normativo e geral e demais atos normativos inferiores em vigor, vinculados às respectivas áreas de competência, remetendo os textos consolidados à Presidência da República, que os examinará e reunirá em coletâneas, para posterior publicação.

a bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, critérios de desempate em favor de empresas que comprovem a prática, nos termos da Política Nacional sobre a Mudança do Clima. No mais, é ressaltada a importância do respeito a normas ambientais nas obras e serviços de engenharia, no que tange à disposição final dos resíduos, à mitigação por condicionantes e compensação ambiental, à redução no consumo de recursos naturais, à proteção ao patrimônio cultural e ao impacto de vizinhança nos termos da legislação urbanística.

Como tratado anteriormente, dentre os objetivos da licitação, listados no artigo 11 da Lei 14.133/2021, está incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Essa previsão relaciona-se diretamente ao artigo 23 da Constituição Federal, em que se estabelece como tarefa comum da União, dos Estados e dos Municípios, proporcionar meios de acesso à inovação. Já o art. 218, caput, prescreve que o Estado “promoverá e incentivará” a inovação e seu § 4º impõe à lei apoiar e estimular as empresas que invistam em pesquisa. O art. 219, caput, na mesma linha, declara que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar, entre outras coisas, a “autonomia tecnológica do País”. O parágrafo único reforça o mandamento ao prever que o Estado estimulará o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados. Portanto, ao contratar, cabe aos órgãos estatais estimular a inovação tanto como fomento ao avanço do setor empresarial nacional, quanto como forma de permitir que a Administração Pública absorva novas tecnologias nas tarefas mais diversas e, por conseguinte, aplique-as em favor da coletividade.

1.5.1. O equilíbrio entre a função regulatória da licitação e a proposta mais vantajosa para a Administração Pública

Como mencionado anteriormente, na parte do capítulo dedicada à licitação, o processo licitatório tem como um de seus objetivos “assegurar a

seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”. O conceito de vantajoso não é estabelecido na norma federal, porém a interpretação desse trecho, historicamente, foi que seria o melhor preço possível.

Dessa forma, utilizar as licitações como uma forma de estímulo poderia ser considerada uma forma de violação desse objetivo. Isto porque, o estabelecimento de regras mais rígidas de participação poderia restringir a competitividade e o estabelecimento de algumas obrigações pode ser onerosa e gerarem o encarecimento dos preços.

Entretanto, como leciona Di Pietro,

“a vantajosidade indica a necessidade de que o contrato satisfaça as demandas estatais que o justificaram por um conjunto justo de gastos públicos. E esses gastos não se restringem ao valor da proposta, tanto que o legislador não fala de “vantajosidade da proposta”, mas sim de “vantajosidade da contratação”⁷⁵

Assim, não é possível reduzir a vantajosidade da contratação ao simples valor da proposta, já que deve ser examinado o custo-benefício ao longo de toda a contratação.

Jéssica Acocella e Juliana Cabral Coelho Rangel apresentam como solução uma ponderação entre os objetivos regulatórios do determinado processo licitatório e a realidade do mercado:

“importará avaliar a natureza do específico mercado fornecedor do objeto pretendido pela administração e se o mesmo já se adequou devidamente às exigências estabelecidas. Medidas excessivas podem acabar afastando potenciais interessados em participar do certame, colocando-se o procedimento licitatório como um todo em risco. Ou, igualmente grave, onerando demasiadamente os custos com que terá de arcar o Poder Público. Isso significa, portanto, a realização de uma ponderação entre os valores visados pela medida regulatória e os interesses econômico-financeiros da máquina administrativa, sobretudo por meio de uma análise de custo-benefício da medida de incentivo.”⁷⁶

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. p.17.

⁷⁶ ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Migalhas*. 11 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/182325/o-papel-regulatorio-e-de-fomento-das-licitacoes-publicas>>. Acesso em: 28 out. 2022.

Com a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, houve um avanço em direção ao cenário de ponderação sugerido pelas autoras. Isto porque, ao tratar do emprego do critério de menor preço, o art. 34, § 1º, expressamente dispõe que os custos indiretos,

“relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados na definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.”

Esse dispositivo contém uma inovação expressiva, pois introduz no direito brasileiro a possibilidade de se relativizar o menor preço a partir da consideração de outros custos indiretos de médio ou longo prazo que, por natural, deverão ser apontados no edital. Com isso, como leciona Di Pietro, o Brasil se aproxima do direito comunitário europeu, que igualmente valoriza os custos do ciclo de vida dos objetos contratados⁷⁷.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. p. 18.

CAPÍTULO II - Desenvolvimento sustentável e a Perspectiva (E)nviro(n)mental (S)ocial (G)overnance

2.1. O desenvolvimento sustentável nos tratados internacionais

Conforme leciona Paulo Bessa,

“Meio ambiente compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas construídas a partir da apropriação dos bens naturais que se transformam em recursos essenciais para a vida em quaisquer de seus aspectos. A construção teórica da natureza como recurso é o seu reconhecimento como base material da vida em sociedade.”⁷⁸

Dessa forma, o Meio Ambiente e suas questões envolvem toda a comunidade global. Entretanto, a preocupação com os danos ambientais decorrentes do modo produtivo desregulado, típico do Estado Liberal, se deu de maneira dispersa, em tempos e de formas diferentes ao redor do mundo e dos diversos setores da econômica e da política. Conforme ensina José Carlos Barbieri, “inicialmente, a crise ambiental é percebida como problemas localizados em áreas específicas, de curto alcance e atribuídos à ignorância, à negligência, ao dolo ou à indiferença dos seus causadores.”⁷⁹ Esses eventos geravam medidas meramente reativas do poder público, sem, de fato, ocorrer uma reflexão prévia acerca do contexto em que se davam e suas causas.

Conforme a gravidade dos ditos “acidentes” climáticos foi aumentando, assim como a quantidade de eventos, esse tema passou a ser tratado de forma mais internacionalizada e reflexiva. Assim, apesar de a discussão acerca do desenvolvimento se dar há centenas de anos, é possível traçar como um divisor de águas em direção ao desenvolvimento sustentável a decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1959 de instituir a Primeira Década do Desenvolvimento das Nações Unidas para o período de 1960 a 1970, com o objetivo de criar um amplo programa de redução da pobreza nos países em desenvolvimento, à época chamados de

⁷⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 23ª Ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023. Edição do Kindle. p. 38.

⁷⁹ BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento sustentável: das origens à Agenda 2030*. Petrópolis: Vozes, 2020. Edição do Kindle. p.21.

subdesenvolvidos, tendo como elemento promotor da melhoria de vida o crescimento econômico, seguido pela redução do desemprego e do subemprego.⁸⁰ Os países alvo do projeto tinham algumas características marcantes em comum como:

- a) A pobreza extrema da maioria das suas populações;
- b) altas taxas de mortalidade infantil;
- c) baixa expectativa de vida ao nascer;
- d) altas taxas de analfabetismo;
- e) déficits habitacionais e assentamentos humanos precários.

Ademais, eram países que possuíam a base de suas economias na produção de *commodities* agrícolas e minerais, sujeitas às constantes perdas de valor relativamente aos produtos manufaturados importados.⁸¹

Uma das iniciativas da Primeira Década do Desenvolvimento foi a criação do Instituto de Pesquisas das Nações Unidas para o Desenvolvimento Social (UNRISD), em 1963, com o objetivo de ampliar os conhecimentos sobre os processos de desenvolvimento. Essa organização busca conduzir pesquisas multidisciplinares e análises de políticas sobre as dimensões sociais das questões de desenvolvimento contemporâneo.⁸² Já em 1965, a Assembleia Geral da ONU criou o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) com o objetivo de tratar, no âmbito das Nações Unidas, de questões do desenvolvimento.

Foi também nesse período que se intensificaram as pesquisas científicas que iriam lançar luzes sobre diversos fenômenos relacionados com o meio ambiente, como é o caso do aquecimento global. Os gases de efeito estufa possuem existência constatada desde 1820, pelo matemático francês Joseph Fourier, que, já naquela época, descobriu que a Terra estava mais quente do que costumeiramente, em decorrência da distância com

⁸⁰ Ibid. p.24.

⁸¹ Ibid. p.24.

⁸² V FÓRUM MUNDIAL SOBRE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO LOCAL. *UNRISD – Instituto de pesquisa das nações unidas para o desenvolvimento*. Disponível em: <<https://5editioncordoba.ledworldforum.org/pt/org/unrisd-the-united-nations-research-institute-for-social-development/>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

relação ao Sol.⁸³ Entretanto, o termo “aquecimento global” apenas foi cunhado em por Wallace Smith Broecker em 1975. Evoluções como essa apenas foram possíveis devido às pesquisas científicas sobre o clima em escala mundial que se intensificaram a partir de 1957, declarado pela ONU como Ano Internacional da Geofísica, com o objetivo de incentivar a busca de conhecimentos sobre o planeta, inclusive o clima.

Já em 1969, o governo da Suécia propôs à ONU a realização de uma conferência internacional para tratar dos problemas ambientais que se passavam na época e que afetavam, também, os países “em desenvolvimento”, que estavam passando pelo processo de industrialização tardiamente. Essa proposta só encontrou maior receptividade após a confirmação de que o desastre ecológico de Minamata⁸⁴, no Japão, foi causado pelo mercúrio utilizado pela Chisso, despejado no rio, o que levou à morte milhares de pessoas contaminadas.⁸⁵

Aceita a proposta, em 1972 foi realizada em Estocolmo a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (CNUMAH). Essa Conferência e as reuniões preparatórias que lhe antecederam firmaram as bases para um novo entendimento a respeito das relações entre o ambiente e o desenvolvimento. Assim foi cunhado o conceito de Desenvolvimento

⁸³ NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *ESG: O Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder: A Tríade Regenerativa do Futuro Global*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Edição do Kindle. p. 38.

⁸⁴ O chamado desastre de Minamata teve início na década de 40, logo após a Segunda Guerra Mundial. A Chisso começou a usar mercúrio para fabricar cloreto de vinila e acetaldéido, jogando os resíduos num rio que desaguava na Baía de Minamata. No dia 21 de abril de 1956, uma criança de 5 anos chegou ao hospital com disfunção nervosa. Foi o primeiro de uma série de casos que terminavam com loucura ou morte.

A princípio, os médicos pensaram tratar-se de doença contagiosa desconhecida. Apenas em 1958, a direção do hospital concluiu que a causa era a ingestão de peixes contaminados com produtos químicos lançados na baía. Apenas em 1968 foi reconhecido que o poluente era o metilmercúrio, o mercúrio em contato com ar ou água. E só em 1970 a Chisso interrompeu seu uso na produção de cloreto de vinila. Calcula-se que morreram até hoje 887 pessoas. O trabalho de despoluição da baía começou em 1977 e só terminou em 1991. Leia mais em: ACERVO O GLOBO. *Desastre de Minamata, crime ecológico que deixou marcas por décadas no Japão*. 23 de set. de 2013. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/desastre-de-minamata-crime-ecologico-que-deixou-marcas-por-decadas-no-japao-10102255#ixzz7keGJboJ8>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁸⁵ BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento sustentável: das origens à Agenda 2030*. p.24.

Sustentável que foi depois repetido nas demais conferências sobre o meio ambiente.

Entretanto, foi a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente, criada em 1983, que o conceituou de maneira mais completa, no Relatório Brundtland, denominado *Nosso Futuro Comum*, publicado em 1987. Assim, em breve síntese, o desenvolvimento sustentável:

“é um processo de transformação no qual a exploração de recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro a fim de atender às necessidades e aspirações humanas”.⁸⁶

Complementou, ainda, ao definir que:

“o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.”⁸⁷

Já em 1992, em encontro realizado no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento aprovou a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, com o objetivo de:

“estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar.”⁸⁸

Nesse mesmo evento, foi firmada a Declaração de Princípios sobre Florestas, além de serem abertas para assinatura a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre

⁸⁶ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ SENADO FEDERAL. *Sessão Especial de Debates sobre 25 anos da Rio 92*. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/589791/001107013_Debates_25_anos_Rio_92.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Mudança do Clima, a qual tem como documento acessório o Protocolo de Kyoto.

Em 1997, foi realizada assembleia da ONU na cidade de Kyoto, no Japão, onde foi discutida a mudança climática e possíveis estratégias para combatê-la. Com base nas discussões, foi produzido o Protocolo de Kyoto. Através dele, os países signatários assumiram o compromisso de reduzir as emissões de gases de efeito estufa (GEE). Assim, o Protocolo instaurou-se como um *standard* para a redução de GEE e, em especial, a possibilidade da sustentabilidade ser uma iniciativa lucrativa. Assim nasceu o mercado de carbono que será estudado mais à frente no capítulo.⁸⁹

Mais tarde, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada no Rio de Janeiro em junho de 2012, também chamada de Rio+20, ao publicar seu documento final intitulado "O Futuro que Queremos", reafirmou todos os princípios da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. O objetivo da Conferência foi a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável, por meio da avaliação do progresso e das lacunas na implementação das decisões adotadas pelas principais cúpulas sobre o assunto e do tratamento de temas novos e emergentes. A Conferência teve dois temas principais:

a) A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza; e

b) A estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável.⁹⁰

Já em 2015, foram aprovados, pela Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, em reunião convocada pela Assembleia Geral da ONU, realizada em Nova Iorque, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), também chamados de Agenda 2030, que conta com 17

⁸⁹ CRUZ, Augusto. *Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa*. 1ª Ed. São Paulo: Scortecci, 2022. Edição do Kindle. p. 64-65.

⁹⁰ RIO +20. *Sobre a Rio +20*. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html>. Acesso em: 15 nov. 2022.

objetivos, que englobam 169 metas, a serem colocados em prática até 2030⁹¹.

São eles:

Tabela 5 - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

Número	Objetivo
1	Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
2	Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
3	Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;
4	Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;
5	Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;
6	Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos;
7	Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;
8	Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;
9	Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;
10	Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;
11	Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;
12	Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;
13	Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos;
14	Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;
15	Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;
16	Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;
17	Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

⁹¹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Fonte: Elaboração própria com dados em NAÇÕES UNIDAS BRASIL⁹²

Ainda em 2015, foi firmado o Acordo de Paris, um Tratado Internacional, ratificado pelo Brasil em 2017, parte da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, que conta com o comprometimento dos países no que se refere às mudanças climáticas. O objetivo do Acordo tem como principais pontos:

- a) O compromisso dos países com as questões climáticas;
- b) o alcance da emissão zero ao longo do prazo;
- c) a transparência e integridade no cumprimento dos compromissos; e
- d) os financiamentos para auxílio do alcance das metas pelos países em desenvolvimento.⁹³

Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

“A ideia de sustentabilidade encontra-se, portanto, vinculada à proteção ecológica, já que manter (e, em alguns casos, recuperar) o equilíbrio ambiental implica o uso racional e harmônico dos recursos naturais, de modo a, por meio de sua degradação, também não os levar ao seu esgotamento. O conceito de desenvolvimento econômico transcende, substancialmente, a ideia limitada de crescimento econômico.”⁹⁴

2.1.1. O Mercado de Carbono no Protocolo de Kyoto e no Acordo de Paris

No Protocolo de Kyoto, do qual o Brasil é signatário, com ratificação em 2002, foi criado o primeiro modelo de crédito de carbono. Assim, os países listados no Anexo 1 da Convenção-Quadros das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, também chamados de países “desenvolvidos”⁹⁵

⁹² Ibid.

⁹³ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Acordo de Paris sobre o Clima*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/node/88191>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Ambiental*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Edição do Kindle. p.667.

⁹⁵ Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Belarus, Bulgária, Canadá, Comunidade Europeia, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, EUA, Estônia, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Mônaco, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, República Tcheca, Romênia, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia.

deveriam reduzir em 5,2% suas emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE) anuais e, para facilitar o cumprimento dessa meta, foram criados os mecanismos de flexibilização. Dessa forma, um país industrializado, com meta de redução, poderia ultrapassar o seu limite de emissões de GEE, desde que adquirisse uma redução equivalente em outro país.

Para que o desenvolvimento sustentável fosse estimulado também em outros países que não fazem parte do Anexo 1, como o Brasil, foram criados os Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL), que incluem as nações em desenvolvimento no mercado de carbono. Dessa forma, não havia obrigação de redução de emissões de GEE para esses países, mas neles poderia ocorrer a estruturação de projetos que vendessem seus créditos para outras nações que necessitassem atingir suas metas.

Para que fosse estruturado um projeto nos moldes do MDL, era necessário que ele fosse previamente aprovado por uma Entidade Operacional Designada (EOD), pela Autoridade Nacional Designada (AND), no caso brasileiro a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima, e pelo Conselho Executivo do MDL, que era um órgão da Convenção Quadro das Nações Unidas, que supervisionava o funcionamento do MDL. O Conselho era formado por membros representantes dos países integrantes do Protocolo.

Tendo em vista o sucesso do modelo, o Brasil propôs a inclusão de um modelo análogo chamado MDL+ no Acordo de Paris. Ao longo dos debates a proposta foi incluída no artigo 6º, parágrafo 4º do Acordo, cuja redação é a seguinte:

“Fica estabelecido um mecanismo para contribuir para a mitigação de emissões de gases de efeito estufa e apoiar o desenvolvimento sustentável, que funcionará sob a autoridade e orientação da Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Acordo, que poderá ser utilizado pelas Partes a título voluntário. O mecanismo será supervisionado por um órgão designado pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Acordo e terá como objetivos:

(a) Promover a mitigação de emissões de gases de efeito estufa, fomentando ao mesmo tempo o desenvolvimento sustentável;

- (b) Incentivar e facilitar a participação na mitigação de emissões de gases de efeito de estufa de entidades públicas e privadas autorizadas por uma Parte;
- (c) Contribuir para a redução dos níveis de emissões na Parte anfitriã, que se beneficiará das atividades de mitigação pelas quais se atingirão resultados de reduções de emissões que poderão também ser utilizadas por outra Parte para cumprir sua contribuição nacionalmente determinada; e
- (d) Alcançar uma mitigação geral das emissões globais.”⁹⁶

O projeto brasileiro que deu origem a esse artigo foi proposto na COP-20 e tinha como objetivo incentivar países em desenvolvimento e com economias em transição na implementação de ações de combate à mudança do clima, certificadas como adicionais às suas promessas de mitigação de emissões sob o Acordo de Paris e, ao mesmo tempo, facilitar o alcance do que seria prometido por países desenvolvidos.

Similarmente ao MDL, reduções de emissão certificadas sob o MDL+ seriam convertidas em créditos de carbono, que poderiam ser usados por países com metas de mitigação absolutas para todo o conjunto da economia, no alcance de seus compromissos no âmbito do Acordo de Paris. Também semelhante ao MDL, créditos do MDL+ poderiam ser adquiridos por países com metas absolutas, para posterior compensação de seus respectivos níveis de emissão.

Além disso, propôs que países com metas absolutas de redução de emissão para toda a economia tivessem a prerrogativa de se engajar no “comércio internacional de emissões”, sob os auspícios do novo acordo, ou seja, teriam elegibilidade para comprar créditos de países desenvolvidos e em desenvolvimento que escolhessem adotar metas absolutas, com mais rigor, em termos de ambição. O Brasil defendeu, ademais, que a elegibilidade para sediar projetos de MDL+, promotores do desenvolvimento sustentável, fosse restrita a países em desenvolvimento.

O mecanismo do parágrafo 4º, do artigo 6º, do Acordo de Paris, reflete, em grande parte, a proposta brasileira de um mecanismo de MDL+.

⁹⁶ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Acordo de Paris sobre o Clima*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/node/88191>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

A estrutura básica da versão inicial segue a estrutura básica do artigo 12, do Protocolo de Kyoto e mantém conceitos como participação voluntária autorizada pela parte envolvida; necessidade de benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo, para a mitigação da mudança do clima; reduções em emissões, que são adicionais àquelas que ocorreriam na sua ausência; e verificação e certificação da redução de emissão. Também estabeleceu a supervisão por um organismo sob a autoridade da Conferência das Partes e uma parcela das unidades resultantes para o custeio das despesas administrativas e para a adaptação.

O escopo do artigo 6º, parágrafo 4º é, ainda, similar ao do MDL. Nesse sentido, suas regras, modalidades e procedimentos devem englobar a verificação e a certificação das reduções de emissões por uma EOD e os benefícios de longo prazo, mensuráveis e reais, relativos às reduções adicionais de emissão resultantes de atividades voluntárias autorizadas por cada parte envolvida e supervisionadas por um órgão designado pela Conferência das Partes. O Brasil vê o Mecanismo de Desenvolvimento Sustentável (MDS) como o mecanismo internacional máximo para certificar a ação de combate à mudança do clima e emitir créditos.

Por outro lado, o papel e o envolvimento de entidades públicas e privadas “autorizadas pela parte” seria um fortalecimento potencial do MDS em relação ao MDL. A proposta conjunta “incentiva e possibilita” a participação dessas entidades. Além disso, o critério de elegibilidade do MDL, originalmente restrito a partes que ratificaram o Protocolo de Kyoto, excluía os atores não partes, o que representava uma restrição desnecessária à demanda por créditos. O novo mecanismo foi desenhado para favorecer o engajamento universal por atores partes e não partes, propiciando um caminho para que países fora do Acordo de Paris e atores não estatais continuassem a se engajar no ambiente multilateral e, portanto, a fortalecer o regime internacional de mudança do clima.

Em outras palavras, enquanto a demanda de créditos de carbono sob o MDL foi originalmente dirigida para as partes do anexo B do Protocolo de

Kyoto, o MDS já teria como objetivo, desde sua concepção, permitir que reduções certificadas emitidas fossem usadas por qualquer ator, para qualquer propósito que correspondesse a mensuração, informe e verificação de ação, inclusive para instrumentos financeiros, estratégias corporativas de responsabilidade socioambiental, financiamento baseado em resultados, precificação positiva etc. Isso possibilitaria que o MDS fosse operacionalizado, desde sua origem, de modo a favorecer o acesso de entes não estatais. Se adequadamente desenvolvidas, as regras, as modalidades e os procedimentos para o MDS poderiam ampliar efetivamente o combate à mudança do clima por atores estatais e não estatais, e contribuiria, assim, para uma resposta abrangente e ambiciosa que a urgência do combate à mudança do clima requer.

O artigo 6º, parágrafo 4º foi regulamentado na COP-26, realizada em Glasgow, em 2021, após anos de espera em que seguiu sendo aplicado o MDL. Durante esse período de vácuo de regulamentação houve forte crítica no sentido de que estaria afetando a segurança jurídica, tendo em vista que as partes não tinham nenhuma certeza de que esses projetos serão plenamente aproveitados no futuro.⁹⁷

Já o mercado de carbono voluntário surgiu de forma paralela ao Protocolo, com as Reduções Voluntárias de Emissões. Nele, qualquer empresa, pessoa, ONG ou governo pode gerar ou comprar créditos de carbono voluntários. Esses créditos, também são auditados por uma entidade independente, mas não estão sujeitos a registros da ONU e por isso não valem como meta de redução para os países que fazem parte do acordo internacional.⁹⁸

⁹⁷UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. *Rules, modalities and procedures for the mechanism established by Article 6, paragraph 4, of the Paris Agreement*. Disponível em: <<https://unfccc.int/documents/310511>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁹⁸BLAUFELDER, Christopher et. al. Mercado voluntário de carbono tem potencial gigantesco no Brasil. *In: McKinsey & Company*. 14 set. 2022. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com.br/our-insights/all-insights/mercado-voluntario-de-carbono-tem-potencial-gigantesco-no-brasil>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

De acordo com relatório do *World Wildlife Fund*, os mercados voluntários de carbono contam com a viabilidade de ampla participação de setores não regulados ou de países que não ratificaram o Protocolo de Kyoto com a possibilidade de compensação de emissões. Além disso, faz com que as empresas e países participantes ganhem experiência e *know how* com questões como estoque de carbono e negociação de direitos e créditos de carbono, facilitando a participação futura em um mercado regulamentado ou em um sistema do tipo *Cap and Trade*⁹⁹, com muito mais flexibilidade na implantação dos projetos, sem ter o mesmo tipo de regulamentação e supervisão que existe no sistema de Kyoto.¹⁰⁰

Ademais, uma das principais diferenças entre o mercado voluntário e o regulado é a precificação do crédito de carbono. Atualmente, os preços do mercado de carbono voluntário são mais altos, comparados ao regulado.

Assim, em linhas gerais, quanto ao mercado de carbono, nas palavras de Augusto Cruz,

“O Protocolo de Kyoto tornou-se um importante marco para que a redução de GEE, em especial do dióxido de carbono (CO₂), passasse a ter valor econômico. Assim nasceu o mercado de carbono. Por convenção, uma tonelada de CO₂ equivale a um crédito de carbono, que pode ser comercializado no mercado internacional. Assim, empresas que possuem um elevado volume de emissão e não conseguem reduzir ou neutralizar a partir da adoção de novas tecnologias podem adquirir créditos no mercado. Há também o chamado mercado voluntário, no qual pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, podem neutralizar emissões, espontaneamente. Esses créditos podem ser

⁹⁹ O sistema *cap-and-trade* é uma dentre diversas ferramentas de políticas públicas para o controle das mudanças climáticas. Este determina um limite claro de emissões de GEE ao mesmo tempo em que minimiza os custos dos emissores que adotam medidas de redução a fim de atingirem as metas estabelecidas. Este limite se traduz em permissões de emissão (normalmente equivalentes a uma tonelada métrica de dióxido de carbono equivalente 3 – tCO₂e), que são leiloadas ou alocadas à 3 Uma tonelada métrica de dióxido de carbono equivalente refere-se à unidade que agrega todos os gases de efeito estufa, de acordo com o seu potencial de aquecimento global. 7 emissores regulados. Ao final de cada período de comprometimento, cada emissor deverá disponibilizar um número de emissões suficiente para atingir as suas emissões do período. Ao criar um mercado e um preço para a redução de emissões, o sistema *cap-and-trade* se oferece uma resposta ambientalmente e economicamente efetiva às mudanças climáticas. PEW CENTER ON GLOBAL CLIMATE CHANGE. *Climate Change 101: Understanding and Responding to Global Climate Change: Cap and Trade*. jan. 2011. Disponível em: <<https://www.c2es.org/wp-content/uploads/2017/10/climate101-fullbook.pdf>>. Acesso em: 15 nov 2022

¹⁰⁰ KOLLMUSS, A; ZINK, H; POLYCARP, C. Making Sense of the Voluntary Carbon Market: A Comparison of Carbon Offset Standards. *Stockholm Environment Institute*. WWF Germany. Mar. 2008. Disponível em: <<https://mediamanager.sei.org/documents/Publications/SEI-Report-WWF-ComparisonCarbonOffset-08.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

gerados em qualquer lugar do mundo, desde que sejam auditados.”¹⁰¹

Há, ainda, iniciativas nacionais para criar um mercado de carbono interno, que serão analisadas no próximo capítulo.

2.2. A experiência brasileira: o desenvolvimento sustentável como princípio

Conforme lecionado por Paulo de Bessa Antunes, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria ambiental estava englobada na competência legislativa referente à defesa da saúde ou a proteção dos monumentos históricos, artísticos e naturais, às paisagens e aos locais especialmente dotados de beleza natural.¹⁰²

A primeira menção constitucional que pode ser considerada de temática ambiental foi na Constituição Federal de 1891¹⁰³ que, em seu artigo 34, inciso 29, atribuiu competência legislativa à União sobre as suas minas e terras. Posteriormente, a Emenda Constitucional n° 3, de 1926, alterou o artigo 34, e retirou esse inciso. Entretanto, inseriu item atribuindo competência ao Congresso Nacional para legislar sobre a navegação dos rios que banhassem mais de um estado ou se estendessem a territórios estrangeiros.

Já a Constituição de 1934, de tom mais intervencionista, em seu artigo 5º, inciso XIX, atribuiu à União competência legislativa sobre bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, água, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração. Como ensina Bessa, as competências legislativas federais foram ampliadas especialmente nas áreas

¹⁰¹ CRUZ, Augusto. *Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa*. 1ª Ed. São Paulo: Scortecci, 2022. Edição do Kindle. p.65.

¹⁰² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. p. 102.

¹⁰³ BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

tradicionalmente chamadas de “infraestrutura”, ou seja, atividades necessárias para o desenvolvimento econômico.¹⁰⁴

O autor frisa, ainda, que a Constituição estimulou a elaboração de uma legislação infraconstitucional direcionada à proteção ambiental, dentro de uma abordagem de conservação de recursos econômicos e utilitarista. Dentre essas normas estão o Código de Águas¹⁰⁵ e o Código Florestal¹⁰⁶, ambos aprovados em 1934, que continham normas visando à proteção dos recursos naturais.

Em texto similar ao da sua antecessora, a Constituição de 1937¹⁰⁷, em seu artigo 16, inciso XIV, determinou competir, privativamente, à União legislar sobre os bens de domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração. Da mesma forma, a Constituição de 1946 praticamente não alterou as competências legislativas da União nesse aspecto. Assim, estabeleceu a competência da União para legislar sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca.

Após o golpe militar de 1964 houve uma exacerbação dos poderes do Executivo federal, que se refletiu na CF de 1967, cujo artigo 8º, atribuiu, dentre outras, as seguintes competências à União:

“Art 8º - Compete à União:

(...)

XII - organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações;

XIII - estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento;

XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde;

¹⁰⁴ Op. Cit. p. 103.

¹⁰⁵ BRASIL. Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Rio de Janeiro, RJ: Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Rio de Janeiro, RJ: Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de JANEIRO, RJ: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

- XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:
- a) os serviços de telecomunicações;
 - b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza;
 - c) a navegação aérea;
 - d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território;
- (...)
- XVII - legislar sobre:
- a) a execução da Constituição e dos serviços federais;
 - b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, aéreo, marítimo e do trabalho;
 - c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;
 - d) Produção e consumo;
- (...)
- h) jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca;
 - i) águas, energia elétrica e telecomunicações;
- (...)"

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, por fim, manteve o regime de competências da Carta de 1967. Dessa forma, fica claro que até a Constituição de 1988, os temas ambientais tiveram tratamento meramente tangencial sendo o enfoque sempre o desenvolvimento econômico.¹⁰⁸

Quanto ao tópico da competência, a Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer, no art. 23, a competência comum entre União, Estados e Municípios de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Como visto ao longo desse capítulo, nas constituições anteriores não havia previsão expressa ao meio ambiente, sendo o tópico meramente tangenciado.

A importância da infraestrutura certamente se manteve na Constituição Federal de 1988, que, já em seu preâmbulo, prevê que, dentre tantas outras coisas, o Estado Democrático será destinado a assegurar o desenvolvimento. Em seu art. 3º, a CF é ainda mais explícita ao estipular que:

- “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

¹⁰⁸ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. p.102.

- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O Brasil é, ainda, signatário da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que, no § 1º do artigo 1º, dispõe:

“O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”.

O conceito de desenvolvimento, apesar de não ser trazido na Constituição Federal, pode ser compreendido a partir do seguinte trecho da Declaração:

“Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais”.

Dessa forma, o conceito de Desenvolvimento aqui abordado é muito mais amplo do que o mero desenvolvimento econômico, cunhado no Estado Liberal. Foi necessária uma readequação do que seria considerado desenvolvimento, já que se vive momento histórico drasticamente diferente daquela época. Claro está que o dito “desenvolvimento” não pode ocorrer a qualquer custo, eis que o desenvolvimento sustentável abrange muito mais que o mero ganho financeiro.

A opção do constituinte ao cunhar o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil 1988, no qual erige os fundamentos do Estado Democrático Brasileiro em seus incisos elencando a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre

iniciativa e o pluralismo político é claro indicativo do princípio do desenvolvimento sustentável, como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia.

Ademais, como ensina Luiz Roberto Barroso em seu Manual de Direito Constitucional:

“Em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Alguns exemplos: a livre iniciativa por vezes se choca com a proteção do consumidor; o desenvolvimento nacional nem sempre se harmoniza com a preservação do meio ambiente; a liberdade de expressão frequentemente interfere com o direito de privacidade. Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica.”¹⁰⁹

Dessa forma, o desenvolvimento nacional precisa levar em consideração outras previsões constitucionais, como é o caso do artigo 170, que preceitua:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.¹¹⁰

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Edição do Kindle. p. 255-256.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

Outro artigo essencial é o 225 que possui a seguinte redação:

“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.”¹¹¹

Esse artigo dialoga com Declaração sobre o Ambiente Humano, realizada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, em que se consagrou solenemente:

“O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o ‘apartheid’, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados. Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu ‘habitat’, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.”¹¹²

Esse embate entre o desenvolvimento nacional e a preservação do meio ambiente foi pacificado no Direito Administrativo pelo Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável, previsto de maneira expressa na Lei de Licitações, previamente analisada. Como ensina Carvalho Filho,

¹¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

¹¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/estocolmo_mma.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

“referido princípio impõe que o Poder Público tenha a incumbência de ponderar as consequências ambientais derivadas de qualquer decisão administrativa em face dos efeitos no campo econômico. O ponto nuclear do princípio está no fato de que os custos para o meio ambiente devem ser proporcionais aos benefícios econômicos. Em outras palavras, vantagens econômicas não podem ser avaliadas isoladamente, mas, ao contrário, devem ser vistas em consonância com as matrizes de sustentabilidade protetoras do meio ambiente.”¹¹³

Ao Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável foi também dado caráter constitucional pelo STF no julgamento da ADI 3.540-MC:

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - **O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia**, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações”¹¹⁴

Da mesma maneira, no Direito Ambiental, como leciona Paulo Bessa, o Desenvolvimento Nacional tem status de princípio.

Essa relação foi, ainda, abordada no chamado Relatório Brundtland, do qual se destaca a seguinte passagem:

“Mas isto não basta. A administração do meio ambiente e a manutenção do desenvolvimento impõem sérios problemas a todos os países. Meio ambiente e desenvolvimento não constituem desafios separados; estão inevitavelmente interligados. O desenvolvimento não se mantém se a base de recursos ambientais se deteriora; o meio ambiente não pode ser protegido se o crescimento não leva em conta as consequências

¹¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 537-538.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 3.540/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

da destruição ambiental. Esses problemas não podem ser tratados separadamente por instituições e políticas fragmentadas. Eles fazem parte de um sistema complexo de causa e efeito.”¹¹⁵

Conforme Bessa frisa em sua obra, no Brasil, como em todos os lugares do mundo, os principais problemas ambientais estão centrados nas áreas mais pobres, mostrando uma relação perversa entre condições ambientais e classe social. A própria Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento abarca isso em no § 1º do artigo 2º, que define: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”.

2.3. Capitalismo de *Stakeholders*, a origem do ESG e suas raízes no desenvolvimento sustentável

Em estudo realizado pela consultoria Edelman em 2020, foi constatada uma espécie de insatisfação geral das pessoas em relação ao capitalismo. Segundo a pesquisa, para 56% dos entrevistados em 28 países, o sistema está fazendo mais mal do que bem para a sociedade. No caso do Brasil a porcentagem é ainda maior, chegando à 57%. Dentre as razões para isso, o principal problema indicado por 74% dos participantes foi a sensação de injustiça.¹¹⁶

Em artigo publicado no Jota, a professora Ana Frazão menciona o referido estudo para tratar do fortalecimento do movimento que procura ampliar os objetivos das empresas e dos negócios, a fim de dar uma resposta aos *stakeholders* e à insatisfação generalizada contra o atual modelo econômico.¹¹⁷ Os chamados *stakeholders* são qualquer grupo ou indivíduo

¹¹⁵ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. (1988) Nosso Futuro Comum. Rio de Janeiro: FGV.

¹¹⁶EDELMAN. *Edelman Trust Barometer 2020*. 6 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.edelman.com.br/estudos/edelman-trust-barometer-2020>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹¹⁷ FRAZÃO, Ana. Ano novo, capitalismo novo? *In*: Jota. 19 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/ano-novo-capitalismo-novo-19022020>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

que pode afetar ou é afetado pela realização dos objetivos da organização.¹¹⁸ Assim, a ideia central é que as empresas deixem de atender aos objetivos apenas de seus acionistas e ampliem os fatores que são considerados em suas políticas e projetos.

Essa reflexão foi o eixo condutor do Fórum Econômico Mundial de janeiro de 2021, a partir do Manifesto Davos 2020 sobre os propósitos das empresas na Quarta Revolução Industrial.¹¹⁹

O Manifesto sustenta que o melhor modelo a ser seguido daqui para frente é o que preza pelo compromisso compartilhado, entre os diversos entes afetados, com políticas e decisões que fortaleçam a prosperidade a longo prazo de uma empresa. Assim, como frisa Frazão, além de colocar em xeque o paradigma de gestão atualmente ainda em voga, que prioriza os interesses do acionista, o Manifesto reforça o compromisso das empresas com:

- a) O atendimento dos padrões éticos e legais, especialmente no que diz respeito à práticas justas de mercado, com especial atenção à legislação anticorrupção e concorrencial;
- b) o tratamento dos seus funcionários com dignidade e respeito, o que implica honrar a diversidade e buscar melhorias contínuas nas condições de trabalho, no bem-estar dos trabalhadores e na capacitação contínua;
- c) o respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente;
- d) a compreensão da inovação e tecnologia como instrumentos para o bem-estar das pessoas;
- e) o atendimento à sociedade e o apoio às comunidades;
- f) o pagamento da parcela justa de impostos;
- g) o uso seguro, ético e eficiente de dados pessoais e

¹¹⁸ SENADO FEDERAL. *Manual de Comunicação da Secom*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/glossario/stakeholders>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹¹⁹ SCHWAB, Klaus. Davos Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution. *In: World Economic Forum*. 2 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

h) no caso das multinacionais, o compromisso mais amplo com o mundo e com o futuro global.¹²⁰

Ademais, o Manifesto se preocupa com a continuidade do retorno sobre os investimentos oferecidos pela empresa, desde que considerem os riscos e a necessidade de inovação contínua, bem como que os dividendos sejam pensados a partir do gerenciamento da criação de valor a curto, médio e longo prazos, de forma a possibilitar retornos sustentáveis para os acionistas que não sacrifiquem o futuro da atividade empresarial.

Dessa maneira, há um convite para que o desempenho das empresas seja medido e avaliado não apenas com base no retorno aos acionistas, mas também com base no atendimento de objetivos ambientais, sociais e de governança. Conseqüentemente, propõe-se que a remuneração dos executivos reflita igualmente a responsabilidade destes em relação aos *stakeholders*.

Na reportagem “Davos verde” debate reforma do capitalismo”¹²¹, o Valor Econômico destacou a entrevista de Klaus Schwab¹²², segundo o qual estão ultrapassadas tanto a fase do capitalismo de acionistas como a do capitalismo de estado, sendo agora o momento do capitalismo das partes interessadas, diante da insustentabilidade do atual modelo. Assim, há uma mudança de paradigma diante da máxima liberal, que imperou na segunda metade do século 20, defendida pelo economista Milton Friedman, de que o objetivo de uma empresa deveria ser gerar lucro para garantir retorno ao acionista.

Nesse movimento surge o ESG, que trata da incorporação de práticas de sustentabilidade ambiental, inclusão social e governança no universo corporativo e sua transformação em um ativo financeiro tangível. Os critérios

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ CHIARRETI, Daniela; RITTNER, Daniel. ‘Davos verde’ debate reforma do capitalismo. *In*: Valor Econômico. Davos (Suíça) e São Paulo, 20 jan. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/impresso/noticia/2020/01/20/davos-verde-debate-reforma-do-capitalismo.ghtml>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹²² Klaus Martin Schwab é um engenheiro e economista alemão, mais conhecido como o fundador e presidente executivo do Fórum Econômico Mundial. Ele e sua esposa Hilde, co-fundaram a Fundação Schwab para Empreendedorismo Social.

ESG se tornaram relevantes na análise de riscos e na tomada de decisões dos investidores e já impactam nas decisões de compra dos consumidores. Sua relevância é tamanha que empresas do mundo inteiro têm investido para fazer com que suas políticas de governança tragam retornos ambientais e sociais o quanto antes.

O paralelo entre a obra de Friedman e a nova era do capitalismo de *stakeholders* e do ESG foi traçado com brilhantismo em série de artigos publicada pela Professora Ana Frazão no portal Jota, em que é trazida a reflexão acerca do que seria o liberalismo de fato e seu lugar na sociedade de hoje.¹²³ A autora chega à conclusão de que Friedman não se oporia ao ESG ou ao capitalismo de *stakeholder* porque o que ele pregava não era de fato um capitalismo desregulado, mas sim aquele que se autorregula. Importante frisar que o ESG foi uma iniciativa da sociedade civil e do próprio mercado, em busca de uma estrutura mais sustentável a longo prazo.

Paralelamente a esse cenário, o entendimento judiciário, também, vem passando por uma mudança relevante de paradigma em direção ao desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, uma decisão do Tribunal de Haia na Holanda¹²⁴, de junho de 2021, foi considerada um divisor de águas na responsabilização das empresas no âmbito da preservação ambiental. O Tribunal determinou que a Shell, que possui sede no país, reduzisse as emissões de carbono em 45% até 2030. Assim, há uma mudança significativa em relação às tradicionais decisões em matéria ambiental focadas apenas na reparação dos danos. Nesse caso, houve um enfoque na prevenção de danos futuros. A ação foi movida pela Milieudefensie, junto a outras seis ONGs, entre elas Greenpeace e ActionAid na Holanda, que buscavam a condenação

¹²³ FRAZÃO, ANA. Capitalismo de stakeholders e investimentos ESG. *In*: Jota. 28 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-stakeholders-e-investimentos-esg-28042021>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹²⁴ TRIBUNAL DISTRITAL DE HAIA. C/09/571932 / HA ZA 19-379. The Hague District Court has ordered Royal Dutch Shell (RDS) to reduce the CO2 emissions of the Shell group by net 45% in 2030, compared to 2019 levels, through the Shell group's corporate policy. 26 mai. 2021. Disponível em: <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbu-tton=true>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

da empresa petrolífera em razão da sua contribuição com a crise climática e os danos causados à qualidade de vida da população. Assim, a organização defendeu que havia uma responsabilidade da empresa pelos danos ambientais causados e pelas violações aos direitos humanos.¹²⁵

Conforme leciona Juliana Oliveira Nascimento:

“Apesar de atinente a uma legislação local e a um caso específico, o julgamento é inovador na medida em que aborda a agenda de responsabilidade socioambiental empresarial não apenas sob uma perspectiva de boa prática optativa, mas que tem consequências no cotidiano das pessoas e, assim, passa a ser uma obrigação legal.”¹²⁶

Ou seja, conforme complementa a autora, o Tribunal de Haia não condenou a empresa meramente a reparar o ilícito praticado, como é de praxe, mas reconheceu a responsabilidade da empresa por se engajar em uma prática historicamente poluente, o que transcende ao fato de simplesmente cumprir as leis e regulamentos editados pelo estado holandês.¹²⁷

2.3.1. A lógica ESG

ESG é uma sigla em inglês que significa *environmental, social and governance* e corresponde às práticas ambientais, sociais e de governança de uma organização. O termo foi cunhado em 2004 em uma publicação do Pacto Global em parceria com o Banco Mundial, chamada *Who Cares Wins*. Surgiu de uma provocação do secretário-geral da ONU, Kofi Annan, a 50 CEOs de grandes instituições financeiras, sobre como integrar fatores sociais, ambientais e de governança no mercado de capitais.¹²⁸ Contudo, a popularização do termo se deu apenas em 2020, quando diretor-executivo da *BlackRock*, Larry Fink, anunciou que a sustentabilidade se tornaria

¹²⁵ AFP. Tribunal holandês exige que Shell reduza em 45% emissões de CO₂ até 2030. *In*: Exame. 26 mai. 2021. Disponível em: <<https://exame.com/esg/tribunal-holandese-exige-que-shell-reduza-em-45-emissoes-de-co2-ate-2030/>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹²⁶ NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *ESG: O Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder: A Tríade Regenerativa do Futuro Global*. p.104-107.

¹²⁷ *Ibid.* p.104-107.

¹²⁸ PACTO GLOBAL REDE BRASIL. *ESG*. Disponível em:<<https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

critério para as decisões de investimento da gestora e disse que as empresas não comprometidas com o tema estão fadadas a ficar sem capital.¹²⁹

De acordo com a Bloomberg, fundos que adotam estratégias relacionadas ao ESG aumentaram seus ativos em 32% no ano passado. O valor chegou ao recorde de US\$ 1,8 trilhão e a tendência é crescer ainda mais. Um relatório da consultoria PwC também mostrou que, até 2025, 57% dos ativos europeus estarão alocados em fundos que têm os três princípios como critério. Além disso, 77% dos investidores do continente pretendem parar de comprar produtos “não ESG” nos próximos dois anos.¹³⁰

No Brasil, os números ainda são baixos, mas vêm crescendo. Segundo a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais, em 2020 havia cerca de R\$ 700 milhões em fundos ESG, quase três vezes mais que no ano anterior.¹³¹ Assim, o entendimento e a aplicabilidade de critérios ESG pelas empresas brasileiras é, cada vez mais, uma realidade. Atuar de acordo com padrões ESG amplia a competitividade do setor empresarial, seja no mercado interno ou no exterior. No mundo atual, no qual as empresas são acompanhadas de perto pelos seus diversos *stakeholders*, ESG é a indicação de solidez, custos mais baixos, melhor reputação e maior resiliência em meio às incertezas e vulnerabilidades.

Dessa forma, conforme leciona Juliana Oliveira Nascimento,

“os temas ambientais (E – environmental), sociais (S – Social) e de governança (G – Governance) formam o tripé basilar na nova visão organizacional global, para uma perspectiva de criação de valor a longo prazo, além de proporcionar uma visão muito positiva perante os investidores e stakeholders. Agora, tem-se um mercado movimentado e um “ESG Vivo” que passa a ser o cerne da perspectiva dos investidores e dos executivos ao redor do mundo.”¹³²

¹²⁹ FINK, Laurance D. Uma mudança estrutural nas finanças. *In*: BlackRock. Disponível em: <<https://www.blackrock.com/br/larry-fink-ceo-letter>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹³⁰ BETHÔNICO, Thiago. Entenda o que é ESG e por que a sigla virou febre no mundo dos negócios. *In*: Folha de São Paulo. Belo Horizonte, 26 jun. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/06/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-virou-febre-no-mundo-dos-negocios.shtml?origin=folha>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹³¹ ANBIMA. *Fundo ESG*: fique por dentro de todas as informações sobre a identificação de fundos sustentáveis. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/pt_br/especial/fundos-esg.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹³² NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *ESG: O Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder: A Tríade Regenerativa do Futuro Global*. p. 36-37.

2.4. As obrigações ESG nas entidades privadas

Como mencionado anteriormente, a lógica ESG foi idealizada com foco nas entidades privadas. Atualmente, é possível encontrar fundos de investimento ESG, selos de atuação empresarial ESG, entre outros. A sigla e a lógica se difundiram imensamente, por inúmeros motivos.

De acordo com Nelmara Arbex, pode-se dizer que o que fez com que nos últimos anos esse tema se difundisse foi uma conjunção de fatores, como:

- a) A urgência na busca de soluções para problemas sociais globais como discriminação, desigualdade de direitos entre gêneros, pobreza, acesso à educação e saúde;
- b) A urgência na busca de soluções para problemas ambientais como o contínuo crescimento das emissões de gases do efeito estufa, a contínua destruição do ecossistema e com isso da biodiversidade, e a resultante mudança climática que deverá impactar entre 8 e 18% do PIB global;
- c) O fato de precisarmos de um plano de desenvolvimento global da economia, que não reforçasse mais os problemas descritos acima;
- d) O movimento que tem levado investidores a adotar fatores ESG na forma de avaliar a qualidade na gestão do negócio e os riscos que eles o oferecem;
- e) Mercados críticos para a economia mundial sinalizando cada vez mais claramente a adoção de critérios ESG na seleção de parceiros comerciais e acesso à recursos financeiros;
- f) Novas gerações de talentos selecionando suas preferências de onde trabalhar considerando também aspectos da gestão ESG;
- g) Clientes e consumidores fazendo o mesmo;
- h) Novas regulamentações reforçando a importância dessa gestão (no Brasil e no mundo).¹³³

Ademais, a autora menciona a pandemia da Covid 19 como um acelerador desse processo, eis que os problemas já existentes na sociedade foram potencializados e evidenciados nesse período.

Tendo isso em vista, é possível trazer a reflexão do que seria de fato o ESG na prática das empresas privadas e como se dá a aplicação dessas três “letras”.

¹³³ Ibid. p.103.

2.4.1. Ambiental

Conforme comprovam os últimos relatórios do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), em especial o sexto, publicado em 2022, as atividades humanas, em especial o uso de combustíveis fósseis e o desmatamento, aumentaram de forma exponencial a quantidade de GEE na atmosfera. Assim, há mais calor retido, o que faz com que retorne energia, promovendo o aquecimento da superfície do planeta e da baixa atmosfera. De acordo com o relatório, estima-se que em 2050 a temperatura da Terra possa estar de 1°C a 6°C mais elevada, o que trará graves consequências para o clima e, conseqüentemente, para as espécies que vivem no planeta, inclusive o ser humano.¹³⁴

As duas indústrias apontadas como as líderes na poluição do planeta são a do petróleo e a do vestuário, que tem suas produções diretamente relacionadas. A produção de poliéster, especificamente, consome 70 milhões de barris de petróleo, anualmente. Já o cultivo do algodão é o que mais consome produtos tóxicos no mundo, o que contribui, significativamente, com a poluição dos rios e lençóis freáticos. Até mesmo o algodão orgânico é poluente, já que uma única camiseta precisa de 2.700 litros de água, em média, para ser confeccionada.¹³⁵

Assim, há hoje um esforço para estabelecer uma economia circular, ou seja, aquela que se configura como uma economia verdadeiramente sustentável, que funciona sem resíduos, poupa recursos e atua em sinergia com a biosfera. Emissões, subprodutos e resíduos ou lixo, na economia circular, tornam-se matéria-prima e insumos para um novo ciclo de produção. Nessa lógica, sites de brechós como o Repassa, o Enjoei e o Gringa se tornaram alternativas ao mercado de *fast fashion*, que gera enormes quantidades de lixo.

¹³⁴ IPCC. *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*. Cambridge [UK]: Cambridge University Press, 2022. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-ii/>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹³⁵ BBC NEWS BRASIL. *Qual é a indústria que mais polui o meio ambiente depois do setor de petróleo?* 13 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-39253994>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

Catherine Weetman assevera que há várias abordagens relacionadas à economia circular. Ao sistematizá-las, ela concluiu que todas partem dos mesmos princípios. São elas:

- “a) estender a vida dos materiais e produtos, onde possível, ao longo de vários “ciclos de uso”;
- b) adotar o enfoque “resíduos = alimentos” para ajudar a recuperar materiais e garantir que os materiais biológicos que retornam à Terra sejam benignos, não tóxicos;
- c) reter a energia, a água e outros *inputs* de processos embutidos no produto e no material, por tanto tempo quanto possível;
- d) adotar métodos de pensamento sistêmico no desenho de soluções;
- e) regenerar ou pelo menos conservar a natureza e os sistemas vivos;
- f) promover políticas, tributos e mecanismos de mercado que encorajem o *stewardship* do produto, por exemplo, políticas e normas do tipo “o poluidor paga”.¹³⁶

Em breve síntese, faz-se necessária uma drástica mudança nos hábitos de consumo da sociedade. Mas não será apenas a redução no consumo das pessoas que reduzirá a emissão de gases de efeito estufa no prazo que precisamos, e sim uma irreversível mudança nos processos e produtos gerados pelas empresas ao redor do mundo.

Importante, então, trazer alguns exemplos práticos de iniciativas empresariais de cunho ambiental. Ao longo da COP-26, foram firmados alguns compromissos de setores estratégicos como a indústria da moda, em que 130 empresas se comprometeram a reduzir emissões de CO₂.¹³⁷ Já o setor do turismo se comprometeu a reduzir suas emissões pela metade até 2030.¹³⁸

Um tópico relevante de ser abordado, entretanto, é o *Greenwashing* que, em uma tradução livre, seria algo como “lavagem verde” ou “pintado de verde” que é utilizada como um sinônimo para fraude de sustentabilidade ESG. Conforme ensina Juliana Oliveira Nascimento,

¹³⁶ WEETMAN, Catherine. *Economia circular: conceitos e estratégias para fazer negócios de forma mais inteligente, sustentável e lucrativa*. 1ª Ed. São Paulo: Autêntica Business, 2019. p. 61. Disponível em: < <https://grupoautentica.com.br/download/extras/economia-circular-cap-1.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹³⁷ONU NEWS. *Na COP26, mais de 130 empresas de moda prometem reduzir emissões de CO₂*. Disponível em:<<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769992>>. Acesso em 15 nov. 2022.

¹³⁸ ONU NEWS. *Na COP26, setor do turismo promete cortar emissões pela metade até 2030*. Disponível em:<<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769332>>. Acesso em 15 nov. 2022.

o termo é usado para definir as práticas adotadas por empresas que querem parecer ecologicamente, ambientalmente e socialmente corretas e responsáveis, no entanto, sustentam tais práticas somente em papéis, em campanhas publicitárias que têm o intuito somente de desviar a atenção do público para o real impacto negativo causados por elas.¹³⁹

Esse tópico dialoga, diretamente, com a questão de governança por configurar uma falta de transparência da empresa e poder ser, inclusive, enquadrada como fraude. No caso de uma auditoria interna, por exemplo, no decorrer dos trabalhos, um auditor pode se deparar com uma fraude, que deve ser comunicada à Administração e ao Comitê de Auditoria ou Conselho de Administração, que são os responsáveis por dar andamento a um processo de investigação ou delegar essa função a uma área específica, que pode ser a própria auditoria interna.

Assim, como ensina Juliana Oliveira Nascimento:

A ausência de independência da auditoria interna, seja pelo aspecto organizacional ou ainda pelo aspecto financeiro, não possuindo os recursos suficientes para realizar os trabalhos de forma adequada e segura, pode enfraquecer essa comunicação, uma vez que o auditor pode não se sentir seguro para realizar a comunicação, com receio de sofrer uma retaliação.¹⁴⁰

2.4.2. Social

O S, do ESG, corresponde ao aspecto social e engloba temas como o combate à pobreza, a inclusão racial, de gênero e da comunidade LGBTQIA+ e a garantia de condições dignas de trabalho. Essa área adquiriu ainda maior relevância no cenário pós-pandêmico que, de acordo com o apontado pelo Relatório Global do Desenvolvimento Sustentável, pela primeira vez em décadas, o número de pessoas em extrema pobreza aumentou. Projeta-se globalmente 660 milhões de pessoas em situação de pobreza em 2022, 85 milhões a mais em relação a projeções pré- pandêmicas.¹⁴¹

¹³⁹ NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *ESG: O Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder: A Tríade Regenerativa do Futuro Global*. p.887-888.

¹⁴⁰ Ibid. p.887-888.

¹⁴¹ UNO ENVIRONMENT PROGRAME. *Relatório Global de Desenvolvimento Sustentável 2022*. Disponível em: <<https://www.unep.org/pt-br/resources/relatorios/relatorio-global-de-desenvolvimento-sustentavel-2022>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

Para definir o amplo conceito do Social, do ESG, a União Europeia (UE) lançou, em fevereiro de 2022, uma Taxonomia Social, no âmbito da sua Plataforma para Finanças Sustentáveis. O relatório sugere uma estrutura com três objetivos sociais, focada em três principais grupos de *stakeholders*, onde as atividades econômicas podem ter um impacto positivo: força de trabalho; utilizadores finais/consumidores e comunidades afetadas. Os objetivos são:

- a) Trabalho decente (incluindo para os trabalhadores da cadeia de valor)
- b) Condições de vida e bem-estar dos utilizadores finais/consumidores
- c) Comunidades e sociedades inclusivas e sustentáveis.

Apesar de ser uma iniciativa louvável, Daniela Gomes Pinto defende que esse parâmetro não seria suficiente para países como o Brasil que ainda não enfrentaram diversas questões que já são dadas como “resolvidas” pelos países europeus.¹⁴² A autora argumenta que a fundação do que seria considerado social deve ser nos direitos fundamentais e nos direitos humanos, ainda contestados por certos setores conservadores da sociedade brasileira que os consideram “ideológicos”.

É importante frisar que as diferentes áreas do ESG se relacionam diretamente e não podem ser tratadas de forma estanque. Um exemplo disso foi trazido na COP-26 e é a relação entre gênero e os efeitos da crise climática. Conforme frisado pelo presidente da COP-26,

“Ele destacou o tema do dia “porque gênero e clima estão profundamente interligados”. Sharma ressaltou que o impacto da mudança climática afeta as mulheres e meninas de forma desproporcional”.

A pequena Amal e as meninas sírias que ela representa fazem parte dos 80% dos deslocados por desastres e mudanças climáticas em todo o mundo.

Por milênios, as mulheres tiveram uma relação especial com a natureza. Elas contribuem enormemente para o bem-estar e o

¹⁴² PINTO, Daniela Gomes. O S do ESG em pé de igualdade. *In: Valor Econômico*. São Paulo, 28 set. 2022. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/esg/artigo/o-s-do-esg-em-pe-de-igualdade.ghtml>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

desenvolvimento sustentável de suas comunidades, bem como para a manutenção dos ecossistemas, da diversidade biológica e dos recursos naturais do planeta.”¹⁴³

Um tema que está relacionado ao mesmo tempo às questões ambientais e sociais é o uso da água e o saneamento. Em relatório publicado em 2020, o Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento (SNIS), apresentou dados alarmantes acerca do cenário brasileiro:

a) 100 milhões de brasileiros (47% da população) não têm acesso a sistemas de esgotamento sanitário.

b) 35 milhões de brasileiros (16% da população) não têm acesso à água tratada.

c) Apenas 46% dos esgotos do Brasil são tratados.

d) A cada 100 litros de água captada da natureza, 40 litros se perdem em vazamentos, fraudes e erros de leitura em hidrômetros. Essa perda corresponde a R\$ 12 bilhões de prejuízo/ano para concessionárias.

e) De janeiro a março de 2020, a falta de saneamento gerou 40 mil internações no Brasil.

f) Para atingir-se a universalização do saneamento, serão necessários R\$ 24 bilhões/ano de investimento no setor até 2033.¹⁴⁴

Para abordar esse tema, é essencial o investimento estatal, mas também é necessário que as empresas façam uso responsável da água, promovendo o reuso e a captação de água da chuva, por exemplo. Dessa forma, fica claro que os temas são diretamente relacionados e precisam ser tratados de forma holística, para avaliar todas as causas e efeitos de políticas ESG.

¹⁴³ ONU NEWS. *COP 26 ressalta que mulheres suportam o peso da crise climática*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769822>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹⁴⁴ SNIS – SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. *25º diagnóstico dos serviços de água e esgotos*. Dez. 2020. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2019/Diagn%C3%B3stico_SNIS_AE_2019_Republicacao_31032021.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

2.4.3. Governança Corporativa

A Governança Corporativa pode ser definida como o

“sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”.¹⁴⁵

Assim, as boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) estabelece os princípios básicos da governança corporativa, tais como:

a) Transparência, que consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos;

b) Equidade, que caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas;

c) Prestação de Contas, ou seja, o dever dos agentes de governança de prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo;

d) Responsabilidade corporativa, ou seja, o dever dos agentes de governança de zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas.

¹⁴⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. São Paulo, SP: IBGC, 2015. Disponível em: <<https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Na relação cotidiana entre sócios/acionistas minoritários e diretores executivos, o ambiente nem sempre é de tranquilidade, afinal se contrapõe à propriedade, a execução dos propósitos de gestão cuja eficiência deve ser a mais alta possível, sem perder de vista a preservação do negócio e continuidade da atividade empresarial. Por isso mesmo, divergências e controvérsias são comuns, mas não podem ser nefastas.

Partindo-se da conclusão de que o conflito é inevitável no seio da convivência entre seres humanos, o mais certo não é evitar ou ocultar os debates ou discordâncias, as quais certamente acontecerão. Provavelmente, melhor que se aprenda com todas as divergências e que esses momentos gerem oportunidades de crescimento e amadurecimento das instituições empresariais.

Nesse particular, é relevante, como ferramenta de Governança Corporativa, que se estabeleça critérios claros de tratamento dos conflitos intraorganizacionais, de forma tal que não se abale os resultados da empresa, ou comprometa o desenvolvimento da sua atividade.

Especificamente, é positivo que os conflitos sejam avaliados e ponderados sob a ótica da mediação, instrumento de resolução de disputas que se denomina como adequado, não só pelas técnicas e ferramentas a ele inerentes, como também porque contribui para uma rápida resposta a um problema que não pode ser solucionado no âmbito empresarial pelo desvio de foco que envolve, geralmente, as partes divergentes.

A mediação empresarial surge, então, como ferramenta útil e alternativa para solução de conflitos, em especial os conflitos societários, disputas intraorganizacionais e internas de um ente corporativo, e técnica necessária ao compromisso da Governança Corporativa e como se amolda aos seus objetivos.

Não se trata de uma negação à relevante função do Poder Judiciário, contudo, passados mais de dez anos desde a Resolução nº 125 do Conselho

Nacional de Justiça (CNJ)¹⁴⁶, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, e sete anos da edição da Lei nº 13.140/2015¹⁴⁷, o amadurecimento da mediação convoca uma melhor depreensão e aplicabilidade prática, notadamente para os casos de conflitos empresariais.

E isso se justifica, para que a reputação da empresa não seja manchada ou danificada por um conflito pontual assentado em meras posições pessoais dissociadas do coletivo. É dever da sociedade, por força da sua política de Governança Corporativa, estabelecer códigos internos com previsão para o tratamento dos conflitos de forma clara pautada inicialmente pela mediação, método autocompositivo no qual o terceiro independente e neutro provocará que os próprios agentes em disputa exercitem, a partir de técnicas específicas, práticas que favoreçam a busca da preservação da atividade empresarial.

Não à toa, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) recomenda o uso da mediação em diversas passagens de seu Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. O capítulo 1.4 determina:

“Os conflitos entre sócios, administradores e entre estes e a organização devem, preferencialmente, ser resolvidos mediante a negociação entre as partes. Caso isso não seja possível, recomenda-se que sejam resolvidos por meio de mediação e/ou arbitragem. É recomendável a inclusão desses mecanismos no estatuto/contrato social ou em compromisso a ser firmado entre as partes.”¹⁴⁸

Aliás, considerando que a implantação da governança visa justamente, segundo o próprio IBGC, o alinhamento de interesses "com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização",

¹⁴⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125 de 29, de novembro de 2010. Dje nº 219/2010, de 01 dez. 2010. Brasília, DF. Disponível em:<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹⁴⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5.ed. São Paulo, SP: IBGC, 2015. p. 27. Disponível em:<<https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

parece ser natural que a mediação, como método facilitador de diálogo que é, deva estar inserida e prevista nos órgãos de governança.

Melhor ainda, que os agentes responsáveis pelo desenvolvimento da estratégia de uma determinada empresa, sejam criados e educados sob o regime da mediação e coloquem em prática, diariamente, todas essas técnicas para não deixar que o conflito permeie o desenvolvimento da própria empresa. No entanto, se não houver como reprimir a explosão do conflito, para uma resposta ágil que contribua para os negócios, é importante descrever todo um sistema de resolução pautado na metodologia autocompositiva, e porque não dizer da mediação.

A história e os exemplos das disputas judicializadas entre sócios, conselhos e diretores mostra quão danoso pode ser um litígio não resolvido em tempo hábil, posto que, expõem uma faceta do ente incorpóreo da empresa fragilizado pelo comportamento pessoal e adversarial das pessoas que compõem os seus conselhos ou cargos de gestão, o que é contra todos os princípios de governança corporativa, em especial o que dispõe sobre a distinção da propriedade do negócio e seus pressupostos administrativos.

Assim, fica claro que os conflitos devem ser estimulados até onde gerarem crescimento e amadurecimento do sistema de gestão empresarial. Ultrapassado esse limite, é oportuno que se atribua uma iniciativa de resolução menos gravosa à empresa e a mediação pode ser uma boa resposta.

Essa associação aqui levantada, entre mediação e ESG, já começou a ser implementada no Brasil. De acordo com o CAM-CCBC Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá a resolução de conflitos por meio da mediação registrou alta de 40%, de janeiro a setembro de 2020, ao comparar com o mesmo período do ano anterior. O montante total desses procedimentos foi de 1,857 bilhão de reais, com valor médio de 464,41 milhões de reais.¹⁴⁹ De acordo com Rafael Alves, sócio da área de arbitragem do L.O Batista Advogados:

¹⁴⁹ DA COSTA, Machado. Mediação ganha preferência de empresas que adotam agendas ESG. *In*: Veja, Radar Econômico. 18 dez. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/radar->

“Esses métodos de resolução de conflitos já caminhavam de maneira positiva no Brasil e foram realçados nesse contexto de ESG, com as partes buscando cada vez mais acordos ao invés de avançarem para o judiciário”¹⁵⁰.

2.5. A regulação do ESG

Apesar de o ESG mostrar incrível crescimento e potencial, há uma preocupação relevante quanto à veracidade dos projetos lançados pelas empresas. Um exemplo recorrente é o *greenwashing* tratado anteriormente, que reduz iniciativas ambientais a mera publicidade. Assim, há iniciativas em busca de uma regulação do ESG para evitar esse tipo de comportamento abusivo.

Diversas instituições reguladoras se movimentaram para determinar padrões e regras de publicação, o que permitirá uma padronização das informações, tornando-as mais objetivas, confiáveis e comparáveis.

Em 2021, a *European Securities and Markets Authority* (ESMA), recomendou, em conjunto com a Comissão Europeia, a criação de uma legislação que estabelecesse uma definição legal comum sobre ESG e que obrigasse as empresas a emitir análises que fossem registradas e supervisionadas por autoridade pública.

Já em 2022, a ESMA deu continuidade ao seu trabalho nessa área e abriu uma chamada pública para obter informações sobre a estrutura desse mercado, e publicou o “*Sustainable Finance Roadmap 2022-2024*”¹⁵¹. Esse roteiro define três prioridades para as atividades da instituição no período, dentre elas combater o *greenwashing* e promover a transparência das informações divulgadas pelas empresas¹⁵².

economico/mediacao-ganha-preferencia-de-empresas-que-adotam-agenda-esg/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA). *Sustainable Finance Roadmap 2022-2024*. 10 fev. 2022. Disponível em:<https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma30-379-1051_sustainable_finance_roadmap.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹⁵² ANDRADE, Tatiana; MAGALHÃES, Eduardo; MASIERO, Beatriz; SANTOS, Gustavo. O *greenwashing* impulsionado pela explosão ESG. *In: Jota*. 22 ago. 2022. Disponível em:<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/praticas-esg/o-greenwashing-impulsionado-pela-explosao-esg-22082022>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Já o Parlamento Europeu, publicou o *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (SFDR)¹⁵³, que obriga que determinados setores forneçam informações sobre questões ESG, como emissões de gases de efeito estufa e outros pontos, em um modelo padronizado. O objetivo do SFDR é garantir a transparência para que integrantes do mercado considerem os fatores ESG nas tomadas de decisão sobre investimentos.

Também em 2021, o Parlamento alemão promulgou a Lei de *Due Diligence* da Cadeia de Suprimentos (*Supply Chain Due Diligence Act*)¹⁵⁴, que obriga as empresas a identificarem e avaliarem questões relacionadas aos direitos humanos e de riscos ambientais. A lei prevê também a obrigação de publicação anual de relatórios sobre o cumprimento das suas obrigações legais de *due diligence*, além de dispor sobre responsabilidades e sanções em casos de descumprimentos, que podem chegar até 2% do faturamento anual para aquelas empresas que têm faturamento médio mundial superior à 400 milhões de euros.

Aqui no Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) publicou a Resolução nº 59/2021¹⁵⁵ que altera e acrescenta dispositivos à Instrução nº 480/2009¹⁵⁶. A nova norma alterou o Formulário de Referência e inseriu requisitos de informações, com o objetivo de trazer mais transparência para os investidores no mercado acionário brasileiro em relação a divulgação de informações de práticas ambientais, sociais e de governança corporativa.

Dentre as práticas que passaram a ser exigidas no Formulário de Referência, se destacam a necessidade da indicação: do tipo de relatório utilizado para divulgação das informações ESG, metodologia ou padrões

¹⁵³ EUROSIF. *SFDR*. Disponível em: <<https://www.eurosif.org/policies/sfdr/>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹⁵⁴ BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. *Supply Chain Act*. Disponível em: <<https://www.csr-in-deutschland.de/EN/Business-Human-Rights/Supply-Chain-Act/supply-chain-act.html>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹⁵⁵ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Resolução CVM nº 59, de 22 de dezembro de 2021. Brasília, DF: Colegiado, 2021. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol059.html>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹⁵⁶ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução CVM nº 480, de 7 de dezembro de 2009. Brasília, DF: Colegiado, 2009. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst480.html>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

adotados; da realização de auditorias ou revisões no relatório; da consideração dos ODS; da consideração das recomendações de instituições que reconhecidamente tratam das questões climáticas; da realização de inventário dos gases de efeito estufa.

CAPÍTULO III - O Estado brasileiro como motor do desenvolvimento sustentável

3.1. O potencial impacto dos projetos de infraestrutura na sociedade brasileira

Como tratado no capítulo anterior, nos últimos anos, o planeta vivenciou significativas mudanças climáticas, aumento dos acidentes ambientais, escassez dos recursos naturais, alterações nas condições de trabalho, entre outras tantas transformações sociais. Assim, cada vez mais disseminada, a agenda ESG e os chamados investimentos de impacto têm se tornado, de forma crescente, objetivos comuns para empresas e investidores em todo o mundo, sobretudo depois que a ONU lançou seus 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, incluindo fome zero, boa saúde e bem-estar, água potável e saneamento.¹⁵⁷

Assim, argumenta Jessica Acocella, que o investimento em infraestrutura aliado à sustentabilidade são dois pilares essenciais para o crescimento do país.¹⁵⁸ Com a crise causada tanto por fatores internos, quanto externos, os governos têm recorrido à estruturação de projetos de infraestrutura em diferentes setores, por meio da realização de investimentos massivos via parcerias com a iniciativa privada, com vistas a alavancar a economia por meio da geração de empregos e oportunidades, além de colher o benefício do desenvolvimento estrutural para o país. Importante pontuar, entretanto, que o setor de infraestrutura no país sofreu forte impacto com a Lava-Jato que levou muitas empresas à falência ou a perda de seus contratos.¹⁵⁹ Estima-se que a Lava-Jato gerou uma perda de 140 bilhões de

¹⁵⁷ PACTO GLOBAL REDE BRASIL. ESG. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹⁵⁸ ACOCELLA, Jéssica. Regulação por incentivos, agenda ESG e o futuro da infraestrutura no país. *In*: Jota. 18 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-por-incentivos-agenda-esg-e-o-futuro-da-infraestrutura-no-pais-18012021>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁵⁹ HIRATA, Taís. Lava Jato deixa hiato na infraestrutura, afirma presidente da Triunfo. *In*: Folha de São Paulo. São Paulo, 30 se. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/09/lava-jato-deixa-hiato-na-infraestrutura-afirma-presidente-da-triunfo.shtml?origin=folha>>. Acesso em 20 nov. 2022.

reais do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.¹⁶⁰ Dessa forma, é de suma importância a retomada dos projetos de infraestrutura como forma de estímulo à economia nacional.

Nesse sentido, argumenta Acocella, a incorporação de estratégias ESG aos futuros projetos, pode agregar valor ao modernizar e expandir ativos sob novos padrões, aderindo-se às melhores práticas em execução de projetos sustentáveis alinhadas às boas práticas internacionais.¹⁶¹ De tal modo, seria possível não apenas reacender o setor de infraestrutura brasileiro, mas também o direcionar de forma sustentável.

Para tanto, é necessário focar em duas questões essenciais: tornar mais atraente a economia subjacente dos projetos de infraestrutura sustentável e atrair capital privado para o fornecimento de infraestrutura em termos que sejam mutuamente vantajosos para a sociedade e para o mercado privado.¹⁶²

No que diz respeito ao fomento da frente ambiental, Acocella cita algumas das diversas oportunidades no setor de infraestrutura, como: estabelecimento de exigências quanto ao reaproveitamento de resíduos sólidos, gestão de recursos hídricos, utilização de matriz energética variada, uso consciente de recursos naturais, bem como soluções de engenharia e tecnologia mais eficientes, apenas para citar algumas das possíveis medidas capazes de reduzir os impactos das atividades públicas ao meio ambiente.¹⁶³

Já quando se trata da responsabilidade social, a autora afirma ser possível fomentar, ao lado da prestação dos serviços públicos concedidos, a realização de uma série de ações e programas de impacto na comunidade atendida pelo projeto: desenvolvimento de programas educacionais e integração com as escolas, de inclusão social e de diversidade; integração dos jovens; filantropia e voluntariado corporativo.

¹⁶⁰ ALVARENGA, Darlan. Impacto da Lava Jato no PIB pode passar de R\$ 140 bilhões, diz estudo. *In:* G1, Economia. São Paulo, 11 ago. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/impacto-da-lava-jato-no-pib-pode-passar-de-r-140-bilhoes-diz-estudo.html>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁶¹ ACOCELLA, Jéssica. Regulação por incentivos, agenda ESG e o futuro da infraestrutura no país. *In:* Jota. 18 jan. 2021.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

Um exemplo interessante nesse âmbito é o da B3 (Bolsa de Valores), que passou a emitir um *Sustainability Linked Bond* (SLB), ou título de dívida vinculado à sustentabilidade, no montante de US\$ 700 milhões, que aborda não apenas o tema ambiental, mas também o social. O papel emitido pela Bolsa estabeleceu como metas a criação, até 2024, de índice de mercado destinado a medir a performance de empresas com bons indicadores de diversidade; e atingir, até 2026, 35% de mulheres em cargos de liderança na B3, abrangendo gerentes, superintendentes e diretoras, inclusive em cargos “C-Level”, indicador que, na época de criação do título, estava em 27,2%.¹⁶⁴ Em interessante artigo publicado no portal Jota, Isadora Cohen e Luísa Santana argumentam que esse projeto pode estimular a inclusão de mulheres no setor da infraestrutura.¹⁶⁵

Por fim, acerca da governança, regras quanto à ética e transparência, à diversidade na composição dos conselhos de administração e à tomada de decisão independente e transparente sobre os investimentos realizados, podem ser incentivadas como forma de mitigar desvios, irregularidades, atrasos nas entregas e perda de valor para os investidores.¹⁶⁶

Através de medidas como essas, portanto, é possível integrar ao planejamento convencional de infraestrutura tanto critérios de mitigação ambiental, como critérios de impacto social e de boa governança, o que proporcionará ao Brasil a oportunidade de acessar novos fluxos de capital que buscam incentivar a agenda ESG.

Projetos de gestão de resíduos sólidos são um bom exemplo de como a adoção de critérios ESG pode ser incentivada. Estima-se que, até 2031, sejam necessários R\$ 11,6 bilhões por ano em investimentos em

¹⁶⁴ CAMPOS, Álvaro. B3 é 1ª brasileira a ter bônus com metas exclusivamente sociais. *In*: Valor Econômico. São Paulo: 17 set. 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/financas/noticia/2021/09/17/b3-e-1a-brasileira-a-ter-bonus-com-metas-exclusivamente-sociais.ghtml>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

¹⁶⁵ COHEN, Isadora; SANTANA, Luísa Dubourcq. O ‘S’ do ESG: Boas notícias para a inclusão de gênero na infraestrutura. *In*: Jota. 13 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/slb-esg-inclusao-de-genero-na-infraestrutura-18032022>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

¹⁶⁶ ACOCELLA, Jéssica. Regulação por incentivos, agenda ESG e o futuro da infraestrutura no país. *In*: Jota. 18 jan. 2021.

infraestrutura para garantir a universalidade da gestão sustentável de resíduos sólidos no Brasil.¹⁶⁷ Vários municípios vêm elaborando projetos para introduzir e melhorar os serviços e, até agora, já foram criados 40% dos aterros sanitários necessários.

Nesse contexto, outro setor que se revela promissor na incorporação da agenda ESG é o de transportes de baixo carbono, que representa, atualmente, apenas 15% dos investimentos em títulos verdes. Todavia, ele foi identificado como o principal setor em termos de crescimento de mercado, conforme demonstra uma recente análise de títulos climáticos que poderiam obter selo “verde”, com estoque de US\$ 505,4 bilhões.¹⁶⁸ Acerca desse tópico, mais de 100 governos nacionais, cidades, estados e grandes empresas assinaram a Declaração de Glasgow sobre Carros e Ônibus de Emissão Zero. O texto prevê encerrar a venda de motores de combustão interna até 2035 nos principais mercados e em 2040 em todo o mundo. Pelo menos 13 nações também se comprometeram a acabar com a venda de veículos pesados movidos a combustíveis fósseis até 2040.¹⁶⁹

Visando regular esse tema, a ANEEL emitiu a Resolução Normativa nº 819/2018, que estabelecia os procedimentos e as condições para a realização de atividades de recarga de veículos elétricos (VEs), estabelecendo 2025 como o prazo para que os VEs ultrapassem os motores de combustão interna em termos de competitividade econômica.¹⁷⁰ Essa norma, entretanto, foi revogada pela Resolução Normativa nº 1.000/2021¹⁷¹, que consolida os direitos e deveres dos consumidores de energia elétrica e

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ AMBROSANO, Julia; GASPAROTTO, Thatyanne. *Oportunidades de Investimento em Infraestrutura a Nível Municipal no Brasil*. Banco Interamericano de Desenvolvimento, set. 2020. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/pt/oportunidades-de-investimento-em-infraestrutura-nivel-municipal-no-brasil>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁶⁹ ONU NEWS. *COP 26: transporte livre de combustíveis fósseis e propostas para texto final*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1770042>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁷⁰ BRASIL. Resolução Normativa nº 819, de 19 de junho de 2018. Brasília, DF: Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica, 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/28737289/do1-2018-07-05-resolucao-normativa-n-819-de-19-de-junho-de-2018-28737273>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁷¹ BRASIL. Resolução Normativa ANEEL nº 1.000, de 7 de dezembro de 2021. Brasília, DF: Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica, 2021. Disponível em: <<https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20211000.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

estabelece as Regras de Prestação do Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica. As disposições sobre a instalação de recargas de veículos elétricos estão no Capítulo V da norma.

De acordo com a Agência, foi feita a opção por uma regulamentação mínima do tema, com o objetivo principal de evitar interferências indesejáveis na operação da rede elétrica e garantir que as tarifas dos consumidores de energia elétrica das distribuidoras não sejam impactadas pela prestação do serviço de recarga de veículos elétricos, quando realizado por essas distribuidoras.¹⁷²

Acerca do desenvolvimento sustentável, em entrevista realizada na COP-27, a ex-Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, se pronunciou da seguinte forma:

“Podemos fazer um processo de reindustrialização centrado nas metas do Acordo de Paris, fazer uma transição para uma agricultura de baixo carbono, ter uma matriz elétrica limpa e segura, inclusive, para produzir hidrogênio, e podemos ser um enorme lastro para novos parques industriais de produção de carros elétricos”, explicou. “Eu vejo um Brasil fenecendo, mas também vejo um país florescendo, associado a esse novo ciclo de prosperidade.”¹⁷³

Assim, o sucesso dos futuros projetos de infraestrutura passará por mudanças significativas e impulsionadas sobretudo por novas tendências. O avanço tecnológico, a preocupação social, o impacto ambiental das obras, os novos mecanismos de financiamento e a gestão de riscos, por exemplo, têm sido elementos disruptivos para um mercado que se readapta constantemente. Como resultado, tende-se a impulsionar o ritmo dos aportes necessários para o crescimento econômico e, assim, proporcionar melhor qualidade de vida à população em tempos de crise.

¹⁷² GOV.BR. *Veículos Elétricos*. Ministério de Minas e Energia, Agência Nacional de Energia Elétrica, 10 fev. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/veiculos-eletricos>>. Acesso em 20 nov. 2022.

¹⁷³ CAETANO, Rodrigo. Marina Silva: a reindustrialização virá a partir do meio ambiente e do conhecimento ancestral. *In*: Exame. 12 nov. 2022. Disponível em:<<https://exame.com/esg/marina-silva-a-reindustrializacao-vira-a-partir-do-meio-ambiente-e-do-conhecimento-ancestral/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

3.2. Exemplo Internacional

A Coreia do Sul lançou, em julho de 2022, um pacote de estímulos ao *Korean New Deal: National Strategy for a Great Transformation*¹⁷⁴, que busca guiar seus próximos 100 anos, apoiado nos eixos centrais dos fatores ESG. O governo sul coreano lançou esse pacote em um contexto pós pandemia da covid-19, com o objetivo de reacender a economia e estimular o desenvolvimento sustentável. O governo coreano irá investir US\$ 144 bilhões até 2025 para enfrentar desafios com base em três pilares:

a) o *Digital New Deal*, com uma nova era de hiperconectividade e superinteligência, valendo-se da IA e do 5G;

b) o *Green New Deal*, com reversão da corrente realidade econômica vinculada ao combustível fóssil para atingir emissões líquidas zero de carbono até 2050; e

c) o *Human New Deal (Stronger Safety Net)*, com seguridade social e rede para gerar 1,9 milhões de empregos até 2025.

O *New Deal* coreano está intrinsecamente ligado aos três fatores ESG. Ademais, em tempos de coronavírus, o projeto ganha ainda mais relevância, já que o IPCC avalia que há pontos em comum entre a crise do coronavírus e as mudanças climáticas.¹⁷⁵

De acordo com o *Climate Change Performance Index*¹⁷⁶, que monitora o desempenho da proteção climática de 57 países e a União Europeia, que são responsáveis por 90% das emissões globais de gases de efeito estufa, com base em 14 indicadores, a Coreia do Sul ocupa o 53º lugar nesse ranking climático. Logo, o objetivo do projeto é também melhorar o desempenho do país nesse aspecto.

¹⁷⁴ GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA. *The Koorean new deal*. Jul. 2020. Disponível em: <<https://english.moef.go.kr/skin/doc.html?fn=Korean%20New%20Deal.pdf&rs=/result/upload/mini/2020/07/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁷⁵ IPCC SIXTH ASSESSMENT REPORT. *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

¹⁷⁶ BALS, Christoph et. al. *Climate Change Performance Index 2021*. 7 dez. 2020. Disponível em: <<https://ccpi.org/download/the-climate-change-performance-index-2021/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Conforme ensina Yun Ki Lee, em artigo publicado no Portal Jota, o *Korean New Deal* inspira-se no *New Deal* estadunidense, que buscou dar uma resposta para crise econômica vivida pelos Estados Unidos, após a quebra da bolsa de 1929. Entretanto, a crise sanitária da Covid-19 é considerada muito mais profunda que a Depressão de 1930, o que torna a proposta coreana ainda mais desafiadora.¹⁷⁷

O *Korean New Deal* guarda vínculos também com o *Green Deal* europeu, iniciativa da Comissão Europeia, que propõe um conjunto de medidas para que a Europa se torne neutra em carbono até 2050 e assim seja o primeiro continente a alcançar tal meta. Para chegar lá, a Comissão propõe uma Lei Europeia do Clima, um Pacto Europeu para o Clima e um Plano de Metas Climáticas, com efeitos jurídicos vinculantes. Aos europeus, a mudança climática tem o peso de ameaça global, que reclama resposta mundial. Essa perspectiva fica reforçada com as recentes enchentes que afetaram a Alemanha, Bélgica e Países Baixos, deixando centenas de mortos, milhares de desaparecidos e rastros de destruição. Autoridades alemãs reconhecem que o aquecimento global conduziu a esses eventos climáticos extremos e que é preciso atuar de forma mais efetiva e global.

A Comissão Europeia reconhece que as mudanças climáticas estão causando impactos em todos os níveis da sociedade e da economia, razão pela qual continuará a apoiar o desenvolvimento e implementação de estratégias e planos para ações de adaptação com visão sistêmica.

3.3. Políticas nacionais em prol do desenvolvimento sustentável na Infraestrutura

O Brasil já conta com alguns projetos, especialmente federais, que unem infraestrutura e sustentabilidade. Um exemplo é o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (REIDI), que foi

¹⁷⁷ STANGARONE, Troy. The Impact of COVID-19 on South Korean Trade in 2020. In: The Diplomat. 4 fev. 2021. Disponível em: <<https://thediplomat.com/2021/02/the-impact-of-covid-19-on-south-korean-trade-in-2020/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Criado pela Lei Federal nº 11.488/2007¹⁷⁸, e tem como objetivo a desoneração da implantação de projetos de infraestrutura. Conforme estabelecido no artigo 2º da norma, é beneficiária do REIDI a pessoa jurídica que tenha projeto aprovado para implantação de obras de infraestrutura nos setores de transportes, portos, energia, saneamento básico e irrigação.

O incentivo fiscal do REIDI consiste na suspensão da incidência das contribuições para PIS e COFINS sobre as receitas decorrentes das aquisições destinadas à utilização ou incorporação em obras de infraestrutura destinadas ao seu ativo imobilizado, nos seguintes casos:

a) venda de máquinas, aparelhos, instrumentos e equipamentos, novos, quando adquiridos por pessoa jurídica habilitada ao regime, para incorporação em obras de infraestrutura destinadas ao seu ativo imobilizado;

b) venda de materiais de construção, quando adquiridos por pessoa jurídica habilitada ao regime, para incorporação em obras de infraestrutura destinadas ao seu ativo imobilizado;

c) prestação de serviços, por pessoa jurídica estabelecida no país, à pessoa jurídica habilitada ao regime, quando aplicados em obras de infraestrutura destinadas ao ativo imobilizado; e

d) locação de máquinas, aparelhos, instrumentos e equipamentos para utilização em obras de infraestrutura destinadas ao seu ativo imobilizado, quando contratada por pessoa jurídica habilitada ao regime.

A Lei foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.144/2007. Os procedimentos para aprovação dos projetos de infraestrutura no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Regional são disciplinados nas seguintes Portarias:

a) Portaria nº 1.658/2021¹⁷⁹ que estabelece os requisitos e os procedimentos para aprovação dos projetos de infraestrutura no setor de

¹⁷⁸ BRASIL. Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11488.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁷⁹ BRASIL. Portaria nº 1.658, de 12 agosto de 2021. Brasília, DF: Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional, 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.658-de-12-de-agosto-de-2021-338426939>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

saneamento básico, para adesão ao Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura;

b) Portaria nº 2.508/2021¹⁸⁰ que estabelece o procedimento de aprovação dos projetos de infraestrutura no setor de irrigação ao Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura;

c) Portaria nº 33/2022¹⁸¹ que estabelece o procedimento de aprovação de projetos de infraestrutura no setor de transporte e da mobilidade urbana para fins de habilitação ao Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura.

Já o Renovabio, foi criado pela Lei nº 13.576/2017¹⁸², e é composto por três eixos estratégicos:

- 1) Metas de Descarbonização;
- 2) Certificação da Produção de Biocombustíveis; e
- 3) Crédito de Descarbonização (CBIO).¹⁸³

No primeiro eixo, anualmente o Governo estabelece metas nacionais, regulamentadas pelo Decreto nº 9.888/2019¹⁸⁴, para dez anos, as quais são desdobradas para os distribuidores de combustíveis, que são a parte obrigada da política. Já no segundo eixo, os produtores voluntariamente certificam sua produção e recebem, como resultado, notas de eficiência energético-ambiental. A certificação foi regulamentada pela Resolução ANP nº

¹⁸⁰ BRASIL. Portaria nº 2.508, de 5 outubro de 2021. Brasília, DF: Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional. Disponível em: <<https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.508-de-5-de-outubro-de-2021-350613189>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁸¹ BRASIL. Portaria nº 33, de 5 de janeiro de 2022. Brasília, DF: Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional Substituto, 2022. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-33-de-5-de-janeiro-de-2022-372231854>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁸² BRASIL. Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113576.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

¹⁸³ GOV.BR. *RenovaBio*. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: <<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/renovabio-1#:~:text=O%20RenovaBio%20C3%A9%20uma%20pol%3ADtica,mercado%20e%20a%20mitiga%3%A7%3A3o%20de>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁸⁴ BRASIL. Decreto nº 9.888, de 27 de junho de 2019. Brasília, DF: Presidente da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9888.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

758/2018¹⁸⁵. As notas, por sua vez, são multiplicadas pelo volume de biocombustível comercializado, o que resulta na quantidade de CBIOS que determinado produtor poderá emitir e vender no mercado.¹⁸⁶ Assim, o terceiro eixo foi regulamentado pela ANP, através da Resolução nº 802/2019¹⁸⁷, que estabeleceu os procedimentos para geração de lastro necessário para emissão primária do C BIO. De tal modo, foi estabelecido um modelo similar ao mercado de carbono focado na substituição de combustíveis fósseis.

Já o BNDES, atua em alguns eixos específicos em prol do Desenvolvimento Sustentável. Durante a COP-27, o firmou seis compromissos. São eles:

- a) Neutralidade em carbono até 2050;
- b) Neutralização das emissões nos escopos 1, 2 e as relacionadas a viagens a negócios e deslocamento de funcionários (casa-trabalho) a partir de 2025;
- c) Finalização do inventário das emissões financiadas do escopo 3 para as demais carteiras do BNDES;
- d) Definição, em 2023, de metas de neutralidade para as carteiras de crédito direto, indireto e renda variável;
- e) Definição, em 2023, de metas de engajamento para acelerar a transição dos seus clientes para a neutralidade em carbono; e

¹⁸⁵ BRASIL. Resolução ANP nº 758, de 23 de novembro 2018. Brasília, DF: Diretoria da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 2018. Disponível em: <<https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-758-2018-regulamenta-a-certificacao-da-producao-ou-importacao-eficiente-de-biocombustiveis-de-que-trata-o-art-18-da-lei-no-13-576-de-26-de-dezembro-de-2017-e-o-credenciamento-de-firmas-inspetoras?origin=instituicao&q=758>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁸⁶ GOV.BR. *RenovaBio*. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: <<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/renovabio-1#:~:text=O%20RenovaBio%20%C3%A9%20uma%20pol%C3%ADtica,mercado%20e%20a%20mitiga%C3%A7%C3%A3o%20de>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁸⁷ BRASIL. Resolução ANP nº 802, de 05 de dezembro de 2019. Brasília, DF: Diretoria da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 2019. Disponível em: <<https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-802-2019-estabelece-os-procedimentos-para-geracao-de-lastro-necessario-para-emissao-primaria-de-creditos-de-descarbonizacao-de-que-trata-o-art-14-da-lei-no-13-576-de-26-de-dezembro-de-2017-e-altera-a-resolucao-anp-no-758-de-23-de-novembro-de-2018?origin=instituicao&q=802>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

f) Incorporação, em 2023, da contabilização de carbono nos processos de aprovação de apoio a novos projetos.¹⁸⁸

A última das metas, relativa à contabilização de carbono dos novos projetos, já havia sido anunciada em agosto de 2022 pelo presidente do BNDES, Gustavo Montezano.¹⁸⁹ Essa iniciativa dá continuidade à ampla atuação da organização em prol do desenvolvimento sustentável, através do apoio, financiamento e estruturação de projetos de cunho ambiental e social.¹⁹⁰ Dentre os principais projetos do banco está o fundo Socioambiental, que tem por objetivo apoiar investimentos de caráter social, nas áreas de geração de emprego e renda, saúde, educação, meio ambiente e/ou vinculadas ao desenvolvimento regional e social. Os recursos do BNDES Fundo Socioambiental são aplicados com foco na inclusão social, priorizando projetos que objetivem proporcionar significativos benefícios sobre as condições de vida das populações de baixa renda.¹⁹¹

Em palestra ministrada no Shell Talks, no Rio de Janeiro, Montezano frisou ainda que todos os aspectos do ESG estão conectados e que não há

¹⁸⁸ CAETANO, Rodrigo. BNDES faz compromissos climáticos na COP27 e busca preservar estratégia ESG para o próximo governo. *In*: Exame. 9 nov. 2022. Disponível em: <<https://exame.com/esg/bndes-faz-compromissos-climaticos-na-cop27-e-busca-preservar-estrategia-esg-para-o-proximo-governo/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁸⁹ COUTO, Fábio. Meta do BNDES é que 100% de empréstimos em 2023 tenham estimativa de impacto de carbono. *In*: Valor Econômico. Rio de Janeiro, 23 ago. 2022. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/08/23/meta-do-bndes-e-que-100percent-de-emprestimos-em-2023-tenham-estimativa-de-impacto-de-carbono.ghtml>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁹⁰ BNDES. *Parcerias para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <[¹⁹¹ BNDES. *BNDES Fundo Socioambiental*. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndes-fundo-socioambiental>>. Acesso em: 20 nov. 2022.](https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/desenvolvimento-sustentavel/parcerias/parcerias%20para%20o%20desenvolvimento%20sustentavel!/ut/p/z1/zVNNU8IwEP0reOBYkn4AwVtlEJAyjB8I5MKkJaVRmpQ0tOKvd0GdURFm8GROm-Tt5r23G0TRFFHJCrFkRijJVrCf0ca8edtt93zPDRrXrodv7x66V4ORYxOniSZ7AD6yfIzo13xChg3Ib9i47jQxaTfQI6KIRtJkGzUC54PhcyN8Jsoj2DKk5UyqsYLrgs1KoQKZdGWfkmNxCwggMkYzriWrC8AhGrqMoPdOXP6B27LBILNPOc0GEEe5YbhrblOa3YIhFEnJEIx5gt7OjTjRN20dNmTXbvASRoDT09b4SDUd_tYL_XDUpeZ2B3W-4H4ESNGXBoHuXQB5KF4CUaS6VT6PD9mRJ7GN18b-qhSpgaRw_bwyVUZiaxhIwVmp71O5QQT-s19WE6lDT8xaDpPxxwPsGK5UuH7T_Fl6BLQrHnMNde1jYbjxJgsv6ziKi7LsraXUFuqohbq31ISlYPQA2SWjIPibq3neNhXPRpu3deAT_yLN3-ekeg!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/>. Acesso em: 20 nov. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

ambiental ou social sem um esforço significativo na melhoria da governança. De acordo com o executivo, já houve palpável melhora nesse aspecto.¹⁹²

Um exemplo estadual é o de Belo Horizonte, que em 2017, lançou seu Plano de Mobilidade Urbana para 2030, com foco a promoção de sistemas de baixo carbono e a minimização dos impactos ambientais. Algumas das medidas previstas no Plano são prospectar e promover a substituição da frota de transporte público por veículos com maior eficiência de carbono e garantir a harmonização das políticas e compromissos ambientais com o planejamento de mobilidade urbana da cidade.¹⁹³

3.3.1. A estruturação de um mercado de carbono nacional

O mercado de carbono na Brasil ainda está muito aquém do que poderia ser. A Câmara de Comércio Internacional (ICC), em parceria com a consultoria WayCarbon, realizaram análise¹⁹⁴ e concluíram que o Brasil tem capacidade para atender 48,7% da demanda global por créditos de carbono no mercado voluntário, que deve chegar entre 1,5 bilhão e 2 bilhões de toneladas de CO₂ no fim da década. Assim, o relatório estima um potencial de receitas com créditos de carbono de até US\$ 120 bilhões para o Brasil até 2030.¹⁹⁵

Além do previamente mencionado Renovabio, que trabalha com a emissão de CBios com base na redução da emissão de gases de efeito estufa decorrentes do uso de combustíveis fósseis, há outros esforços nacionais para a criação de um mercado de carbono brasileiro.

¹⁹² COUTO, Fábio. Meta do BNDES é que 100% de empréstimos em 2023 tenham estimativa de impacto de carbono. *In*: Valor Econômico. Rio de Janeiro, 23 ago. 2022.

¹⁹³ PREFEITURA MUNICIPL DE CURITIBA. *Mobilidade urbana se reinventa*. Disponível em: <<https://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/especiais/mobilidade-ativa/31>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁹⁴ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Lançamento da Segunda Edição do Estudo ICC-WayCarbon: Oportunidades para o Brasil e Mercados de Carbono*. 6 out. 2022. Disponível em: <<https://www.iccbrasil.org/lançamento-da-segunda-edicao-do-estudo-icc-waycarbon-oportunidades-para-o-brasil-e-mercados-de-carbono/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁹⁵ LIMA, Monique. Falta de regulação limita mercado de carbono no Brasil. *In*: Forbes Money. 7 out. 2022. Disponível em: <<https://forbes.com.br/forbes-money/2022/10/falta-de-regulacao-limita-mercado-de-carbono-no-brasil/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Em outubro de 2020 foi lançado pelo Ministério do Meio Ambiente o programa Floresta+ Carbono, que é o novo instrumento do governo federal para incentivar o pagamento por serviços ambientais, dessa vez com mercado de carbono. No entanto, segundo a pasta, são as empresas privadas que devem ser responsáveis pelo desenvolvimento de projetos de neutralização de carbono. Na estrutura de mercado desenvolvida pelo Meio Ambiente, as empresas devem desenvolver projetos para crédito de carbono, fazer as auditorias e certificações dos projetos, além de serem potenciais compradoras do crédito. Assim, o programa prevê a geração de créditos de carbono por meio da conservação e recuperação da vegetação nativa.

Já em maio de 2022, o Governo Federal publicou o Decreto nº 11.075/2022, que estabelece os procedimentos para a elaboração dos Planos Setoriais de Mitigação das Mudanças Climáticas, institui o Sistema Nacional de Redução de Emissões de Gases de Efeito Estufa, nos moldes do sistema europeu.¹⁹⁶ Entretanto, esse projeto ainda não foi devidamente colocado em prática e, por conseguinte, não é possível analisar seus efeitos.

3.4. O governo por contratos e a possibilidade de implementação contratual de políticas públicas

Em sua tese de doutorado, realizada na Universidade Federal do Paraná, Thiago Lima Breus aborda a contratualização da política e brilhantemente disserta:

“Se, de acordo com Fábio Konder Comparato, a implementação do Estado Constitucional e a realização de seus objetivos de salvaguarda de direitos fundamentais, impôs a superação do paradigma do *government by law* (*governo por leis*) pelo *government by policies* (*governo por políticas, ações e/ou diretrizes*), é possível se referir hoje à complementação desta última forma de ação estatal pelo *government by contract* (*governo por contratos*).”¹⁹⁷

¹⁹⁶ BRASIL. Portaria nº 2.508. de 5 de outubro de 2021. Brasília, DF: Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional, 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-11.075-de-19-de-maio-de-2022-401425370>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁹⁷ BREUS, Thiago de Lima. *O Governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. Curitiba, 2015. 262 p. Tese (Doutorado em

Ao longo de sua tese, o autor sustenta que através da estrutura de *governo por contrato(s)*, apresenta-se a possibilidade da Administração empregar a chamada *contratação pública estratégica* consistente na adição de finalidades contratuais acessórias, transversais e/ou horizontais no bojo dos contratos públicos.

Nesse modelo de governo, o uso dos contratos se apresenta como forma de atender aos interesses de distintos grupos da sociedade, às vezes, até mesmo, antagônicos. Assim, como sustenta Breus, a Administração contratualizada e/ou pactuada, nesse passo, opõe-se ao modelo tradicional de gestão administrativa, centralizado e burocrático.¹⁹⁸

Em resumo, o governo por contratos é

“tido como um conjunto de arranjos institucionais que (i) podem ocorrer entre entidades públicas exclusivamente, permitindo, v.g., a descentralização e/ou delegação interna de funções e/ou tarefas estatais e (ii) podem articular mecanismos de cooperação entre pessoas públicas e privadas, seja por meio de contratos tradicionais de fornecimento de bens e de contratação de mão de obra, seja através de sistemas complexos de prestação de serviços públicos por pessoas privadas, como as múltiplas formas de concessão de serviços e/ou obras públicas e permissões.”¹⁹⁹

Essa estrutura não é nova na política mundial, tendo sido empregada nos Estados Unidos da América desde o Pós Segunda Guerra e sido ampliado após o 11 de setembro de 2001. Em um primeiro momento, houve a gestão pública por meio de terceirização de mão-de-obra, tendo mantido as funções centrais para as entidades públicas. Entretanto, o papel do setor privado tem se expandido e ocupado cada vez mais as *core functions* estadunidenses.

Como disserta Breus, a rigor, nos EUA, essa delegação não poderia ocorrer com essa amplitude²⁰⁰, especialmente em razão de entendimento da Suprema Corte, baseada em uma declaração de Franklin Delano Roosevelt, para quem

Direito do Estado) Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 20.

¹⁹⁸ Ibid. p.26.

¹⁹⁹ Ibid. p.27.

²⁰⁰ Ibid.

“(...) a liberdade de uma democracia não é segura se as pessoas tolerarem o crescimento do poder privado para um ponto em que ele se tornar mais forte do que o próprio estado democrático (...)”.²⁰¹

Entretanto, nas últimas décadas, o poder privado se apossou de forma assustadora, sendo responsável por atividades e funções estatais particularmente sensíveis, como a seleção de alvos militares, interrogatório de detidos, controle de fronteiras, elaboração de sistemas de vigilância, gestão de operações de inteligência, controle de acesso a dados militares e informações públicas confidenciais e participação de em zona de batalha.²⁰² Esse movimento foi tão radical que se fala até mesmo de uma delegação da própria soberania nacional.

Apesar de a participação privada na gestão ser, em diversos casos, muito frutífera, pode ter também consequências nefastas se mal gerida. Um exemplo claro é o das empresas de segurança privada que participam das guerras em nome dos Estados Unidos da América, sendo o caso da Guerra do Iraque o mais gritante. Como leciona Scahill, essas companhias privadas negociam a imunidade de seus funcionários em serviço para que eles não sejam levados a julgamento.²⁰³ Michael Ratner, presidente do Centro de Direitos Constitucionais afirma:

“O fato de eles gozarem de imunidade significa que não existe sequer a possibilidade de eles temerem quaisquer consequências dos seus atos de brutalidade e assassinato (...). Nada disso é por acaso; o verdadeiro objetivo deles é brutalizar e incutir o medo no povo do Iraque.”²⁰⁴

Essas empresas, hoje, formam verdadeiras milícias armadas e legalizadas, que possuem, de certa forma, mais poder do que o próprio Estado. Em entrevista à Folha de São Paulo em 2008, declarou Scahill,

²⁰¹ ROOSEVELT, Franklin D., Recommendations to the Congress to Curb Monopolies and the Concentration of Economic Power (Apr. 29, 1938). *In: Public Papers of The Presidents of the United States*. Washington: Samuel I. Rosenman ed., 1990.

²⁰² GUTTMAN, Dan. Government By Contract: The White House Needs Capacity to Review and Revise the Legacy of 20th Century Reform. *In: Presidential Management Capacity to Respond to 21st Century Challenges*, p. 05.

²⁰³ SCAHILL, Jeremy. *Blackwater. A Ascensão do Exército Mercenário mais poderoso do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²⁰⁴ *Ibid.*

“Veja, atualmente os EUA têm 16 agências governamentais de inteligência, com um orçamento conjunto de entre US\$ 40 bilhões e US\$ 60 bilhões -o número exato é secreto. 70% desse orçamento é usado para pagar serviços de empresas privadas. Quem garante que uma empresa privada que tem milhões em contratos com o governo americano não vai incluir em relatórios para outros governos informações que são de interesse da Casa Branca?”²⁰⁵

Esse modelo, felizmente, não seria possível no Estado brasileiro, já que a Constituição Federal restringe a delegação de atividades estatais. Vale pontuar, entretanto, que o Governo do atual presidente, Jair Bolsonaro²⁰⁶, mostrou peculiar apreço pelas milícias que hoje dominam boa parte de estados como o Rio de Janeiro²⁰⁷, mesmo sabendo da extrema violência perpetrada por esses entes paramilitares, tendo havido até mesmo a chamada CPI das milícias na Assembleia Legislativa do estado do Rio de Janeiro.²⁰⁸

Dessa forma, é importante esclarecer que a delegação aqui tratada é aquela dentro dos limites da Constituição Federal, com a devida gestão contratual e visando a implementação de políticas em prol do interesse público. Importante, aqui, mencionar que a própria Lei nº 11.079/2004, estabelece em seu artigo 4º, III, que devem ser respeitadas nas parcerias público-privadas, a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Tendo isso em vista, o governo por contratos no Brasil se estabelece de forma muito distinta do modelo estadunidense. A evolução legislativa

²⁰⁵ MURTA, Andrea. Exércitos privados mimetizam Forças Armadas nos EUA. *In: Folha de São Paulo*. São Paulo: 22 jun. 2008. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2206200809.htm>>. Acesso em 20 nov. 2022.

²⁰⁶ MANSO, Bruno Paes. A ligação do clã Bolsonaro com paramilitares e milicianos se estreitou com a eleição de Flávio. *In: El País*. 24 abr. 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-04-24/a-ligacao-do-cla-bolsonaro-com-paramilitares-e-milicianos-se-estreitou-com-a-eleicao-de-flavio.html>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

²⁰⁷ G1 RIO. *Milícias alcançam tráfico e já ocupam metade das áreas controladas por grupos armados no RJ, diz estudo*. Rio de Janeiro: 13 set. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/09/13/milicias-alcancam-traffic-e-ja-ocupam-metade-das-areas-controladas-por-grupos-armados-no-rj-diz-estudo.ghml>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

²⁰⁸ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

abordada no Capítulo 1 foi essencial para esse movimento, especialmente a promulgação da Lei de Concessões e da Lei de PPPs. Assim, na década de 1990, com o contexto neoliberal da época, emergiram dois movimentos paralelos: (i) o relativo à consensualização e (ii) o que propugna pela contratualização da gestão pública.²⁰⁹

Apesar de ambos serem relevantes para a evolução da contratualização da política no Brasil, como ensina Thiago Marrara, não constituem o mesmo fenômeno.

Para o autor, a consensualização trata da aplicação, cada vez mais frequente, de formas de busca de consenso nos processos decisórios estatais:

“Assim, a consensualização é levada a efeito a partir de instrumentos processuais, estabelecidos previamente por lei, tais como audiências e consultas públicas, assim como conselhos compostos por representantes do Estado e da sociedade, bem como os contratos, incluindo desde as espécies clássicas de avenças administrativas até os novos acordos no exercício da atividade regulatória. Vislumbra-se, de plano, que a gestão consensual é mais ampla que a gestão contratual, que acaba figurando como parte integrante da primeira, mas detém dinâmica própria. Não há dúvida de que se testemunha hoje a uma multiplicação de módulos convencionais no exercício das atividades administrativas brasileiras. O movimento atinge a gestão de serviços administrativos, nos acordos entre entidades públicas e no exercício da atividade de polícia, mas, sobretudo, na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades econômicas.”²¹⁰

Nas últimas décadas, entretanto, especialmente após a promulgação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 8.987/1995, as possibilidades de atuação governamental através de contratos administrativos tem aumentado substancialmente. Posteriormente, a Lei nº 11.079/2004 acelerou, ainda mais, esse processo.

De toda forma, fala-se, hoje, de uma implantação gradual do *governo por contratos* no Brasil.²¹¹

²⁰⁹ MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. p. 238 e ss.

²¹⁰ BREUS, Thiago de Lima. *O Governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. p. 44.

²¹¹ *Ibid.* p. 44.

Um outro marco importante foi o surgimento das Organizações Sociais (O.S.)²¹² e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (O.S.C.I.P.)²¹³, em 1998 e 1999, respectivamente, marcando uma virada na possibilidade do emprego dos recursos e dos meios privados para a realização de finalidades estatais. Apesar de o surgimento destas entidades ter se dado em um momento histórico em que se propugnava por uma redução do espectro de atuação estatal, e as devidas críticas a essas estruturas²¹⁴, é relevante mencioná-las como forma de ativação do potencial privado para a realização de finalidades públicas.

Conforme leciona Breus,

Esse “aproveitamento” da capacidade privada, no sentido de que os privados podem se destinar à realização dos interesses públicos, não guarda correspondência somente com o deslocamento da prestação de tarefas públicas por pessoas privadas. Ele pode ser decorrente também de uma espécie de reforço de uma responsabilidade inerente ao âmbito de atuação dos próprios agentes privados. Destaca Pedro Costa Gonçalves que a instituição de deveres de autoproteção, como, v.g., a contratação de auditores, as atividades de *compliance* e a adesão a sistemas de garantia de qualidade representam iniciativas que estão no âmbito privado e que destinam à defesa de seus direitos e interesses, mas também à proteção de interesses da coletividade.²¹⁵

²¹² “Foi a Lei nº 9.637/1998 que previu a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais e, feito isto, a celebração de contratos de gestão para que obtenham uma série de apoios do poder público. Da mesma forma que em relação às agências executivas, as entidades qualificadas não perdem a sua natureza jurídica original de associações civis, fundações privadas etc. “Organização social” é o título por elas recebido que possibilita a celebração do contrato de gestão previsto na Lei nº 9.637/1998.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Locais do Kindle 23178-23184.

²¹³ As OSCIPs “são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, sem objetivo de lucro; desempenham serviços sociais não exclusivos do Estado, porém com a colaboração dele; por essa razão, sujeitam-se a controle de resultados pela Administração Pública, com a colaboração da própria sociedade, e ao controle do Tribunal de Contas no que diz respeito à aplicação de recursos públicos; seu regime jurídico é predominantemente de Direito Privado, porém parcialmente derogado por normas de Direito Público, especialmente no que diz respeito ao controle.⁷⁵ As atividades que exercem não são serviços públicos; mas são atividades de interesse público que o Estado se limita a fomentar”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 436.

²¹⁴ A gestão pública dos contratos O.S. e das O.S.C.I.P tem se mostrado complexa e, muitas vezes, ineficiente para a garantia da qualidade da execução das obrigações contratadas. Ademais, foram constatados diversos escândalos de corrupção. G1 BA. *Grupos que usavam OSCIPS para desviar verba faturaram R\$ 360mi*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/11/grupos-criminosos-usavam-oscips-para-desviar-verba-publica-diz-pf.html>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

²¹⁵ BREUS, Thiago de Lima. *O Governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. p. 48.

3.5. O papel da modelagem licitatória na gestão por contratos

Conforme abordado no primeiro capítulo, o artigo 175 da Constituição Federal prevê que incube ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. As licitações, por sua vez, conforme previsto no artigo 5º da Lei nº 14.133/2021 devem obedecer, dentre outros, o princípio de vinculação ao edital, também chamado de vinculação ao instrumento convocatório. Em sua obra de *Comentários à Nova Lei de Licitações*, disserta Marçal Justen Filho, acerca do referido princípio:

Na licitação, a vinculação à lei é complementada pela vinculação ao ato convocatório. A Administração dispõe de margem de autonomia para configurar o certame. Mas é de sua incumbência determinar todas as condições da disputa antes de seu início e tais escolhas realizadas vinculam a autoridade (e aos participantes do certame).²¹⁶

Assim, há plena discricionariedade para que a administração pública opte pelo momento da realização da licitação, objeto, especificação da execução, condições de pagamento, entre outras questões. Entretanto, essa discricionariedade é limitada ao período pré-editalício, sendo posteriormente limitada pelo que foi estabelecido no ato convocatório. Nesse sentido, se manifestou o TCU:

“(...) 21. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe a fiel observância às disposições editalícias, não permitindo à comissão de licitação ou ao pregoeiro deliberar de forma desatrelada das normas que regem o certame.”²¹⁷

²¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Edição do Kindle. p. 119.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 4.550/2020. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Sessão 9 dez. 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4550%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 nov. 2022.

O objetivo da vinculação da licitação ao edital é, em grande parte, reduzir a liberdade de escolha do administrador, que diminui gradativamente, ao longo do processo. Nesse sentido, se manifestou o STF, ainda acerca da legislação anterior, que possuía normativa semelhante quanto a esse tópico:

“Agravo Regimental. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Licitação. Edital. Impossibilidade de Ampliação do Sentido de suas Cláusulas. Art. 37, XXI, CF/1988 e arts. 3.º, 41 e 43, V, da Lei 8.666/1993. Certidão Eleitoral. Prazo de Validade. Classificação do Recorrente e das Empresas Litisconsortes Passivas. Inexistência de Violação a Direito Líquido e Certo.

1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CF/1988 e arts. 3.º, 41 e 43, V, da Lei 8.666/1993], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto.

2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo, presumem-se válidas até a realização de novo pleito.

3. A habilitação das empresas litisconsortes passivas no certame, com o recorrente, não causa qualquer lesão a direito líquido e certo.

4. Agravo regimental a que se nega provimento”²¹⁸

(AgRg no RMS 24.555/DF, 1.a T., rel. Min. Eros Grau, j. em 21.02.2006, DJ de 31.03.2006).

Importante pontuar, entretanto, que é perfeitamente cabível a realização de esclarecimentos acerca do edital, pela Administração Pública, que terão efeito vinculante. Isso impede que posteriormente seja empregada interpretação distinta do instrumento, gerando insegurança jurídica. Assim, inclusive, se manifesta o TCU:

“A Administração deve, afinal, prover os interessados com esclarecimentos sobre as regras editalícias. Aliás, a resposta da Administração é vinculante para todos os envolvidos, não cabendo invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta da própria Administração” (Acórdão 14.951/2018, 1.a Câ., rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).²¹⁹

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RMS 24.555/DF. Relator: Ministro Eros Grau. 1ª Turma., Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 de mar. de 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=24977>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 14.951/2018. 1ª Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão 20 nov. 2018. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao->

Para compreender a extrema relevância do edital é válido recorrer ao artigo 18 da Nova Lei de Licitações que aborda a fase preparatória do processo licitatório e estabelece estudos e documentos que devem ser elaborados para que uma licitação seja corretamente modelada. Assim, preceitua o artigo:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I – a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II – a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III – a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV – o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V – a elaboração do edital de licitação;

VI – a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII – o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII – a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX – a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X – a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI – a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.”²²⁰

Esse artigo é parte essencial do modelo trazido pela Lei nº 14.133/2021, que busca neutralizar os defeitos dos contratos administrativos através de um bom planejamento. Como leciona Justen Filho,

“Um dos pilares da Lei 14.133/2021 consiste em promover o planejamento, reconhecido como essencial e indispensável para a gestão eficiente dos recursos públicos e a obtenção de contratações satisfatórias e bem executadas.”²²¹

O planejamento, por sua vez, é definido pelo autor como “concepção da solução mais adequada para as necessidades identificadas, tomando em vista os recursos disponíveis e as variáveis previsíveis”²²². Os principais passos desse planejamento são enumerados Julieta Vareschini²²³:

a) identificação das principais necessidades, englobando objetos de mesma natureza que possam ser licitados conjuntamente;

b) definição adequada dos quantitativos que serão necessários para atendimento de demandas, primando pela economia de escala e evitando tanto o excesso quanto a falta;

c) avaliação quanto ao cabimento do uso do Sistema de Registro de Preços, em face do objeto, da periodicidade da contratação e das condições de fornecimento e/ou execução;

d) delimitação adequada do objeto, definindo as características mínimas que atendam às necessidades, sem restrição indevida à competitividade; e

²²⁰ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 20 nov. 2022.

²²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Edição do Kindle. p. 331.

²²² Ibid. p. 331.

²²³ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Planejamento das Contratações e a Elaboração do Termo de Referência*. Disponível em: <https://portal.jmlgrupo.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_1_6_01.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

e) realização de ampla pesquisa de mercado não só para estimar o preço da contratação, a fim de se constatar a existência de recursos orçamentários, mas também para que se tenha parâmetros para desclassificar propostas excessivas ou inexequíveis.

Importante, de toda forma, examinar alguns dos principais incisos do artigo 18, a começar pelo inciso I, que trata do estudo técnico preliminar. O artigo 6º, inciso XX, o define como o:

“documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.”²²⁴

Os possíveis elementos do estudo técnico preliminar são trazidos no §1º, em 13 incisos. O §2º, por sua vez, detalha os elementos essenciais do estudo técnico preliminar, como necessidade da contratação; estimativa de quantidades; estimativa de valor; justificativas para o parcelamento ou não do objeto pretendido; e posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. Ademais, quando não contemplar os demais elementos previstos no §1º, a Administração deverá apresentar as devidas justificativas.²²⁵

O anteprojeto, por sua vez, é assim definido no inciso XXIV do mesmo artigo:

“peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;

²²⁴ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021.

²²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Edição do Kindle. p. 331.

- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;
- j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.”

Já o termo de referência, é definido no inciso XXIII, como o

Documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;²²⁶

Por fim, o projeto básico é conceituado no inciso XXV, como o

conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

²²⁶ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021.

- a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do **caput** do art. 46 desta Lei.²²⁷

De tal modo, todos os documentos mencionados no inciso I fazem parte da fundamentação da licitação e têm como objetivo estruturar o projeto, com base nas devidas análises e pesquisas. Essa foi uma evolução considerável em relação à Lei nº 8.666/1993, que abordava apenas vagamente a fase pré-licitatória.

Importante pontuar que as críticas acerca do encarecimento das contratações sustentáveis, os riscos de inexecução, entre outros, podem já ser sanados nessa fase da licitação, através de um estudo bem aprofundado acerca desses tópicos. Exemplo interessante sobre esse tema é o do BNDES, que tem atuado na modelagem de processos de concessão. O Banco realiza

²²⁷ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021.

licitações para contratar consórcios especializados na modelagem de projetos e tem tido especial enfoque na questão ESG²²⁸.

Ademais, os estudos devem prezar por reduzir os impactos negativos das licitações, especialmente dos projetos de infraestrutura, evitando movimentos típicos da história brasileira, como a desapropriação em massa, o traçado por terras indígenas e quilombolas e o impacto sobre o patrimônio histórico e cultural porque violam direitos fundamentais.

Outro tópico relevante está na obrigatoriedade da análise de riscos da contratação. Essa análise é focada não apenas nos riscos envolvidos na própria licitação, mas também na execução contratual. Como leciona Marçal Justen Filho, esses fatores se refletirão nas decisões adotadas a propósito do certame e em regras contratuais específicas.²²⁹

Importante frisar, entretanto, que a análise de riscos não se trata da matriz de risco prevista em determinados contratos. Acerca desse tema, disserta Di Pietro,

“o edital da licitação poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e contratado e, neste caso, se constituirá em “cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”. Como visto, a previsão da matriz de risco no instrumento convocatório e na condição de cláusula do contrato, se trata de mera liberalidade da entidade promotora da licitação que, se implementada, poderá ser idealizada a partir de elementos e informações constantes da análise de riscos.”²³⁰

Já o inciso V, do artigo 18, trata da elaboração do edital, já mencionado, brevemente, acima. O edital é o documento mais importante de uma licitação, pois é nele que constarão todas as condições do certame (modalidade, critérios para a habilitação dos licitantes e julgamento das

²²⁸ BNDES. *Processos em andamento – Desestatização*. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

²²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Edição do Kindle. p. 354.

²³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. p.61.

propostas, possíveis sanções, formas de impugnação e recursos administrativos etc.), bem como as informações do futuro contrato a ser celebrado, que deverá ser disposto em forma de minuta. Acerca do tema, disserta Bittencourt:

Tarefa das mais difíceis é a de elaborar um edital de licitação, que, de fundamental importância, é o instrumento oficial por intermédio do qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura de um procedimento licitatório voltado para obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações.²³¹

Como já está comprovado que a maioria dos problemas práticos que surgem nas licitações tem origem na elaboração mal feita do edital²³², Marçal Justen assevera que não seria nenhum exagero afirmar que os erros na elaboração dos editais se constituem fatores muito mais prejudiciais do que as complexidades ou defeitos da lei:

Na ânsia de evitar omitir regras necessárias, a Administração transforma os editais em amontoados de exigências inúteis, com formalismos desarrazoados e requisitos meramente ritualísticos. Muitas vezes, os editais parecem retratar a intenção de garantir para a Administração, por via oculta e indireta, o poder de decidir arbitrariamente, a faculdade de excluir imotivadamente os licitantes incômodos ou antipáticos. Isso é um despropósito, eis que a atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pelos princípios constitucionais próprios. O resultado é o surgimento de conflitos intermináveis, a exclusão de licitantes idôneos, a desclassificação de propostas vantajosas e assim por diante.²³³

Quanto aos requisitos obrigatórios do edital, o art. 25 informa que deverá conter, ao menos, o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. Ademais, o §1º do mesmo artigo autoriza, sempre que o objeto permitir, a adoção de minutas padronizadas de edital e de

²³¹ BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações*. 1ª Ed. Editora Fórum, 2021. Edição do Kindle. p. 346.

²³² Ibid. p. 347.

²³³ JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. *Apud*. BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações*. 1ª Ed. Editora Fórum, 2021. Edição do Kindle. p. 347.

contrato com cláusulas uniformes. Ademais, como mencionado previamente, o inciso IX do artigo, estabelece a necessidade de motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio.²³⁴

Já o inciso VI, do artigo 18, transcrito acima, trata, ainda, da elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação. Os incisos III e VII, por sua vez, versam sobre temas correlatos, que devem estar previstos no próprio contrato: condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; e regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala.

Apesar de no caso dos contratos administrativos, as previsões legais se aplicarem automaticamente, havendo considerável restrição à autonomia da vontade das partes, não se admite a desconsideração das cláusulas contratuais. Assim, como leciona Marçal,

Não é cabível invocar, depois de concluída a licitação e formalizada a avença, a incompatibilidade da disciplina concretamente adotada em face da lei. Mais precisamente, não é cabível promover a reconstrução da disciplina aplicável ao relacionamento jurídico sob o argumento da prevalência das normas legais sobre aquelas constantes do edital e do contrato.²³⁵

O artigo 92 da Lei de Licitações, a seguir transcrito, estabelece as cláusulas obrigatórias do contrato.

“São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:
I - o objeto e seus elementos característicos;

²³⁴ BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações*. p. 347-348.

²³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Edição do Kindle. p. 1210.

- II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;
- III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;
- IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;
- VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;
- VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- IX - a matriz de risco, quando for o caso;
- X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;
- XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;
- XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;
- XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;
- XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;
- XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;
- XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;
- XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;
- XIX - os casos de extinção.”²³⁶

No caso do contrato de concessão, especificamente, a Lei nº 8.987/1995 traz as seguintes cláusulas obrigatórias:

“Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

²³⁶ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021.

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
 - II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
 - III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
 - IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
 - V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
 - VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
 - VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
 - VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
 - IX - aos casos de extinção da concessão;
 - X - aos bens reversíveis;
 - XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
 - XII - às condições para prorrogação do contrato;
 - XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
 - XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
 - XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.
- Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:
- I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e
 - II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.²³⁷

Ambos os artigos, entretanto, apresentam exigências quase idênticas, não havendo, portanto, grande especialidade nesse caso.

Quanto aos contratos é importante ressaltar o movimento que tem se instaurado em prol do aumento da consensualidade entre as partes e a grande relevância de cláusulas pré-contratuais nesse processo. Um exemplo claro da tendência de valorização do diálogo público-privado nas contratações públicas é a inclusão do diálogo competitivo na Nova Lei de Licitações, como abordado no primeiro capítulo.

²³⁷ BRASIL. Lei nº 8.897, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Uma linha específica dessa tendência, é centrada na negociação pré-contratual. Conforme ensina Egon Bockmann Moreira,

“(...) a negociação pré-contratual, aqui entendida como aquela que pode se desenvolver entre a Administração Pública e o licitante vencedor no momento posterior à proclamação da proposta vencedora, mas anterior à celebração do contrato” é um dos itens mais relevantes para a eficiência das licitações e, por consequência, das contratações públicas.²³⁸

Conforme argumenta Breus, o mútuo entrosamento entre ente público e contratado, no sentido de se aperfeiçoar a proposta proclamada vencedora, desde que entabulado sob uma perspectiva transparente e republicana, pode ensejar um benefício mútuo, ou seja, tanto a Administração é beneficiada, quanto o contratado, pois se poderá amoldar o contrato em vista do aperfeiçoamento das condições de sua prestação, com a possível inibição de desequilíbrios econômico-financeiros, que suscitam, invariavelmente, perdas para todos.²³⁹

Sobre esse tema disserta Breus,

“Por evidente que a negociação pré-contratação, mas pós-licitação, não pode significar a imposição unilateral de “vantagens” somente para a Administração; as quais, exigidas após a seleção da proposta vencedora, teriam o condão de, ou violar regra da concorrência ou possivelmente apenas obstar a regular execução do contrato. De outro lado, as condições negociadas não podem se destinar a salvaguardar somente os objetivos do contratado, de forma a representar inequívoca “captura” da Administração pelo licitante vencedor, o qual, pela natural assimetria de informações, seria indevidamente beneficiado.

Denota-se, portanto, que a negociação pré-contratual se desenvolve em um ambiente que não é mais competitivo, mas colaborativo. O que leva a um ideal de ganho recíproco e colaborativo. Para tanto, o setor público e o contratado devem ser transparentes ao máximo na divulgação dos seus interesses, limites e prioridades (condições ideais para que ambas as partes ganhem com a negociação) e sejam alcançados a contento e à luz dos interesses públicos, os escopos da contratação.”²⁴⁰

²³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. p. 61-74.

²³⁹ BREUS, Thiago de Lima. *O Governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. p. 53.

²⁴⁰ *Ibid.* p. 53.

3.6. As cláusulas ESG nos contratos de concessão de infraestrutura como aplicação do Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável

Em artigo publicado pela Revista dos Tribunais, Juliana Bonacorsi define as contratações públicas sustentáveis como aquelas que

“são caracterizadas pela observância de critérios de sustentabilidade na fase de licitação (licitações sustentáveis) ou no momento da celebração do contrato (contrato administrativo sustentável). Uma licitação que se destina à aquisição de bem reciclado ou atóxico pode ser apontada como exemplo de licitação sustentável. Mais especificamente, consiste em uma compra pública sustentável, pois envolve o poder de compra estatal para satisfação de finalidade que transcende a relação bilateral Poder Público contratante e contratado - qual seja: a sustentabilidade.² Outro exemplo consiste na contratação de serviços sustentáveis pela Administração Pública, em cujo contrato haja previsão de cláusula sustentável (contrato administrativo sustentável), como a que estipula o dever de certa contratada providenciar o adequado descarte de lâmpadas fluorescentes quando da prestação de serviço de limpeza em uma repartição pública. Ainda, obras podem ser sustentáveis na medida em que o contrato preveja, por exemplo, o dever de emprego de material com maior vida útil que garanta o nível “A” de eficiência energética ou que tenha menor impacto ambiental.”²⁴¹

Portanto, a contratação sustentável não é apenas aquela que tem objeto sustentável por natureza, mas também aquela que insere obrigações de cunho sustentável. Nesse sentido, a aplicação dos ideais ESG se manifesta como uma forma de caracterizar contratações tipicamente de “infraestrutura” como sustentáveis, por trazer obrigações adicionais que assim são.

Essa lógica dialoga diretamente com o governo por contratos, pois através de cláusulas contratuais, firmadas entre entes públicos e privados, é possível direcionar o mercado em prol da sustentabilidade. Nesse aspecto, disserta Thiago Lima Breus,

²⁴¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. Contratações públicas sustentáveis. In: SUNFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1877599/mod_resource/content/2/juliana%20bonacorsi%20de%20palma%20-%20contrata%C3%A7%C3%B5es%20p%C3%ABlicas%20sustent%C3%A1veis.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

“A adesão à ideia de um *governo por contrato(s)* pretende uma maior interação e partilha de tarefas entre Estado e Sociedade Civil, sob responsabilidade estatal. Ela recusa, destarte, uma racionalidade excludente entre as duas esferas, pois intenta preservar a racionalidade própria e inerente de cada um deles, aproveitando as respectivas vantagens. O contrato funciona, neste sentido, como instrumento de colaboração entre Estado e particulares para a prossecução de finalidades públicas, o que significa que, com a sua utilização, procura-se captar o interesse e a dinâmica privada para a prossecução de tarefas públicas, mas tendo o cuidado de evitar que as entidades privadas contratadas se transformem em *free riders* dos contribuintes.

Ao contrário do que em um primeiro momento pode parecer, no sentido da diminuição do papel estatal, sob o signo do *governo por contrato(s)*, a Administração pretende protagonizar um envolvimento mais ambicioso no espaço social, assumindo um dever institucional de assegurar ou de garantir determinados resultados e certas finalidades coletivas e sociais, mesmo quando a produção das utilidades que os realizem estejam sob o intento e/ou nas mãos de particulares. Em última análise, o contrato público emerge como um processo de regulamentação de relações de colaboração entre a Administração Pública e entidades privadas, funcionando como um instrumento de grande significado para também garantir resultados e não só em produzir diretamente resultados.”²⁴²

Dessa forma, os contratos de concessão podem atuar como um mecanismo de estímulo ao desenvolvimento sustentável, pelo qual o poder público se alia aos entes privados em prol de um interesse comum, de forma regulada.

Como antes mencionado, no momento de estudo prévio, assim como de elaboração do edital e contrato, é possível estabelecer tanto obrigações de cunho ESG, quanto possibilidades de receitas acessórias²⁴³, que sejam tanto sustentáveis quanto lucrativas para a concessionária.²⁴⁴

²⁴² BREUS, Thiago de Lima. *O Governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. p. 37.

²⁴³ Na Lei nº 8.987, estão previstas, como meios de remuneração do concessionário, além da tarifa, também outras fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas (arts. 11 e 18, VI).

²⁴⁴ Acerca do tema, disserta Floriano Azevedo Marques: “A Lei no 8.987/1985, em seu art. 11, expressamente prevê que o edital de licitação pode permitir à concessionária que obtenha outras fontes de receita (alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados). Prevê ainda que estas devem favorecer a modicidade das tarifas. Há um intenso debate sobre a interpretação desse dispositivo, havendo quem sustente que ele só permite o emprego de receitas ancilares caso tais receitas revertam integralmente para a modicidade tarifária. Não concordo com esse entendimento. Se bem é verdade que parte do ganho advindo de receitas não tarifárias deve ser canalizado para reduzir o valor das tarifas, compartilhando a eficiência do privado com os demais

Apesar de não se tratar do ramo da infraestrutura, é relevante mencionar o exemplo da modelagem de concessões florestais com base na venda de créditos de carbono que está sendo estudada pelo BNDES desde setembro de 2022. A estimativa inicial do banco é fazer três projetos-piloto, com cerca de 1,6 milhão de hectares. Acerca desse tema, Pedro Bruno Souza, superintendente de Parcerias em Infraestrutura Social e Serviços Ambientais, em entrevista ao Valor Econômico, declarou que o crédito de carbono é apenas uma das modalidades de receita que poderão ser desenvolvidas:

“É possível gerar créditos pela conservação da bacia hidrográfica, pela preservação de espécies endêmicas da região. Tudo isso tem valor. E, cada vez mais, há empresas dispostas a pagar por isso. A questão é quanto vale garantir a preservação.”²⁴⁵

Ademais, em 2022, foi realizada, em Pernambuco, a primeira concessão modelada com base nos preceitos ESG.²⁴⁶ A modelagem da concessão do Centro de Convenções de Pernambuco (Cecon), localizado em Olinda, foi realizada pelo Grupo Houer, de Minas Gerais, em parceria com a startup mineira Seall, que traçou as diretrizes de sustentabilidade alinhadas à Agenda 2030 das Nações Unidas (ONU). De acordo com as empresas, se as medidas propostas forem implementadas, o potencial médio de redução das **emissões de carbono** do Cecon chega a 61% e o de redução do custo operacional chega a 54% para os **resíduos, energia e água**.²⁴⁷

utentes do serviço, também é verdade que, se o arranjo contratual previr a transferência integral, inexistirá incentivo para o concessionário buscar tais receitas. Aqui, uma vez mais, se mostra importante na concessão o equilíbrio entre os interesses envolvidos. O engenho do poder concedente está em fixar um percentual de compartilhamento que, ao mesmo tempo que não desincentive a busca de eficiência pelo concessionário, transfira ao máximo esses ganhos para os demais privados, beneficiados com a redução da tarifa.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Edição do Kindle. p. 506.

²⁴⁵ HIRATA, Taís. BNDES estuda concessões florestais com base na venda de créditos de carbono. *In: Valor Econômico*. São Paulo: 17 set.2022. Disponível em:<<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/09/17/bndes-estuda-concessoes-florestais-com-base-na-venda-de-creditos-de-carbono.ghtml>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

²⁴⁶ PINHEIRO, Lana. ESG chega às concessões públicas. *In: Istoé Dinheiro*. 25 fev. 2022. Disponível em:< <https://www.istoedinheiro.com.br/esg-chega-as-concessoes-publicas/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

²⁴⁷ SILVA JUNIOR, Altamiro. Pernambuco testará modelo de concessão sustentável em leilão na B3. *In: Estadão*. 19 jan. 2022. Disponível:<<https://economia.estadao.com.br/blogs/coluna-do-broad/pernambuco-testara-modelo-de-concessao-sustentavel-em-leilao-na-b3/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Exemplo interessante também é o das concessões estaduais realizadas em Minas Gerais que estão empregando políticas ESG em seus contratos e editais. Dentre as medidas aplicadas estão:

Tabela 6 - Medidas Ambientais Minas Gerais

Medidas Ambientais
Apresentar plano detalhado de Implantação de Estruturas para Gestão de Recursos Naturais e Eficiência Energética
Inventário de Gases de Efeito Estufa (GEE), para fins de calcular e quantificar todas as emissões (em carbono equivalente), relativas às atividades de operação da Concessionária, do ano anterior, a serem neutralizadas.
Apresentar análise de Risco de Desastres Naturais e Mudanças Climáticas
Implantar Estruturas para Gestão de Recursos Naturais e Eficiência Energética, dentre as quais: (i) captação e uso de água de chuva; (ii) sistemas automatizados de torneira e interruptores; (iii) uso de placas solares; (iv) uso de veículos híbridos na Concessão; (v) uso de material de pavimentação com menor potencial de emissão de ruídos; (vi) incorporação de resíduos industriais e de construção nos pavimentos e/ou outros elementos construtivos; e (vii) gestão e monitoramento de emissões veiculares e de equipamentos.
Implantar Programa de Adequação Contínua do Sistema de Drenagem

Fonte: Elaboração própria com dados retirado de SEINFRA (2022)²⁴⁸

Tabela 7 - Medidas Sociais Minas Gerais

Medidas Sociais
Implantar nas instalações administrativas e operacionais a serem executadas e nas instalações já existentes, estruturas adequadas para permitir o acesso ao público com mobilidade reduzida e pessoas com deficiência.
Implantar Política de Recursos Humanos, contendo os seguintes itens: (i) Código de conduta para trabalhadores e terceirizados pautado em princípios éticos, incluindo a promoção de diversidade e inclusão e conscientização sobre práticas discriminatórias ou violentas dentro e fora do ambiente de trabalho; (ii) treinamento e qualificação da mão de obra, inclusive de trabalhadores terceirizados, incluindo programas e ações informativos sobre as questões de diversidade e inclusão, em linha com o código de conduta; (iii) procedimentos para garantir e promover oportunidades de igualdade de gênero para os cargos da

²⁴⁸ SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE DE MINAS GERAIS (SEINFRA). *Cartilha ESG*. 2022. Disponível em: <http://www.parcerias.mg.gov.br/images/2021/Cartilha_ESG_Seinfra_MG.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Concessionária; (iv) programa de promoção à diversidade de gênero, racial, deficiência e LGBTQI+; (v) mecanismos de consulta, e reclamação e denúncia de trabalhadores, inclusive de terceirizados, devidamente divulgados e que garantam amplo acesso e anonimato, incluindo, mas não se limitando a práticas de discriminação, assédio moral ou físico; e (vi) isonomia para Condições de Trabalho em todas as atividades da Concessão.

Implantar programa de mapeamento e mitigação de riscos de violação de direitos fundamentais de pessoas impactadas pelas atividades da concessão e pela cadeia de fornecimento.

No contrato do Rodoanel Metropolitano, como medida de apoio à reparação da população impactada com o rompimento da barragem Mina Córrego do Feijão – Brumadinho, a Concessionária deverá priorizar a alocação de mão de obra às famílias das vítimas e à população de Brumadinho.

Fonte: Elaboração própria com dados retirado de SEINFRA (2022)²⁴⁹

Tabela 8 - Medidas de Governança Minas Gerais

Medidas de Governança

Implementar Programa de *Compliance*, com mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, no âmbito da Concessionária.

Desenvolver, publicar e implantar Política de Transações com Partes Relacionadas, observando, no que couber, as melhores práticas recomendadas pelo Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas, editado pelo Grupo de Trabalho Interagentes (GT Interagentes), coordenado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), bem como, as regras de governança da CVM, e contendo, no mínimo, os seguintes elementos: (i) critérios que devem ser observados para a realização de transações entre a Concessionária e suas Partes Relacionadas, que deverão observar condições equitativas de mercado, inclusive de preço, (ii) procedimentos para auxiliar a identificação de situações individuais que possam envolver conflitos de interesses e, conseqüentemente, determinar o impedimento de voto com relação a acionistas ou administradores da Concessionária; (iii) procedimentos e responsáveis pela identificação das Partes Relacionadas e pela classificação de operações como transações com Partes Relacionadas; (iv) indicação das instâncias de aprovação das transações com Partes Relacionadas, a depender do valor envolvido ou de outros critérios de relevância; (v) exigência de realização de processo competitivo junto ao mercado para obras e serviços acima de valores previamente estipulados contratualmente, conforme regras aprovadas pela administração da SPE, como condição à contratação de obras e serviços com Partes Relacionadas; (vi) dever de a administração da companhia formalizar, em documento escrito a ser arquivado na companhia, as justificativas da seleção de Partes Relacionadas em detrimento das alternativas de mercado.

²⁴⁹ Ibid.

Criação de Comitê de Gestão e Reporte dos Riscos ao Conselho de Administração

Fonte: Elaboração própria com dados retirado de SEINFRA (2022)²⁵⁰

3.7. A Gestão Contratual

Em uma lógica em que contratos firmados entre entes público e privado apresentam tamanha relevância, é essencial a implementação de instrumentos de gestão contratual que possibilitem o acompanhamento adequado dos contratos, a implementação de sistemas de transparência e o *accountability* intrínseco a esta forma de gestão.²⁵¹

Como abordado anteriormente, os procedimentos pré-contratuais são essenciais para a estruturação de projetos bem-sucedidos. Entretanto, o devido acompanhamento da execução contratual possui igual relevância. De nada adianta modelar excelente estrutura contratual e editalícia, que não é depois respeitada pela concessionária. Conforme argumenta Pedro Costa Gonçalves, é necessário que, tanto no nível operativo quanto no âmbito administrativo, os entes contratantes formem uma cultura administrativa entre as pessoas públicas.²⁵² Ou seja, a concessão não pode diminuir a carga governamental, apenas alterá-la de executora para gestora.

Na sistemática brasileira, foram estabelecidos importantes sistemas de controle. Controlar, nesse caso, consiste em “verificar se tudo ocorre de acordo com o programa adotado, as ordens dadas e os princípios admitidos”, tendo como objetivo “assinalar os erros, a fim de que possa evitar sua repetição”.²⁵³

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ BREUS, Thiago de Lima. *O Governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. p. 184.

²⁵² GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise. In: Pedro Gonçalves (Coord.) *Estudos de Contratação Pública*. Vol. III. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 05 e ss.

²⁵³ FAYOL, Henri. *Administração industrial e geral: previsão, organização, comando, coordenação e controle*. 1994. p. 130.

A Lei nº 14.133/2021 reservou espaço considerável para a gestão contratual entre os artigos 168 e 173. Apesar da relevância das disposições, foram apresentadas críticas doutrinárias acerca da redação. Assim, disserta Di Pietro

Por outro lado, da leitura mais ampla das disposições da Lei 14.133/2021, é perceptível a ausência de apurada técnica legislativa na uniformidade das expressões. No texto da lei, há referências a órgãos de controle (art. 60, IV; art. 141, § 2º e art. 156, § 1º, V); órgãos de controle interno (e em conjunto com órgão de assessoramento jurídico, no art. 7º, § 2º; art. 19, IV, 117, § 3º e art. 169, II); órgão central de controle interno (art. 169, III); controle externo (art. 24, I) e ainda Tribunal de Contas (art. 141, § 1º; art. 169, III; art. 170 § 4º e art. 171, § 1º).²⁵⁴

De toda forma, a Nova Lei apresenta relevante evolução quando comparada à Lei nº 8.666/1993, que pouco se debruçou sobre o tema. Ainda assim, é importante conceituar alguns termos apresentados nesses artigos para devida compreensão.

Conforme leciona Di Pietro,

“Controle interno, por sua vez, designa organismos incumbidos de realizar, em harmonia com os órgãos de controle externo (Tribunais de Contas e Poderes Legislativos), a fiscalização financeira, operacional e patrimonial da Administração Pública em sentido amplo (art. 70 c/c 74). Tais órgãos têm a competência parêntica à dos órgãos de Controle Externo. Em suma, “o controle interno (referido sem a expressão ‘sistema’ que o antecede) é parte integrante do sistema de controle interno, possuindo atuação técnica limitada a depender da competência que detém e estrutura que integra [...] representa a especialização do controle administrativo, em que o poder de fiscalização é exercido pela própria Administração Pública”.²⁵⁵

Já o controle externo, é abordado na Constituição Federal nos artigos 70 e 71 e é utilizada como gênero que abrange duas espécies (como tipologia de controle subjetivo):

- a) controle parlamentar indireto ou colaborado;
- b) controle pelo Tribunal de Contas.²⁵⁶

²⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. p. 265.

²⁵⁵ *Ibid.* p. 265.

²⁵⁶ *Ibid.* p. 266.

Importante frisar, que o Tribunal de Contas goza de independência funcional e não é mero apêndice do Poder Legislativo. Ademais, o Tribunal de Contas possui competências próprias constitucionais, que não podem ser mitigadas pela legislação infraconstitucional, embora possam ser ampliadas por ela.²⁵⁷ Assim, disserta Di Pietro,

Em outras palavras, os Tribunais de Contas, além da relevante atribuição de coadjuvar a parcela de controle externo exercido pelo Poder Legislativo, foram brindados com competências constitucionais próprias e autônomas, essenciais ao Estado Democrático de Direito (arts. 71 e 72 da Constituição). O Tribunal de Contas da União, paradigma organizatório de reprodução obrigatória para os demais (estados e municipais), possui nos incisos do artigo 71 da Constituição competências de controle externo a serem exercidas de forma autônoma, sem qualquer subordinação ao Congresso Nacional. Na distribuição constitucional de competências, os Tribunais de Contas possuem atribuição para avaliar políticas públicas e mesmo programas de gestão de risco, mas não para conceber e implementar tais atividades em órgãos e entidades públicas.²⁵⁸

No art. 169 da Lei 14.133/2021, o legislador positivou o modelo das três linhas de defesa, considerando a importância de estabelecer diretrizes de governança, gestão de riscos e controle em todos os seus matizes²⁵⁹. O modelo é adotado pela União Europeia e defendido pelo IIA (*The Institute of Internal Auditors*) e é apresentado ordinariamente da seguinte forma pelo IIA:

²⁵⁷ Ibid. p. 266.

²⁵⁸ Ibid. p. 266.

²⁵⁹ Ibid. p. 266.

Figura 2 - Modelo de Gestão de Contratos Públicos



Fonte: Figura retirada de Di Pietro et. al (2022, p. 266)²⁶⁰

Além disso, de acordo com o COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), o modelo das três linhas constitui

“uma forma simples e eficaz de melhorar a comunicação do gerenciamento de riscos e controle por meio do esclarecimento dos papéis e responsabilidades essenciais. O modelo apresenta um novo ponto de vista sobre as operações, ajudando a garantir o sucesso contínuo das iniciativas de gerenciamento de riscos, e é aplicável a qualquer organização – não importando seu tamanho ou complexidade.”²⁶¹

No caso da Lei nº 14.133/2021, as três linhas apresentam estrutura distinta, graças à ordem constitucional, que garante certa peculiaridade no cenário brasileiro. Estariam nas linhas, portanto, os seguintes agentes:

a) Primeira linha: estão atores que exercem funções essenciais ao ciclo da contratação pública, como agentes de contratação, fiscais do contrato e agentes que atuam na proteção à integridade.

²⁶⁰ Ibid. p. 266-267.

²⁶¹ THE COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION (COSO). *Leveraging COSO across the three lines of defense*. Durham [EUA], 2015. Disponível em: <<https://www.coso.org/Documents/COSO-2015-3LOD.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022. p.2.

b) Segunda linha: o órgão de assessoramento jurídico exerce também atividade de controle – sendo responsável pela verificação prévia de legalidade das contratações em geral (art. 53) – e o controle interno do próprio órgão ou entidade, por seu turno, além de suas atribuições típicas exerce atividades de assessoramento (como previsto, por exemplo, no art. 8º, § 3º e art. 117, § 3º).

c) Terceira linha: são colocados lado a lado o órgão central de controle interno e os Tribunais de Contas.²⁶²

Importante mencionar, que esse modelo se apresenta como uma importante ferramenta em prol da governança tratada no capítulo anterior, garantindo a devida publicidade dos atos e a correta gestão de projetos.

Quanto à questão temporal, há três linhas de controle: a prévia, a concomitante e a posterior. O controle prévio é aquele realizado durante a modelagem da licitação, abordado anteriormente no capítulo. O concomitante, como leciona Di Pietro, trata do acompanhamento da realização do procedimento licitatório, privilegiando o objetivo de prevenir irregularidades e ilegalidades, sob a estratégia de prevenção.²⁶³ Por fim, o controle posterior é o que se dá depois de executada a contratação e sofreu impacto significativo com a alteração da lógica das nulidades e suas consequências, conforme disposto na Lei 14.133/2021.²⁶⁴

Quanto ao controle posterior, o artigo 169 preceitua que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo e controle social, com especial enfoque no cumprimento do dever de transparência.²⁶⁵ Assim, prevê o § 2º do artigo que os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos,

²⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. p. 268.

²⁶³ *Ibid.* p. 269.

²⁶⁴ *Ibid.* p. 269.

²⁶⁵ *Ibid.* p. 269.

inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso à informação²⁶⁶.

Por fim, é importante retomar a discussão apresentada no capítulo 1 acerca das Agências Reguladoras e demais órgão regulatórios. Dentre as competências desses órgãos está o dever de fiscalização das atividades que lhe cabem. Assim, para que os serviços sejam prestados de maneira adequada é essencial que esses órgãos cumpram com seu devido trabalho.

Por fim, vale mencionar a importância do devido rigor que deve ser empregado pelos órgãos competentes ao licenciamento ambiental, para evitar desastres previsíveis como Mariana e Brumadinho, cujas barragens possuíam claros sinais de fragilidade que não foram devidamente avaliados pelos licenciadores. Da mesma forma, a Agência Nacional de Mineração foi omissa na fiscalização das barragens, violando a previsão da Lei nº 13.575/2017, que a criou e atribuiu a competência de

“estabelecer normas e exercer fiscalização, em caráter complementar, sobre controle ambiental, higiene e segurança das atividades de mineração, atuando em articulação com os demais órgãos responsáveis pelo meio ambiente e pela higiene, segurança e saúde ocupacional dos trabalhadores”²⁶⁷

²⁶⁶ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

²⁶⁷ BRASIL. Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113575.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho foi analisado o instituto da concessão pública, especialmente a realizada na área da infraestrutura, e a possibilidade de inserir em sua modelagem premissas ambientais, sociais e de governança (ESG), em prol do desenvolvimento sustentável.

O primeiro capítulo foi focado no histórico dos serviços públicos no Brasil, na estrutura normativa vigente acerca das concessões e na licitação que deve preceder a contratação. Especial relevância no capítulo tem o item em que foi abordado o papel regulatório da licitação, que, em breve síntese, consiste em uma modalidade de regulação por estímulo, em que “preferências” são estabelecidas para produtos ou serviços de cunho sustentável. Esse eixo percorreu todo o restante do trabalho, já que a inclusão de cláusulas ESG nos contratos de concessão busca direcionar o mercado de infraestrutura à sustentabilidade. Dessa forma, a lógica das concessões ESG consiste numa forma de aplicação da função regulatória da licitação.

Já o segundo capítulo, se debruçou sobre o estudo do desenvolvimento sustentável e a perspectiva ESG. Apesar de o ESG ser uma ideia relativamente recente, a elaboração do conceito de desenvolvimento sustentável ocorreu em meados do século XX e a aplicação de políticas nesse sentido foi desenvolvida, lentamente, desde então. A sigla, entretanto, foi capaz de gerar medidas com foco no mercado e que ampliam a lógica da sustentabilidade, incluindo também tópicos sociais e de governança. Esses fatores, inclusive, são altamente interligados. Um exemplo interessante é dos créditos de carbono, que de acordo com estudo realizado pela WayCarbon, podem gerar até 8 milhões de empregos no Brasil até 2050. A justificativa para isso está na possibilidade de o mercado de carbono favorecer a criação de novos negócios, através da criação de uma fonte de renda extra para empreendimentos sustentáveis.²⁶⁸

²⁶⁸ ENAP. *Brasil pode gerar mais de 8 milhões de empregos com o mercado de carbono*. 28 set. 2022. Disponível em: <<https://www.enap.gov.br/pt/acontece/noticias/brasil-pode-gerar-mais-de-8-milhoes-de-empregos-com-o-mercado-de-carbono>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Por fim, o terceiro capítulo, com base no estabelecido nos anteriores, abordou, de fato as concessões ESG, a modelagem desses projetos e o atual de contexto de “governo por contratos”, em que as políticas públicas são implementadas através de instrumentos contratuais. Alguns exemplos de cláusulas contratuais possíveis foram apresentados no capítulo e já estão sendo implementadas nos projetos de Minas Gerais e Pernambuco. Dessa forma, os projetos de infraestrutura, no passado criticados por gerarem desapropriações, poluição, entre outros, podem ser estruturados de tal forma que não apenas evitem essas práticas, como criem consequências positivas para a sociedade, em especial na área em que for implementado o projeto.

De tal modo, fica devidamente evidenciado que os contratos administrativos se apresentam como uma forma frutífera de implementar políticas públicas, especialmente em prol da sustentabilidade. No caso das concessões de infraestrutura, é possível não apenas mitigar os danos criados por determinados projetos, como também gerar novas formas de se pensar o desenvolvimento. No Brasil, as concessões têm duração entre 15 e 35 anos, ou seja, as políticas públicas por elas estabelecidas podem ser perenes.

Os projetos com essa mentalidade já começam a se desenvolver, apesar de haver, ainda, cenário embrionário no Brasil. Recente exemplo é o da concessão da linha 6 do metrô de São Paulo, que recebeu aporte financeiro do BNDES no valor de 2,9 bilhões de reais. De acordo com o Banco, foi levado em consideração o fato de que o parceiro privado adota iniciativas de impacto social diversas, entre as quais se destacam justamente a

“capacitação técnica certificada, com foco em grupos vulneráveis das comunidades próximas; capacitação técnica e contratação de mão de obra feminina no empreendimento; e acordos com empresas ‘startups’ com o objetivo de desenvolver soluções digitais para mobilidade e logística”.²⁶⁹

Entretanto, é importante frisar a essencialidade de uma boa modelagem e da realização de devida gestão contratual, para que as

²⁶⁹ COHEN, Isadora; SANTANA, Luísa Dubourcq; SCHWARTZ, Felipe Gurman. O alcance da implementação dos pilares ESG em projetos de concessão. *In: Jota*. 02 set. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/o-alcance-da-implementacao-dos-pilares-esg-em-projetos-de-concessao-02092022>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

concessões cumpram seus reais propósitos. Assim como nos entes privados, deve ser evitada a prática do *greenwashing* e afins, que distorcem os objetivos da iniciativa e a tornam mero golpe de marketing.

Ademais, as concessões de serviços e obras públicas têm, antes de mais nada, uma vinculação ao interesse público. Portanto, apesar de haver a necessidade de tornar a concessão economicamente interessante para os licitantes, deve haver o enfoque nas consequências para a sociedade como um todo. O desvio de finalidade das concessões não pode ser admitido e pode gerar até mesmo a rescisão do contrato, assim como processo administrativo.

Historicamente, os contratos públicos foram vistos pela sociedade brasileira como meros meios para corrupção, que eram usados para a realização de obras e projetos que pouco impactavam a vida do cidadão médio, ou até mesmo geraram severos danos. Exemplos típicos foram algumas obras realizadas para a Copa do Mundo e para as Olimpíadas, que desapropriaram milhares de pessoas em prol da especulação imobiliária e geraram consideráveis danos ambientais.²⁷⁰ Assim, à luz do proposto na Nova Lei de Licitações, a modelagem, que deve apresentar a devida justificativa da concessão, e a gestão contratual podem atuar como importantes mecanismos para que a concessão seja um instrumento de impacto positivo, ao invés do negativo.

À luz da Constituição, as concessões devem ser tratadas como políticas de Estado e não de governo. Assim sendo, a inserção de cláusulas ESG nos contratos de concessão promove a implementação de políticas públicas de longo prazo, capazes de gerar empregos, preservação ambiental, inclusão social, transparência, entre outros benefícios para a sociedade, em prol de um desenvolvimento sustentável.

²⁷⁰ CARNEIRO, Júlia Dias. 'Só arrancaram a casa do lugar, e fim': 4 anos depois, desapropriados da Copa questionam remoções desnecessárias. *In*: BBC News Brasil. Rio de Janeiro: 17 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44478032>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Por fim, o Brasil possui a maior reserva de água do mundo²⁷¹, assim como um bioma espetacular, que foram tratados de forma meramente exploratória e destrutiva, especialmente nos últimos quatro anos, visando um “desenvolvimento”, típico da lógica liberal do século XIX, focado no enriquecimento de poucos. Agora, o país tem uma possibilidade de unir a sustentabilidade e o desenvolvimento, que não são excludentes, como acreditam alguns, e retomar o crescimento de sua economia, sob uma lógica de preservação, inclusão e transparência.

A partir de agora, o desafio que se apresenta é o aprimoramento das cláusulas ESG nos contratos de concessão de infraestrutura, de modo a gerar garantias do fiel cumprimento das políticas públicas estabelecidas e sanções efetivas pelos descumprimentos. Assim, será possível direcionar o Brasil para o almejado desenvolvimento sustentável.

²⁷¹ PAGANINE, Joseana. Brasil: reservatório de água do mundo. *In*: Senado notícias. 19 mar. 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/03/19/brasil-reservatorio-de-agua-do-mundo>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BIBLIOGRAFIA

ACERVO O GLOBO. *Desastre de Minamata, crime ecológico que deixou marcas por décadas no Japão*. 23 de set. de 2013. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/desastre-de-minamata-crime-ecologico-que-deixou-marcas-por-decadas-no-japao-10102255#ixzz7keGJboJ8>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

ACOCELLA, Jéssica. Regulação por incentivos, agenda ESG e o futuro da infraestrutura no país. *In: Jota*. 18 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-por-incentivos-agenda-esg-e-o-futuro-da-infraestrutura-no-pais-18012021>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Migalhas*. 11 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/182325/o-papel-regulatorio-e-de-fomento-das-licitacoes-publicas>>. Acesso em: 28 out. 2022.

AFP. Tribunal holandês exige que Shell reduza em 45% emissões de CO₂ até 2030. *In: Exame*. 26 mai. 2021. Disponível em: <<https://exame.com/esg/tribunal-holandese-exige-que-shell-reduza-em-45-emissoes-de-co2-ate-2030/>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

ALVARENGA, Darlan. Impacto da Lava Jato no PIB pode passar de R\$ 140 bilhões, diz estudo. *In: G1, Economia*. São Paulo, 11 ago. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/impacto-da-lava-jato-no-pib-pode-passar-de-r-140-bilhoes-diz-estudo.html>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

AMBROSANO, Julia; GASPAROTTO, Thatyanne. *Oportunidades de Investimento em Infraestrutura a Nível Municipal no Brasil*. Banco Interamericano de Desenvolvimento, set. 2020. Disponível em:<

<https://publications.iadb.org/pt/oportunidades-de-investimento-em-infraestrutura-nivel-municipal-no-brasil>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

ANBIMA. *Fundo ESG*: fique por dentro de todas as informações sobre a identificação de fundos sustentáveis. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/pt_br/especial/fundos-esg.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

ANDRADE, Rogério Emílio de. *O preço na ordem ético-jurídica*. Campinas: Edicamp, 2003.

ANDRADE, Tatiana; MAGALHÃES, Eduardo; MASIERO, Beatriz; SANTOS, Gustavo. O greenwashing impulsionando pela explosão ESG. *In: Jota*. 22 ago. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/praticas-esg/o-greenwashing-impulsionado-pela-explosao-esg-22082022>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 23ª Ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023. Edição do Kindle.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4ª Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição do Kindle.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

ASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

BALS, Christoph et. al. *Climate Change Performance Index 2021*. 7 dez. 2020. Disponível em: <<https://ccpi.org/download/the-climate-change-performance-index-2021/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento sustentável: das origens à Agenda 2030*. Petrópolis: Vozes, 2020. Edição do Kindle.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Edição do Kindle. p. 255-256.

BBC NEWS BRASIL. *Qual é a indústria que mais polui o meio ambiente depois do setor de petróleo?* 13 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-39253994>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BETHÔNICO, Thiago. Entenda o que é ESG e por que a sigla virou febre no mundo dos negócios. *In: Folha de São Paulo*. Belo Horizonte, 26 jun. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/06/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-virou-febre-no-mundo-dos-negocios.shtml?origin=folha>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações*. 1ª Ed. Editora Fórum, 2021. Edição do Kindle.

BLAUFELDER, Christopher et. al. Mercado voluntário de carbono tem potencial gigantesco no Brasil. *In: McKinsey & Company*. 14 set. 2022. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com.br/our-insights/all-insights/mercado-voluntario-de-carbono-tem-potencial-gigantesco-no-brasil>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BNDES. *BNDES Fundo Socioambiental*. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndes-fundo-socioambiental>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. *Parcerias para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/desenvolvimento-sustentavel/parcerias/parcerias%20para%20o%20desenvolvimento%20sust>>

entavel!/ut/p/z1/zVNNU8IwEP0reOBYkn4AwVtlEJAyjB8I5MKkJaVRmp
 Q0tOKvd0GdURFm8GROm-
 Tt5r23G0TRFFHJCrFkRijJVrCf0ca8edtt93zPDrrXrodv7x66V4ORYxOniS
 Z7AD6yfIzo13xChg3Ib9i47jQxaTfQI6KIRtJkGzUC54PhcyN8Jsoj2DKk
 5UyqsYLRgs1KoQKZdGWfkmNxCwggMkYzriWrC8AhGrqMoPdOXP6B
 27LBILNPOc0GEEe5YbhrblOa3YIhFEnJEIx5gt7OjTjRN20dNmTXbvAS
 RoDT09b4SDUd_tYL_XDupeZ2B3W-
 4H4ESNGXBoHuXQB5KF4CUaS6VT6PD9mRJ7GN18b-
 qhSpgaRw_bwyVUZiaxhIwVmp7lO5QQT-
 s19WE6lDT8xaDpPxxPsGK5UuH7T_Fl6BLQrHnMNde1jYbjxJgsv6ziKi
 7LsraXUFuqohbq31ISIYPQA2SWjlPibq3neNhxPRpu3deAT_yLN3-
 ekeg!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. *Processos em andamento – Desestatização*. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005; 25ª ed., 2010.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. *Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de JANEIRO, RJ: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

_____. Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Rio de Janeiro, RJ: Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Rio de Janeiro, RJ: Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. Decreto nº 9.888, de 27 de junho de 2019. Brasília, DF: Presidente da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9888.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11488.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Brasília, DF: Congresso Nacional, _____, 2017. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113575.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113576.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília, DF: Congresso Nacional, _____, 2021. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 20 nov. 2022.

_____. Lei nº 8.897, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Congresso Nacional, _____, 1995. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Portaria nº 1.658, de 12 agosto de 2021. Brasília, DF: Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional, 2021. Disponível em:<<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.658-de-12-de-agosto-de-2021-338426939>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Portaria nº 2.508, de 5 outubro de 2021. Brasília, DF: Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional. Disponível em:<<https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.508-de-5-de-outubro-de-2021-350613189>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Portaria nº 33, de 5 de janeiro de 2022. Brasília, DF: Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional Substituto, 2022. Disponível

em:<<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-33-de-5-de-janeiro-de-2022-372231854>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Resolução ANP nº 758, de 23 de novembro 2018. Brasília, DF: Diretoria da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 2018. Disponível em:<<https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-758-2018-regulamenta-a-certificacao-da-producao-ou-importacao-eficiente-de-biocombustiveis-de-que-trata-o-art-18-da-lei-no-13-576-de-26-de-dezembro-de-2017-e-o-credenciamento-de-firmas-inspetoras?origin=instituicao&q=758>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Resolução ANP nº 802, de 05 de dezembro de 2019. Brasília, DF: Diretoria da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 2019. Disponível em:<<https://atosoficiais.com.br/anp/resolucao-n-802-2019-estabelece-os-procedimentos-para-geracao-de-lastro-necessario-para-emissao-primaria-de-creditos-de-descarbonizacao-de-que-trata-o-art-14-da-lei-no-13-576-de-26-de-dezembro-de-2017-e-altera-a-resolucao-anp-no-758-de-23-de-novembro-de-2018?origin=instituicao&q=802>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Resolução Normativa ANEEL nº 1000, de 7 de dezembro de 2021. Brasília, DF: Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica, 2021. Disponível em: <<https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20211000.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Resolução Normativa nº 819, de 19 de junho de 2018. Brasília, DF: Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica, 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/28737289/do1-2018-07-05-resolucao-normativa-n-819-de-19-de-junho-de-2018-28737273>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF. Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17 nov. 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308380793&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2946. Relator: Ministro Dias Tofolli. Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 mai. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351258793&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RMS 24.555/DF. Relator: Ministro Eros Grau. 1ª Turma., Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 de mar. de 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=24977>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 3.540/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.046/2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zylmer. Sessão 23 abr. 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1304073/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 28 out. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 14.951/2018. 1ª Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão 20 nov. 2018.

Disponível em:< https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A14951%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 4.550/2020. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Sessão 9 dez. 2020. Disponível em:< https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4550%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BREUS, Thiago de Lima. *O Governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. Curitiba, 2015. 262 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal do Paraná.

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. *Supply Chain Act*. Disponível em:<<https://www.csr-in-deutschland.de/EN/Business-Human-Rights/Supply-Chain-Act/supply-chain-act.html>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

CAETANO, Rodrigo. BNDES faz compromissos climáticos na COP27 e busca preservar estratégia ESG para o próximo governo. *In: Exame*. 9 nov. 2022. Disponível em:<<https://exame.com/esg/bndes-faz-compromissos-climaticos-na-cop27-e-busca-preservar-estrategia-esg-para-o-proximo-governo/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Marina Silva: a reindustrialização virá a partir do meio ambiente e do conhecimento ancestral. *In: Exame*. 12 nov. 2022. Disponível em:<<https://exame.com/esg/marina-silva-a-reindustrializacao-vira-a-partir-do-meio-ambiente-e-do-conhecimento-ancestral/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CAMPOS, Álvaro. B3 é 1ª brasileira a ter bônus com metas exclusivamente sociais. *In: Valor Econômico*. São Paulo: 17 set. 2021. Disponível em:<<https://valor.globo.com/financas/noticia/2021/09/17/b3-e-1a-brasileira-a-ter-bonus-com-metas-exclusivamente-sociais.ghtml>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

CARNEIRO, Júlia Dias. 'Só arrancaram a casa do lugar, e fim': 4 anos depois, desapropriados da Copa questionam remoções desnecessárias. *In: BBC News Brasil*. Rio de Janeiro: 17 jun. 2018. Disponível em:<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44478032>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 36ª Ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022. Edição do Kindle.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

CHIARRETI, Daniela; RITTNER, Daniel. 'Davos verde' debate reforma do capitalismo. *In: Valor Econômico*. Davos (Suíça) e São Paulo, 20 jan. 2020. Disponível em:<<https://valor.globo.com/impreso/noticia/2020/01/20/davos-verde-debate-reforma-do-capitalismo.ghtml>>. Acesso em: 15 nov. 2022

COHEN, Isadora; SANTANA, Luísa Dubourcq. O 'S' do ESG: Boas notícias para a inclusão de gênero na infraestrutura. *In: Jota*. 13 mar. 2022. Disponível em:<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/slb-esg-inclusao-de-genero-na-infraestrutura-18032022>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

COHEN, Isadora; SANTANA, Luísa Dubourcq; SCHWARTZ, Felipe Gurman. O alcance da implementação dos pilares ESG em projetos de concessão. *In: Jota*. 02 set. 2022. Disponível em:<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/o-alcance-da>

implementacao-dos-pilares-esg-em-projetos-de-concessao-02092022>.

Acesso em: 21 nov. 2022.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução CVM nº 480, de 7 de dezembro de 2009. Brasília, DF: Colegiado, 2009. Disponível em:<<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst480.html>>.

Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. Resolução CVM nº 59, de 22 de dezembro de 2021. Brasília, DF: Colegiado, 2021. Disponível em:<<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol059.html>>.

Acesso em: 16 nov. 2022.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125 de 29, de novembro de 2010. Dje nº 219/2010, de 01 dez. 2010. Brasília, DF. Disponível em:<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

COUTO, Fábio. Meta do BNDES é que 100% de empréstimos em 2023 tenham estimativa de impacto de carbono. *In: Valor Econômico*. Rio de Janeiro, 23 ago. 2022. Disponível em:<<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/08/23/meta-do-bndes-e-que-100percent-de-emprestimos-em-2023-tenham-estimativa-de-impacto-de-carbono.ghtml>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CRUZ, Augusto. *Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa*. 1ª Ed. São Paulo: Scortecci, 2022. Edição do Kindle. p. 64-65.

DA COSTA, Machado. Mediação ganha preferência de empresas que adotam agendas ESG. *In: Veja, Radar Econômico*. 18 dez. 2020. Disponível

em:<<https://veja.abril.com.br/blog/radar-economico/mediacao-ganha-preferencia-de-empresas-que-adotam-agenda-esg/>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. et. al. *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Edição do Kindle.

_____. *Parcerias na administração pública*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição do Kindle.

_____. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

EDELMAN. *Edelman Trust Barometer 2020*. 6 abr. 2020. Disponível em:<<https://www.edelman.com.br/estudos/edelman-trust-barometer-2020>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

ENAP. *Brasil pode gerar mais de 8 milhões de empregos com o mercado de carbono*. 28 set. 2022. Disponível em:<<https://www.enap.gov.br/pt/acontece/noticias/brasil-pode-gerar-mais-de-8-milhoes-de-empregos-com-o-mercado-de-carbono>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da actividade de Direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA). *Sustainable Finance Roadmap 2022-2024*. 10 fev. 2022. Disponível em: <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma30-379-1051_sustainable_finance_roadmap.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

EUROSIF. *SFDR*. Disponível em: <<https://www.eurosif.org/policies/sfdr/>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

FAYOL, Henri. *Administração industrial e geral: previsão, organização, comando, coordenação e controle*. 1994.

FINK, Laurance D. Uma mudança estrutural nas finanças. *In*: BlackRock. Disponível em: <<https://www.blackrock.com/br/larry-fink-ceo-letter>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

FRATTINI, Franco. *Relazione introduttiva. Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*. San Marino: Maggioli Editore, 1997.

FRAZÃO, Ana. Ano novo, capitalismo novo? *In*: Jota. 19 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/ano-novo-capitalismo-novo-19022020>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. Capitalismo de stakeholders e investimentos ESG. *In*: Jota. 28 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-stakeholders-e-investimentos-esg-28042021>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

G1 BA. *Grupos que usavam OSCIPS para desviar verba faturaram R\$ 360mi*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/11/grupos-criminosos-usavam-oscips-para-desviar-verba-publica-diz-pf.html>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

G1 RIO. *Milícias alcançam tráfico e já ocupam metade das áreas controladas por grupos armados no RJ, diz estudo*. Rio de Janeiro: 13 set.

2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/09/13/milicias-alcancam-traffic-e-ja-ocupam-metade-das-areas-controladas-por-grupos-armados-no-rj-diz-estudo.ghtml>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise. In: Pedro Gonçalves (Coord.) *Estudos de Contratação Pública*. Vol. III. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

GOULART, Josette. Concessões de rodovias federais com ESG podem gerar R\$ 400 bilhões. In: *Veja*. 20 set. 2021. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/coluna/radar-economico/concessoes-de-rodovias-federais-com-esg-podem-gerar-r-400-bilhoes/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

GOV.BR. *RenovaBio*. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: <<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/renovabio-1#:~:text=O%20RenovaBio%20%C3%A9%20uma%20pol%C3%ADtica,mercado%20e%20a%20mitiga%C3%A7%C3%A3o%20de>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. *Veículos Elétricos*. Ministério de Minas e Energia, Agência Nacional de Energia Elétrica, 10 fev. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/veiculos-eletricos>>. Acesso em 20 nov. 2022.

GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA. *The Koorean new deal*. Jul. 2020. Disponível em: <<https://english.moef.go.kr/skin/doc.html?fn=Korean%20New%20Deal.pdf&rs=/result/upload/mini/2020/07/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUTTMAN, Dan. Government By Contract: The White House Needs Capacity to Review and Revise the Legacy of 20th Century Reform. *In: Presidential Management Capacity to Respond to 21st Century Challenges*.

HIRATA, Taís. BNDES estuda concessões florestais com base na venda de créditos de carbono. *In: Valor Econômico*. São Paulo: 17 set.2022.

Disponível

em:<<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/09/17/bndes-estuda-concessoes-florestais-com-base-na-venda-de-creditos-de-carbono.ghtml>>.

Acesso em: 20 nov. 2022.

HIRATA, Taís. Construtoras da Lava Jato tentam se reerguer. *In: Valor Econômico*. São Paulo: 28 mai. 2021. Disponível

em:<<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/05/28/construtoras-da-lava-jato-tentam-se-reerguer.ghtml>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

HIRATA, Taís. Lava Jato deixa hiato na infraestrutura, afirma presidente da Triunfo. *In: Folha de São Paulo*. São Paulo, 30 se. 2018. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/09/lava-jato-deixa-hiato-na-infraestrutura-afirma-presidente-da-triunfo.shtml?origin=folha>>. Acesso em 20 nov. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA.

Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. São Paulo,

SP: IBGC, 2015. Disponível em: <

<https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>>.

Acesso em: 15 nov. 2022.

IBGE. *População em áreas de risco no Brasil/2010*. Disponível

em:<<https://www.ibge.gov.br/geociencias/informacoes-ambientais/estudos->

ambientais/21538-populacao-em-areas-de-risco-no-brasil.html?=&t=acesso-ao-produto>. Acesso em: 21 nov. 2022

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Lançamento da Segunda Edição do Estudo ICC-WayCarbon: Oportunidades para o Brasil e Mercados de Carbono*. 6 out. 2022. Disponível em:<<https://www.iccbrasil.org/lançamento-da-segunda-edicao-do-estudo-icc-waycarbon-oportunidades-para-o-brasil-e-mercados-de-carbono/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

IPCC SIXTH ASSESSMENT REPORT. *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*. Disponível em:<<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

IPCC. *Aquecimento Global de 1,5° C*. Disponível em:<<https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/07/SPM-Portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*. Cambridge [UK]: Cambridge University Press, 2022. Disponível em:<<https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-ii/>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Edição do Kindle.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 1998.

KOLLMUSS, A; ZINK, H; POLYCARP, C. *Making Sense of the Voluntary Carbon Market: A Comparison of Carbon Offset Standards*. Stockholm Environment Institute. WWF Germany. Mar. 2008. Disponível em:

<<https://mediamanager.sei.org/documents/Publications/SEI-Report-WWF-ComparisonCarbonOffset-08.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

LEE, Yun Ki; SILVEIRA, Santamaria Nogueira. O ESG, a COP 27 e o futuro que queremos. *In: Jota*. 05 set. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/praticas-esg/o-esg-a-cop-27-e-o-futuro-que-queremos-05092022>>. Acesso em 21 nov. 2022.

LIMA, Monique. Falta de regulação limita mercado de carbono no Brasil. *In: Forbes Money*. 7 out. 2022. Disponível em: <<https://forbes.com.br/forbes-money/2022/10/falta-de-regulacao-limita-mercado-de-carbono-no-brasil/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

MANSO, Bruno Paes. A ligação do clã Bolsonaro com paramilitares e milicianos se estreitou com a eleição de Flávio. *In: El País*. 24 abr. 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-04-24/a-ligacao-do-cla-bolsonaro-com-paramilitares-e-milicianos-se-estreitou-com-a-eleicao-de-flavio.html>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Edição do Kindle

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013.

MEDEIROS, Cláudio. O investimento em infraestrutura é vacina para vencer o desemprego. 28 mai. 2021. Disponível em: <<https://exame.com/bussola/o-investimento-em-infraestrutura-e-vacina-para-vencer-o-desemprego/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª Ed. atual até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo, Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Henrique; JUNQUEIRA, Gustavo Diniz. ESG no governa e na gestão pública. *In: Estadão*. 29 jul. 2021. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,esg-no-governo-e-na-gestao-publica,70003792868>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Edição Kindle.

MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013.

MURTA, Andrea. Exércitos privados mimetizam Forças Armadas nos EUA. *In: Folha de São Paulo*. São Paulo: 22 jun. 2008. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2206200809.htm>>. Acesso em 20 nov. 2022.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Acordo de Paris sobre o Clima*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/node/88191>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). *ESG: O Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder: A Tríade Regenerativa do Futuro Global*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Edição do Kindle.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Organização Administrativa*. 4ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Edição Kindle.

ONU NEWS. *COP 26 ressalta que mulheres suportam o peso da crise climática*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769822>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. *COP 26: transporte livre de combustíveis fósseis e propostas para texto final*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1770042>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. *Na COP26, mais de 130 empresas de moda prometem reduzir emissões de CO₂*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769992>>. Acesso em 15 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/estocolmo_mma.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

PACTO GLOBAL REDE BRASIL. *ESG*. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

PAGANINE, Joseana. Brasil: reservatório de água do mundo. *In: Senado notícias*. 19 mar. 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/03/19/brasil-reservatorio-de-agua-do-mundo>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. Contratações públicas sustentáveis. *In: SUNFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1877599/mod_resource/content/2/juliana%20bonacorsi%20de%20palma%20-

%20contrata%C3%A7%C3%B5es%20p%C3%BAblicas%20sustent%C3%A1veis.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

PEIXOTO, Roberto. Desmatamento sobe mesmo em unidades de conservação na Amazônia no governo Bolsonaro; veja imagens. *In: G1*. 09 set. 2022. Disponível em:<<https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2022/10/09/desmatamento-sobe-mesmo-em-unidades-de-conservacao-na-amazonia-no-governo-bolsonaro-veja-imagens.ghtml>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

PEW CENTER ON GLOBAL CLIMATE CHANGE. *Climate Change 101: Understanding and Responding to Global Climate Change: Cap and Trade*. jan. 2011. Disponível em: <<https://www.c2es.org/wp-content/uploads/2017/10/climate101-fullbook.pdf>>. Acesso em: 15 nov 2022

PINHEIRO, Lana. ESG chega às concessões públicas. *In: Istoé Dinheiro*. 25 fev. 2022. Disponível em:< <https://www.istoedinheiro.com.br/esg-chega-as-concessoes-publicas/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

PINTO, Daniela Gomes. O S do ESG em pé de igualdade. *In: Valor Econômico*. São Paulo, 28 set. 2022. Disponível em:<<https://valor.globo.com/empresas/esg/artigo/o-s-do-esg-em-pe-de-igualdade.ghtml>>. Acesso em: 16 nov. 2022

PREFEITURA MUNICIAPL DE CURITIBA. *Mobilidade urbana se reinventa*. Disponível em:<<https://www.curitiba.pr.gov.br/noticiasespeciais/mobilidade-ativa/31>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

RIO +20. *Sobre a Rio +20*. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html>. Acesso em: 15 nov. 2022.

RODRIGUES-ARANA, Jaime. *La privatización de la empresa pública*. Madri: Montecorvo, 1993.

ROOSEVELT, Franklin D., Recommendations to the Congress to Curb Monopolies and the Concentration of Economic Power (Apr. 29, 1938). *In: Public Papers of The Presidents of the United States*. Washington: Samuel I. Rosenman ed., 1990.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Ambiental*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Edição do Kindle. p.667.

SCAHILL, Jeremy. Blackwater. *A Ascensão do Exército Mercenário mais poderoso do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SCHWAB, Klaus. Davos Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution. *In: World Economic Forum*. 2 dez. 2019. Disponível em:<<https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE DE MINAS GERAIS (SEINFRA). *Cartilha ESG*. 2022. Disponível em:<http://www.parcerias.mg.gov.br/images/2021/Cartilha_ESG_Seinfra_MG.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SENADO FEDERAL. *Manual de Comunicação da Secom*. Disponível em:<<https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/glossario/stakeholders>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. *Sessão Especial de Debates sobre 25 anos da Rio 92*. Brasília, 2017. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/589791/001107013_Debates_25_anos_Rio_92.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1989.

SILVA JUNIOR, Altamiro. Pernambuco testará modelo de concessão sustentável em leilão na B3. *In: Estadão*. 19 jan. 2022. Disponível:<<https://economia.estadao.com.br/blogs/coluna-do-broad/pernambuco-testara-modelo-de-concessao-sustentavel-em-leilao-na-b3/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

SNIS – SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. *25º diagnóstico dos serviços de água e esgotos*. Dez. 2020. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2019/Diagn%C3%B3stico_SNIS_AE_2019_Republicacao_31032021.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

STANGARONE, Troy. The Impact of COVID-19 on South Korean Trade in 2020. *In: The Diplomat*. 4 fev. 2021. Disponível em:<<https://thediplomat.com/2021/02/the-impact-of-covid-19-on-south-korean-trade-in-2020/>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

SUSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. *In: MATTOS, Paulo (Org.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

THE COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION (COSO). *Leveraging COSO across the three lines of defense*. Durham [EUA], 2015. Disponível em:<<https://www.coso.org/Documents/COSO-2015-3LOD.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

TRIBUNAL DISTRICTAL DE HAIA. C/09/571932 / HA ZA 19-379. The Hague District Court has ordered Royal Dutch Shell (RDS) to reduce the CO2 emissions of the Shell group by net 45% in 2030, compared to 2019 levels, through the Shell group's corporate policy. 26 mai. 2021. Disponível em: <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

UNICEF. *The Children's Climate Risk Index*. Disponível em: <<https://www.corecommitments.unicef.org/kp/climate-crisis-is-child-rights-crisis.url>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. *Rules, modalities and procedures for the mechanism established by Article 6, paragraph 4, of the Paris Agreement*. Disponível em: <<https://unfccc.int/documents/310511>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

UNO ENVIRONMENT PROGRAMME. *Relatório Global de Desenvolvimento Sustentável 2022*. Disponível em: <<https://www.unep.org/pt-br/resources/relatorios/relatorio-global-de-desenvolvimento-sustentavel-2022>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

V FÓRUM MUNDIAL SOBRE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO LOCAL. *UNRISD – Instituto de pesquisa das nações unidas para o desenvolvimento*. Disponível em: <<https://5editioncordoba.ledworldforum.org/pt/org/unrisd-the-united-nations-research-institute-for-social-development/>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Planejamento das Contratações e a Elaboração do Termo de Referência*. Disponível em: <https://portal.jmlgrupo.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_1_6_01.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

WEETMAN, Catherine. *Economia circular: conceitos e estratégias para fazer negócios de forma mais inteligente, sustentável e lucrativa*. 1ª Ed. São Paulo: Autêntica Business, 2019. p. 61. Disponível em: <<https://grupoautentica.com.br/download/extras/economia-circular-cap-1.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 4ª Ed. Milano: Giuffrè, 1955.