XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: João Marcelo de Lima Assafim; Maria De Fatima Ribeiro.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-622-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito e inovação. 3. Propriedade intelectual e concorrência. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

Trata-se do grupo de trabalho (GT) número 52 (cinquenta e dois) intitulado DIREITO

INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA, realizado no âmbito do

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado no período de 07 a 09 de Dezembro

de 2022, em Balneário Camboriú – Santa Catarina. Este GT, fundado diante do

advento do sistema nacional de inovação (com pedra angular no artigo 218 da

Constituição da República Federativa do Brasil), teve sua importância reforçada do

papel da inovação nas políticas públicas de desenvolvimento. A perspectiva de

transição do capitalismo de “shareholder” para o de “stakeholder”, a luz da produção

intelectual de autores da envergadura de Mariana MAZZUCATO, terminou por criar

uma relação direta das políticas de inovação (e r. instrumentos de atribuição

patrimonial) com o desenvolvimento sustentável e o respeito aos direitos humanos,

para, ao fim e ao cabo, engendrar políticas crescimento econômico e de inclusão

social.

A obra intitulada “A propriedade intelectual e sua contribuição ao desenvolvimento

local: problematizações a partir da política catarinense de ciência, tecnologia e

inovação", da lavra de Reginaldo Pereira demonstra como as políticas públicas de inovação podem servir ao desenvolvimento, descortinando fragilidades do sistema nacional de inovação e que em que pontos tais politicas de ciência e tecnologia podem gerar crescimento econômico e desenvolvimento local e regional. As políticas do estado de Santa Catarina podem servir de referencia para toda a Federação.

O capítulo intitulado "Inovação e propriedade intelectual no Brasil: perspectivas e desafios", da autoria de Aline Lanzarin e Kerlyn Larissa Grando Castaldello, enfrentam os desafios da inovação. Alguns problemas como atraso do exame de pedidos de patente e de marcas no INPI (backlog), de um lado, e, pior, a desindustrialização que levou ao sucateamento da indústria de insumos impôs ao Brasil a dependência de matéria prima em vários setores (farmacêutico, alimentício, suplementos alimentaras, etc.). Outro ponto, polêmico, é a perda de cérebros, mas, deve-se considerar, não restrito a isso, pois tão ou mais relevante é a perda dos resultados de pesquisas financiadas com dinheiro dos contribuintes brasileiros. Há a falta de uma política de direitos de propriedade intelectual não só para a CAPES, CNPq e FAPs, como, também, para o sistema de avaliação do SNPG. O problema principal, na forma do debate no GT, ainda é o cultural.

O trabalho intitulado "Inovação social como mecanismo de acesso à informação e inclusão dos imigrantes no Brasil", da autoria de Ana Paula Nezzi e Kamila Lorenzi,

aborda a hipótese de inovação tecnológica a serviço do acesso à informação. São consideradas as hipóteses de criação de totens físicos para permitir a inclusão. Um exemplo a ser seguido por outras entidades e órgãos da República Federativa do Brasil. A ideia é extraordinária, mas, a partir dos debates, percebeu-se que, ainda que esse tipo de inovação venha acompanhado da percepção de que a propriedade intelectual seria despicienda para a inovação (de natureza humana), esta mesma percepção derrete quando seus criadores tentam “monetizar a inovação”. No entanto, nem sempre a tempo de se reparar a proteção de exclusivos a ponto de atrair investidores e/ou tornar a iniciativa autossustentável.

A obra intitulada “A presença da sustentabilidade como a quinta hélice dos Ecossistemas de inovação do Brasil: Análise dos documentos Normativos expedidos pelo MCTI nos anos de 2016 a 2020”, de titularidade de Erika Juliana Dmitruk recupera o problema da fragilidade das politicas de inovação, trazendo para pauta o meio ambiente e os direitos humanos. A discussão inclui a ESG no centro das politicas publicas de desenvolvimento com base no crescimento econômico e na inovação. A preocupação central, bem destacada nos debates no âmbito do GT, é a de se engendrar desenvolvimento pela sustentabilidade de longo prazo, e a importância de se ter uma politica de estado, não de governo. Aparece, também, aqui, a necessidade do MRE pelejar internacionalmente pela proteção dos biomas, patrimônio genético,

conhecimentos tradicionais e indicações geográficas como instrumentos de geração de riqueza para o Brasil e populações ribeirinhas, indígenas e quilombolas.

A pesquisa abrange o tema “Ambientes promotores de inovação API como instrumentos de desenvolvimento nas sociedades 5.0.: mapeamento dos programas de apoio no estado de Santa Catarina (2011-2021)”, de autoria de Tuana Paula Lavall, lança um olhar para as políticas públicas. O trabalho parte do Artigo 219, complementando o trabalho anterior realizado no âmbito das politicas catarinenses, para catalogar os ambientes promotores de inovação. Outro elemento importante foi o aporte de recursos por editais a partir do período em análise.

O capítulo intitulado “o direito autoral de obras criadas por inteligências artificiais”, de titularidade de Roberto Berttoni Cidade, traz uma polêmica já não tão nova, mas sujeita a problemas reais cada vez mais reais e concretos. A partir da obra de Pablo Esteban Fabricio Caballero, após o enfrentamento de uma lista de hipóteses, destaca-se o fato de que um robô não é pessoa, sendo, inclusive, mencionado, e destacado nos debates, a possibilidade de uma distorção do sistema de direito autoral implicar em concentração estrutural e incremento de poder econômico, em situações não previstas pela norma antitruste, bem como, a aparente omissão sobre os abusos de DPI por parte do fazedor de políticas públicas em alguns casos.

O trabalho intitulado “A (Im)possibilidade Jurídica de Proteção da Propriedade

Intelectual Criada por uma Inteligência Artificial", da lavra de Aleteia Hummes Thaines conclui no mesmo sentido do debate no trabalho anterior, destacando a natureza do direito e a legitimidade ativa do direito ao exclusivo.

A obra intitulada "Vida on-line e inovação: o impacto das novas tecnologias para o futuro do direito", da lavra de Fernando de Brito Alves e Amanda Quirino dos Santos Barbosa, traz um oportuno debate sobre o acelerado desenvolvimento tecnológico da nova economia. No entanto, novas plataformas podem alterar comercialmente métodos de negócio, mas não o direito positivo e categorias dogmáticas aplicáveis ao direito mercantil e civil, como já percebido pela OMPI nos debates sobre "las autopistas de la información" em meados dos anos 1990 em Sevilla, Espanha (vide Seminário Internacional da OMPI, 1996). De outro lado, o avanço tecnológico também ocorre em outros setores da economia e, fundamentalmente, com fundamento no uso estratégico de direitos de propriedade intelectual em mercados concentrados.

A pesquisa "Sandbox regulatório: instrumento estratégico para promoção da inovação sustentável" da autoria de Pablo Esteban Fabricio Caballero, a exemplo do serviço de interesse geral do direito administrativo espanhol. No entanto, o debate trouxe como pauta a necessidade de usar o, assim denominado, sandbox, para viabilizar a criação e capitalização de sociedades nacionais de capital nacional

competitivas no mercado global.

“Tecnologia e inovação: interrelação entre o crescimento econômico e o desenvolvimento econômico – o papel regulador do Estado” foi desenvolvido por José Carlos Francisco dos Santos e a partir da temática do direito ao desenvolvimento, a partir de autores como SHUMPETER, SHAPIRO, entre outros.

A obra “A função social da propriedade intelectual aplicada às tecnologias verdes: limites e possibilidades”, da autoria de João Pedro do Nascimento Costenaro, traz a lume a importância das políticas de desenvolvimento a partir dos vários bens portadores de tecnologia, com destaque para o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável. Nos debates, surgiu a necessidade de atuação do Itamaraty (MRE) na defesa de interesses nacionais como a indicação geográfica, patrimônio genético e conhecimentos tradicionais.

A pandemia e resolução número 247 foi abordada na obra da lavra de Rocha de Oliveira e Andressa Mendes Souza, intitulada “Propriedade intelectual em tempos de pandemia: a atuação do INPI no enfrentamento à COVID-19”. Há 16 modalidades de trâmite prioritário, todos positivos para a redução dos efeitos do backlog, no entanto, ainda não se sabe em que medida houve aceleração do procedimento e ganho para a sociedade.

A obra intitulada “Império TESLA (TSLA34) e a difícil adequação ao ESG: uma análise

baseada nos reflexos do custo social e da competitividade” da autoria dos pesquisadores Joasey Pollyanna Andrade da Silva e Maria de Fatima Ribeiro aborda a questão dos valores humanos e ambientais na governança corporativa com vetor de incentivo ao desenvolvimento sustentável. Os debates destacaram a necessidade do uso estratégico da propriedade intelectual combinada com a atenção aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável.

O artigo intitulado “Os reflexos contratuais da cláusula de exclusividade nas plataformas de comida no Brasil: uma análise da conduta anticompetitiva, tributação e renda” da lavra de Jonathan Barros Vita e Joasey Pollyanna Andrade da Silva indicam o risco de abuso de direito de propriedade intelectual e restrições verticais em mercados concentrados na nova econômica podem descortinar situações de abuso de posição dominantes e outras formas de restrições anticompetitivas. Com efeito, nos debates, a partir da citação de PIKETTY e HA JOON CHANG, há relação entre a velocidade da concentração do produto interno bruto superior a distribuição pelo crescimento econômico e a falência de políticas eficientes de distribuições de renda a partir do incremento do produto através de políticas de desenvolvimento, com base na educação, pesquisa aplicada e inovação tecnológica proprietária de sociedades brasileiras de capital nacional, e não, apenas, do endividamento público sem lastro no crescimento econômico.

O capítulo intitulado “(Estrutur)ação da Agência Nacional de Proteção de Dados: Efetividade do Órgão e Aplicabi(rea)lidade da Norma no Espaço Tempo Brasileiro Atual”, de titularidade de Raphael da Rocha Rodrigues Ferreira traz o tema da privacidade que, embora conhecido e relevante. Não há atividade que não dependa da disciplina da privacidade relativamente aos dados pessoais, mas, no entanto, o debate descortinou o fato de que a aparente falta de uma fiscalização com penas de algum significado econômico tem, de alguma forma, incentivado as sociedades empresarias a não se adequar, desde locadoras de automóveis a condomínios, passando por seguradoras de traficam interna e externamente dados pessoais sem autorização.

A pesquisa intitulada “Trade dress: Meio de Proteção à Concorrência Desleal e sua Conformidade Jurisprudencial e Legislativa”, foi desenvolvido pelo autor Fabio Fernandes Neves Benfatti, e destaca a importância do padrão de prova na repressão a concorrência desleal. O debate indica que uma serie de supostos critérios que não afere concorrência nem o desvio de clientela, elementos essenciais, para que se crie um pacote de elementos fracos podem induzir a instrução a erro e a uma distorção do instituto.

A obra de autoria de João Pedro do Nascimento Costenaro, intitulada “Os Conhecimentos Tradicionais e a Refundação do Sistema de Propriedade intelectual: A

Necessidade de um Regime Sui Generis” tem relevância indiscutível diante da inovação, da nova economia, das politicas de desenvolvimento, mas, não, sem o alerta do debate, no sentido de que um sistema sui generis, apartado da dogmática, tende a implicar em elevado risco para segurança jurídica.

Por todo este conteúdo, os trabalhos do GT52 do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito foram expostos a debate em uma tarde profícua de produção intelectual aplicada em resposta a demanda social e ao bom serviço do Sistema Nacional de Pós-Graduação na área do Direito, sem deixar de enfrentar problemas interdisciplinares colocados, trazendo soluções resultantes da análise sistêmica do Direito. Quizá, muitos destes problemas (e soluções) de interesse das outras 47 áreas do conhecimento (no âmbito do Conselho Técnico e. Científico da CAPES - CTC) relativamente ao sistema nacional de inovação.

Tenham uma excelente leitura.

Maria de Fátima Ribeiro

João Marcelo de Lima Assafim

IMPÉRIO TESLA (TSLA34) E A DIFÍCIL ADEQUAÇÃO AO ESG: UMA ANÁLISE BASEADA NOS REFLEXOS DO CUSTO SOCIAL E DA COMPETITIVIDADE

EMPIRE TESLA (TSLA34): SOCIAL COST AND THE DIFFICULT ADEQUATION TO THE ESG: AN ANALYSIS FROM THE REFLEXES OF THE SOCIAL COST AND COMPETITIVENESS

Clara Kelliany Rodrigues de Brito
Joasey Pollyanna Andrade da Silva
Maria De Fatima Ribeiro

Resumo

Neste artigo, analisam-se os parâmetros para a implementação das diretrizes do ESG nas empresas multinacionais, ante às diretrizes normativas mundiais de integridade ambiental, social e de governança. Com especial destaque para a gigante TESLA. Nesse sentido, abordou-se a política da empresa no âmbito ESG, considerando-se os conceitos oriundos da sigla, bem como os fundamentos consonantes e discordantes em suas decisões. Revela-se como problemática o impasse entre o cumprimento das regras impostas pelo S&P Dow Jones e o impacto geral da exclusão da TESLA do Índice S&P 500 ESG, que mede o nível de capitalização de mercado e o desempenho de títulos que cumprem com critérios de sustentabilidade. Nessa perspectiva, apreciou-se como o sistema que compõe as implicações do tripé ESG tem sido relevante para o cenário socioeconômico mundial. Para a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica qualitativa e observância da legislação, doutrina e relatórios internacionais. A partir da aplicação da Análise Econômica do Direito, concluiu-se que os critérios utilizados pelos índices que atuam no mercado financeiro necessitam de maior transparência, considerando-se que a presença de critérios subjetivos, bem como a ausência de simetria nas avaliações entre os portes das empresas. Também, constatou-se que o conceito ESG é uma ferramenta importante para regular o mercado e torná-lo mais sustentável. Além disso, concluiu-se que a exclusão da TESLA do Índice S&P 500 ESG pode gerar no mercado perda de credibilidade, bem como afetar os resultados e competitividade da empresa.

Palavras-chave: Custo social, Competitividade, Esg, Externalidades negativa, Tesla

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the parameters for implementing ESG guidelines in the multinational corporations, in the view of normative guidelines worldwide of environmental, social and governance integrity. Along the special emphasis on the giant TESLA. Thereby, we approached the company's ESG policy, considering the concepts from the abbreviation, plus the consonants and discordant foundations in their decisions. The impasse between the compliance with the rules imposed by S&P Dow Jones and the general impact of TESLA's exclusion from the S&P 500 ESG Index, which measures the level of market capitalization

and the performance of securities that comply the sustainability criteria. In this perspective, it was appreciated how the system, which compounds the implications of ESG's tripod, has been relevant to the global socioeconomic scenario. Carrying out the research, the deductive method was used, applying bibliographic qualitative research and observance of the legislation, doctrine and international reports. From the application of the Economic Analysis of Law, we concluded that the criteria used by the indexes which operate in the financial market need more transparency considering the presence of subjective criteria, as well as the lack of symmetry in the evaluations between the dimensions of companies, with a clear preference for the multinationals. Also, was found that the ESG concept is an important tool to regulating the market and turn it into more sustainable. Besides that, we concluded that the exclusion of TESLA from the of the S&P 500 ESG Index can generate in the market as well as affect the company's results.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social cost, Competitiveness, Esg, Negative externalities, Tesla

INTRODUÇÃO

A sigla ESG origina-se do inglês *Environmental* (meio ambiente), *Social* (social) e *Governance* (governança). Esse conceito visa estabelecer um conjunto de padrões e boas práticas para medir se uma empresa atende os critérios de suspensibilidade, sedimentados sobre o tripé ambiental, social e boa governança.

O ESG surgiu nos EUA por meio de um fundo por volta de 1971. Entretanto, o primeiro índice foi formalmente estabelecido em 1990. Em 2004, o ex-secretário geral da ONU, Kofi Annan, reuniu mais de cinquenta CEOS de grandes instituições financeiras para participar de uma iniciativa conjunta para que o índice ESG fosse incorporado ao mercado de capitais.

O principal objetivo dessa proposta consistia em incorporar aos mercados os fatores ambientais, sociais e de governança para produzirem melhores resultados à sociedade. Assim, em 2006, a Organização das Nações Unidas apresentou, formalmente, o conceito ESG, tornando o meio ambiente, a governança social e corporativas como indicadores para auferir o grau de desenvolvimento e sustentabilidade social de investimento.

O critério ESG busca alcançar um patamar de satisfação que se traduz, em termos econômicos, na capacidade de captação de recursos financeiros atrelados à imagem da empresa perante os investidores, cada vez mais exigentes e influenciados pela necessidade mundial de desenvolvimento sustentável.

Destaca-se que, em relação ao mercado financeiro, há diversos índices que podem ser chamados de ESG. No mercado internacional, por exemplo, os principais *index* ESG disponíveis para o investidor são os MISC ESG, S&P ESG, Down Jone ESG, Refinitiv ESG, entre outros. No mercado nacional, por exemplo, há o ISE (Índice de Sustentabilidade Empresarial), ICO2 (Índice Carbono Eficiente), e o IGC-T (Índice de Governança Corporativa).

Como os índices não correspondem a um ativo livremente negociado no mercado de capitais, não é possível investir, especificamente, em um *index* ESG, nesse cotejo; a única forma de investimento ocorre por meio da escolha de fundo que adota o índice ESG como referência para sua rentabilidade.

Nesse sentido, o presente estudo revela como problemática o impasse gerado entre o cumprimento das regras impostas pelo índice S&P Dow Jones, com o objetivo de abordar os possíveis impacto gerados pela exclusão da TESLA do índice S&P 500 ESG que mede o nível de capitalização de mercado e o desempenho de títulos que cumprem com critérios de sustentabilidade.

Para encontrar as possíveis respostas, será utilizado o método dedutivo, guiado pela abordagem qualitativa, sedimentadas na pesquisa bibliográfica com base em relatórios, e artigos indexados sobre a temática analisada.

Nesse cotejo, o estudo em tela tem por objetivo avaliar os parâmetros para a implementação das diretrizes do ESG nas empresas multinacionais, ante às diretrizes normativas mundiais de integridade ambiental, social e de governança, assim como os reflexos do custo social e da competitividade. Com especial destaque para a gigante TESLA.

Nesse sentido, o estudo se dividiu em cinco partes. Na primeira, abordam-se os conceitos oriundos da sigla ESG, bem como seu funcionamento no mercado de capitais. Na segunda parte, abordou-se a política da empresa no âmbito ESG, além das externalidades negativas e os custos sociais não precificados nos mercados financeiros.

Na terceira parte, analisaram-se as premissas do índice S&P 500 ESG e os critérios adotados para auferir o desempenho das empresas. Na quarta parte, debruçou-se sobre os reflexos oriundos da exclusão da empresa TESLA do índice S&P 500 ESG e o impacto geral no cenário dos *benchmarks*. Por fim, a partir da Análise Econômica do Direito, traçaram-se as considerações finais.

1. *ESG – ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND CORPORATE GOVERNANCE*

O termo, em Língua Inglesa, Environmental, Social and Governance, equivale, em Língua Portuguesa do Brasil, a: Ambiental, Social e Governança Corporativa. Representa o conjunto de medidas ou atitudes que as empresas devem seguir em busca da própria sustentabilidade empresarial. Não se trata de uma construção, mas do alcance de um patamar de satisfação que se traduz, em termos econômicos, na capacidade de captação de recursos financeiros, proporcionados pela imagem que a empresa possui perante os investidores, essenciais nas análises de riscos e nas decisões de investimentos.

O que se entende no Brasil como função social da empresa, consagrada no art. 170, III, da Constituição Federal, implica as limitações ao exercício da função empresarial, que demanda a correta utilização dos meios e a diminuição das externalidades negativas, inevitavelmente provocadas ao meio ambiente, à sociedade e às práticas de integridade por meio da governança corporativa. Traduz-se em como a empresa projeta seus ganhos e a que custos, demonstrando ser objeto confiável e que merece receber investimentos.

Em nível mundial, essas características especiais são aferidas por meio de índices, que imprimem a sustentabilidade geral da empresa, e costumam ser direcionadas e específicas para cada setor produtivo, assim como para o local onde a empresa se encontra geograficamente.

Para estabelecer a moldura adequada de indexação do ESG, é indispensável a análise holística de inserção da empresa. Nesse sentido, ela deve se adequar a diversos critérios (específicos e gerais) a depender do prisma estabelecido pelas indexadoras, dentre esses aspectos, deve haver, indispensavelmente, a observância aos aspectos regionais, sociais e econômicos em que ela está inserida.

Assim como resultado, elas passam a ser inseridas no mercado de modo competitivo, e se manter no ranking das *benchmarks*[1]. Esse *ranking* demonstra a existência de um cenário bastante competitivo, que compõe a nova tessitura do entendimento acerca da integridade empresarial, que congrega fatores mínimos de observância de contextos sociais.

Por sua vez, estes incluem condições gerais de trabalho para seus funcionários; o modo como contorna e resolve as externalidades decorrentes dessa relação; a intimidade e empatia para com o entorno social em que está inserida, incluindo práticas de contextualização da comunidade, como relação com fornecedores locais. Também inclui métricas de compatibilização entre a produção, os impactos ambientais e sociais, resultantes das externalidades negativas decorrentes da própria atividade empresarial, bem como as medidas adotadas para minimizá-las ou anulá-las.

Dessa forma, qualquer atividade econômica deve ser pensada por meio de processos de produção que busquem como resultado o custo mínimo, não tolerando erros ou desperdícios. Nessa esteira, as empresas devem trabalhar com a noção de finitude dos recursos, motivo pelo qual os atores do mercado devem utilizar ou extrair, com racionalidade, os insumos necessários para sua atividade produtiva, de modo a suprir suas necessidades (OZELAME, 2015).

Nesse sentido, é importante observar que o critério ESG decorre de uma clara resposta que emana de antigos comportamentos de exploração industrial, ocorridos nos séculos passados. Nesse sentido:

> O desenvolvimento industrial oriundo dos séculos XIX e XX é responsável por importantes externalidades que geraram impactos positivos e negativos para sociedade. Porém, tal desenvolvimento gerou a necessidade de remodelar o comportamento de exploração dos diversos mercados, dando mais importância para uma exploração racional e sustentável, diferentemente dos moldes impostos pela indústria dos períodos citados, onde era regido pela busca incessante de lucro, aliado ao consumismo global.

[1] É um indicador usado para medir o desempenho de uma aplicação. A palavra é oriunda de inglês que significa "marca de referência".

> A junção desses fatores autografa a instalação de um desarranjo ambiental a nível mundial, resultando na escassez de recursos ambientais, mudanças climáticas, entre tantas outras consequências negativas que servem de base para ampliação de graves cenários de caos ambiental para sociedade pós-moderna, em decorrência da exploração irracional de tais recursos. (BRITO; SILVA; DO CARMO, 2022. p. 23)

Essa mudança de paradigma, trazida pelo índice ESG, consiste em coibir as externalidades causadas pela noção reducionista da atividade empresarial empregada até século XX, em que as empresas buscam seus interesses próprios e não avaliam os custos externos. Dessa forma, as empresas não tinham estímulos que primassem em internalizar os custos sociais das suas operações, desencadeando, consequentemente, a perda de bem-estar (CALIENDO, 2009).

Quanto ao termo governança corporativa, este se desenvolve sobre um amplo espectro de incidência, considerando-se que ele se relaciona, diretamente, com outros dois termos, *environment* e *social* (ambiental e social), que, em outras palavras, implicam determinantes mais próximas dos anseios perseguidos pelas políticas de *compliance*. Tal política visa demonstrar que a empresa possui condutas íntegras tanto internamente quanto externamente.

Destaca-se que, sobre a conduta empresarial externa, são analisados, em especial, sua relação com as demais empresas e com os governos, ou seja, debruçam-se sobre o comportamento da empresa perante as esferas pública e privada (LAMY; LAMY, 2012).

Reconhece-se que a política de integridade que norteia a ESG contempla uma gama vastíssima de implicações, e, por essa razão, apontam-se índices mínimos que ranqueiam as melhores empresas, as *benchmarks*, que servem de exemplo às demais, e costumam ser objeto de análise por meio do *benchmarking*, que consiste num processo de identificação e pesquisa de empresas que sejam excelentes em algum aspecto, ou em vários deles (CALCINI; DOS ANJOS, 2022).

ESG pode ser lido, ainda, como "*responsible investing*" (investimento responsável) ou "*sustainable investing*" (investimento sustentável), cujos índices aferidos são incorporados ao portfólio de decisões dos investidores. O investimento ESG representa uma parcela crescente dos investimentos gerais do mercado de capitais, por isso a importância de observância desses critérios pelas empresas (CALCINI; DOS ANJOS, 2022).

Aponta-se como origem do conceito de ESG a observância de princípios éticos de investimento, assim como investimento responsável, que serve de parâmetro de avaliação, segundo os quais os investidores podem observar o desempenho ESG de empresas para estimar o comportamento do investimento e conquistas da empresa em relação à promoção de desenvolvimento econômico e social, governança corporativa e outros aspectos.

Esse conceito envolve empresas que estão interligadas a redes sociais interconectadas e interdependentes, concentradas na consistência dos valores sociais trazidos pelo desenvolvimento das empresas. Acerca da progressão histórica do ESG, Feng, Cheng e Feng (2022, p. 64) explicam que:

> O primeiro fundo ESG foi criado nos EUA em 1971. O primeiro índice ESG foi estabelecido em 1990. Em 2006, as Nações Unidas estabeleceram os Princípios para Investimento e apresentar formalmente o conceito de ESG, tomando meio ambiente, governança social e corporativa como indicadores importantes para medir o desenvolvimento sustentável, que estabelecem o princípio da responsabilidade social investimento.

Embora os índices sejam claros quanto ao critério objetivo, é difícil estimar, com precisão, o grau em que os ativos institucionais perseguem as estratégias ESG, pois as decisões de ranqueamento, inserção, retirada e manutenção seguem, também, critérios subjetivos. Algumas estimativas de pesquisa, considerando todo o espectro de abrangência e implicações econômicas, podem ser colocadas na casa das dezenas de trilhões de dólares em ativos sob gestão, dentre os diversos fundos que atuam ligadas ao ESG.

Tendo como base teórica a missão de responsabilidade e visão de futuro de uma empresa, a ESG é mais dependente nos quesitos Governança Corporativa (G) e Social responsabilidade (S), que constituem variáveis importantes tanto do ponto de vista interno quanto externo para as empresas. Constituem, também, a base para uma operação sustentável e eficaz de um empreendimento, em que problema ambiental (E) constitui, além de externalidades negativas, grande fator de geração de custos sociais associados às demais siglas do contexto.

A título de exemplificação, apontam Feng, Cheng e Feng (2022, p. 66):

> Em 2008, a Bolsa de Valores de Xangai emitiu o Diretrizes sobre Divulgação de Informações Ambientais para Empresas Abertas da Bolsa de Valores de Xangai, que claramente exige que as empresas empreendam responsabilidades, trabalho relevante e divulgar em formação. Em 2016, sete ministérios e comissões, incluindo o Banco Popular da China, emitiu "Diretrizes na Construção de um Sistema Financeiro Verde" com base no objetivo de construir um sistema financeiro. Em 2018, a China Securities A Associação de Fundos de Investimento emitiu o "Green Investment Guidelines (Trial)', que define claramente a conotação de investimento verde e estabelece políticas verdes, princípios e métodos básicos.

As diretrizes ESG, em todo o mundo, costumam ser claras, pois impactam, sobremaneira, a forma como empresas multinacionais são vistas no mercado de capitais.

Qualquer classificação negativa, notícia não comentada ou mesmo fatos ocorridos e não sanados podem ser causa bastante para que as ações dessas empresas sejam desvalorizadas.

Não obstante a questão dos investidores, o próprio grupo que atua no setor pode sofrer reflexos dessas demandas, considerando que todas elas geram externalidades negativas e procuram diminuí-las ante aos custos sociais decorrentes, de modo a se manter segundo os índices do ESG.

2. TESLA, EXTERNALIDADES NEGATIVAS E OS CUSTOS SOCIAIS NÃO PRECIFICADOS NOS MERCADOS FINANCEIROS

Antes de adentrarmos no cerne dessa parte do estudo, faz-se necessário traçar algumas noções sobre o que seria maximização da eficiência. Assim, a maximização é oriunda de qualquer atividade produtiva, devendo ser fruto da exploração racional de quem o pratica. Nesse sentido, o fornecedor busca por estratégias racionais capazes de maximizar sua expectativa real de lucro e produtividade (SADDI, 2010).

Segundo Jairo Saddi, a maximização possui três pilares fundamentais, sendo eles:

> i) a maximização racional das necessidades humanas, que versa sobre a escolha proveniente dos atores econômicos em procurar formas capazes de alocar de maneira racional e apropriada os bens de consumo visando encontrar a máxima eficiência; ii) a conduta racional oriunda do sistema de preço, pois é através do sistema de preço que se pode delimitar o comportamento humano gerido pelas sanções ou recompensas; e os iii) os regulamentos e diplomas legais que influenciam incisivamente nas decisões de produção, consumo, investimento, troca etc. (SADDI, 2010. p.69).

Em outras palavras, a maximização da eficiência consiste em coibir o surgimento das externalidades, ou seja, os reflexos dos impactos motivados pelos agentes econômicos que afetam outros agentes ou terceiros alheios à situação. Empiricamente, pode-se afirmar que a externalidade constitui a falha de mercado com maior eloquência no mundo, isso porque, a partir dela, sempre emanará uma externalidade positiva ou negativa.

Em termos práticos, pode-se afirmar que as externalidades surgem em decorrência de tudo que o consumo privado ou a produção de bens/serviços causam para sociedade, ou seja, elas acontecem quando a produção/consumo de um bem/serviço afeta um terceiro que não está diretamente associado ao consumo ou à produção desse serviço. Desse modo, a externalidade possui como característica a ausência de valor, isso significa que elas não são transacionadas pelo mercado (CALIENDO, 2009).

Além do mais, o custo social, que consiste na soma dos custos privados assumidos pelos indivíduos e pela sociedade, bem como o custo total — que versa sobre a soma dos custos privados mais o custo externo — são bancados diretamente pela sociedade. Desse modo, quando uma determinada pessoa passa a consumir determinado bem ou serviço que possa lhe trazer determinado benefício, porém, é prejudicial a outrem, como o cigarro, está-se diante de tais custos que causam externalidade negativa (ZANATTA, 2012).

Assim, quando se depara com uma externalidade negativa, o custo social é muito maior que o custo privado. Então, enfrenta-se uma deficiência econômica. A partir dessa deficiência, a falha de mercado emana, consequentemente, precisando de intervenção estatal ou mercadológica para buscar o equilíbrio rompido.

Nessa perspectiva, não se pode desconsiderar o caminho percorrido pela Tesla no sentido de transpor o dinamismo do setor automobilístico, que, nos últimos anos, tem percorrido um longo caminho para entrar, mediante alto investimento, no setor das empresas com tecnologia de ponta. Alocados nas economias de escala mundial, a Tesla, enquanto *benchmark*, procura diminuir os efeitos da rede de distribuição, a fim de se manter como líder no segmento e aumentar, cada vez mais, sua produtividade, ante a presença de novos entrantes no segmento industrial.

A atividade industrial, inevitavelmente, produz efeitos deletérios ao meio ambiente, dentre outras externalidades negativas, e precisa, a todo momento, de controle, gestão e estratégias de contenção. Entretanto, não é possível transformá-las em externalidades positivas sem que haja investimento, e, ainda assim, demanda, além de aplicação de recursos, soluções para os problemas mais crônicos, que, reunidos, causam um cenário de efeito cascata em outros segmentos da empresa.

Custos sociais, em termos de ações não niveladas das ações empresariais sobre diversos setores, em que se incluem os objetivos combatidos pelo ESG e adjacentes, “vem da metáfora da ‘decolagem’ de W. Rostow popularizada no início da década de 1960 e replicada criticamente por Kate Raworth, como um avião que nunca aterrissa e se mantém constantemente em voo” (SARLET; FENTERSEIFER, 2021, p. 314).

Ante à abordagem econômica que defende um crescimento econômico constante e ilimitado, observa-se que, num espaço planetário e com recursos naturais limitados, as implicações para a redução das externalidades negativas e, consequentemente, dos custos sociais, é medida que se impõe diante dos estudos acerca do perigo que correm as gerações futuras (VÁZQUEZ MANZANARES, 2014).

A Tesla possui um modelo de negócio baseado no monopólio individual de sua cadeia produtiva, diferentemente da maioria dos fabricantes de automóveis, pois é detentora de toda a cadeia de suprimentos, desde a fabricação até a distribuição. Adotar esse tipo de estratégia objetiva a redução do custo final de fabricação e das mercadorias vendidas, a fim de garantir a sustentabilidade do negócio. Além disso, adota uma estratégia de gerenciamento da cadeia de suprimentos, concentrada em uma vertente de crescimento em longo prazo, que envolve produção, gestão de estoque e distribuição (BILBEISI; KESSE, 2017).

A fim de contextualizar as diretrizes do ESG como parâmetro confiável de investimentos no mercado de capitais, desde o seu surgimento, a sigla impõe uma teoria em que, gradualmente, utilizam-se determinados índices de integridade ESG como base para investimentos e apoio em responsabilidade social, componentes significativos da economia financeira verde num sistema de custos sociais.

Embora seja adepta das diretrizes concordantes ao ESG, a Tesla as aplica por imposição mercadológica, que, muitas vezes, são dissonantes às ideias compreendidas pelo seu principal sócio, Elon Musk. Entretanto, mesmo diante da resistência do *CEO,* a empresa busca se enquadrar nos critérios ESG para conseguir mais investimento e manter sua competitividade. Ademais, adequar-se aos *index* ESG significa que a empresa observa as "regras do jogo" impostas pelo mercado.

Por fim, entende-se como não precificados os custos sociais que, dada a sua abstração, não conseguem ser dimensionados monetariamente. Por essa razão, são de difícil aferição quanto à reparação material. As diretrizes para que essas externalidades negativas sejam contornadas são vistas sob o prisma dos postulados de integridade, em que se busca a excelência para conseguir alcançar níveis ótimos em ESG.

3. ÍNDICE S&P 500 ESG E OS CRITÉRIOS ADOTADOS

O índice S&P 500 ESG Index, lançado em 28 de janeiro de 2019, mede o valor das ações de algumas das maiores empresas por capitalização de mercado, listadas nos EUA, e atende a determinados critérios de sustentabilidade. Assemelha-se ao escopo do índice S&P 500 original, porém, visa ajudar os investidores a escolher entre empresas com base em seu compromisso com fortes metas ESG.

Conforme definição da S&P Dow Jones (2022, p. 01), o S&P 500 ESG Index é um índice "amplo e ponderado por capitalização de mercado, que procura medir o desempenho de

títulos que cumprem com critérios de sustentabilidade, mantendo ponderações de grupos industriais similares às do S&P 500".

Em operação desde 29 de abril de 2005, em que se registrou o primeiro valor, aplica avaliação em frequência no mês de maio de cada ano, por meio do método de ponderação *float-adjusted market cap weighted* (ponderação de valor de mercado ajustado pela flutuação). Adota o real-time como frequência de cálculo, e opera nas moedas dólar americano, euro, dólar canadense, franco suíço, libras esterlinas e peso mexicano (S&P DOW JONES, 2022).

A seleção das empresas é feita por meio do S&P 500 ESG Index, S&P MidCap 400 ESG Index e S&P SmallCap 600 ESG Index, os quais selecionam empresas com base nas Pontuações ESG da S&P DJI, "um conjunto de dados robusto que leva em conta as oportunidades e riscos ESG específicos para cada indústria e financeiramente relevantes" segundo a S&P Dow Jones (2022, p. 01).

Buscam manter, por meio desses índices, uma ampla exposição industrial similar à de *benchmarks*, e, a respeito desse processo, aumentam a exposição das características ESG e excluem empresas com atividades em áreas-chave negativas, conforme a S&P Dow Jones (2022).

Nele são projetadas as possíveis ocorrências e suas estratégias para contorná-los, cujos constituintes "são filtrados por participação em certos setores considerados contrários às metas ESG — como tabaco e controversa fabricação de armas — e por suas pontuações no Pacto Global das Nações Unidas" (MARQUARDT, 2022, p. 01), que fazem parte de uma grande estrutura global de responsabilidade social corporativa. Quando empresas se mantêm com as pontuações mais baixas em relação a seus pares, elas são excluídas do índice, até que haja uma outra avaliação.

No Brasil, o Índice S&P/B3 Brasil ESG "é um índice amplo que procura medir a performance de títulos que cumprem critérios de sustentabilidade e é ponderado pelas pontuações ESG da S&P DJI", segundo a B³ (2022, p. 01). Tem como critérios a exclusão de ações "com base na sua participação em certas atividades comerciais, no seu desempenho em comparação com o Pacto Global da ONU (UNGC em inglês) e também empresas sem pontuação ESG da S&P DJI" (B³, 2022, p. 01).

Como parâmetros utilizados, consideram desde o impacto das mudanças climáticas e emissões de carbono até a igualdade e os direitos humanos, dentro de uma transição global em constante movimento. Desse modo, congrega um conjunto crescente de evidências que indicam como uma empresa vem se dedicando e aportando recursos para cumprir os critérios ESG, importante impulsionador da gestão de riscos e dos retornos financeiros aos investidores.

Em 22 de abril de 2022, a S&P publicou a mudança em seu índice ESG, embora, somente em 18 de maio, tenham sido publicadas as explicações da razão pela qual a Tesla foi excluída do índice. Isso causou uma enorme onda de dúvidas acerca da real intenção das S&P em excluir a Tesla, somada ao fato de que tenha se recusado a fornecer um detalhamento da pontuação ESG atribuída à empresa excluída.

Ainda que essa pontuação seja aferida por meio de uma compilação, baseada em *rankings* de várias operações e práticas da empresa, a MSCI igualmente se recusou a fornecer um detalhamento, embora conste em uma cópia do relatório que a classificação da Tesla quanto a questões sociais e ambientais tenham abalado as credenciais verdes da empresa.

Apesar disso, segundo Jessop e Kerber (2022, p. 01), em questões ambientais, a Tesla marcou 9,1 de 10 contra uma média da indústria de 6,5, o que representou 30% de sua pontuação ESG total. Quanto às questões sociais, pontuou, apenas, 1,4 em comparação com uma média de 3,5, enquanto em governança obteve 5,1 contra uma média de 3,2.

Observa-se, pela pontuação atribuída à Tesla, que, em tese, não haveria motivos determinantes para que a empresa fosse excluída do *ranking*, embora tenha sido expressivamente ruim nas questões sociais. Ainda assim, a compreensão da análise e conclusão dos parâmetros precisam ser claras para que as empresas possam validar suas iniciativas e demonstrar sua capacidade de iniciativa e execução de medidas para diminuir ou neutralizar essas externalidades.

4. EXCLUSÃO DA TESLA DO ÍNDICE S&P 500 ESG, COMPETITIVIDADE E O IMPACTO GERAL NO CENÁRIO DAS *BENCHMARKS*

O cenário mundial competitivo revela o cumprimento de diretrizes decorrentes do aprofundamento da globalização econômica, cujo conceito de desenvolvimento verde tem ganhado gradualmente popularidade. Desse modo, se as empresas desejam obter vantagens no mercado competitivo acirrado, elas devem acompanhar a tendência dos tempos, responder, ativamente, ao apelo nacional bem como arcar com a grande responsabilidade de cumprir as metas sociais, otimizando a gestão social e governança corporativa (FENG; CHENG; FENG, 2022).

Após anos de exploração, o conceito de ESG foi finalmente proposto em 2004 pelas Nações Unidas, por meio do Pacto Global em que se incentivou, simultaneamente, o mercado de capitais a considerar o ESG na tomada de decisões sobre atividades de negócios. Assim, o

desenvolvimento do conceito ESG entrou em um novo patamar, em que, atualmente, apoia e melhora a política de investimentos no mundo todo.

Entretanto, há muitas deficiências na implementação, como também, se aponta que a maioria das empresas, ainda, permanecem no nível de análise teórica, fazendo com que o número de empresas avaliadas seja pequeno, mais concentrado em gigantes multinacionais.

A valiação concentrada somente nas grandes empresas é responsável por gerar informações superficiais sobre o real objetivo da aplicação do conceito ESG no mercado de capitais, comprometendo a finalidade holística implementada pela ONU, já que a adequação ao tripé ESG deveria ser observada por todas as empresas atuantes no mercado, independentemente do seu porte.

Na dianteira das inovações, a TESLA investe em um segmento que tem crescido entre os adeptos de carros elétricos, que, em comparação com a indústria automobilística tradicional, necessita de uma enorme demanda por energia fóssil, o novo automóvel de energia elétrica despontou entre as indústrias emergentes, atendendo uma parcela do mercado, cada vez mais exigentes, por produtos que observem os critérios de sustentabilidade.

A sua política de conversão do mercado consumidor entre adeptos de carros de luxo movidos a combustíveis fósseis se deu por meio de uma política que prometeu reduzir os danos ao meio ambiente, não apenas em relação aos gases poluentes, como também à poluição sonora.

Não obstante, essas empresas passaram a ser avaliadas em termos de comportamento de investimento à luz das diretrizes e índices medidos pela S&P Dow Jones Index, líder em análise rigorosa das empresas. Utilizando metodologias robustas e modelagem de ponta, fornece índices de última geração para uma ampla gama de aplicações de *benchmarks* e investimento ESG (S&P DOW JONES ÍNDICES, 2022).

Assim como outras empresas automobilísticas, ainda que invista em outras propostas, a Tesla também participa dos indicadores relevantes que constroem um modelo de avaliação. Combinado a isso, as empresas do grupo Tesla são analisadas à luz dos índices de compactação do ESG em um sistema teórico, mas que possuem problemas de avaliação de valor empresarial.

Diante dessas complicações ocasionais, prescinde da formulação de sugestões para melhorar o valor da empresa ESG diante de governos, empresas, autoridades reguladoras e o próprio mercado consumidor, a fim de promover, conjuntamente, o desenvolvimento saudável do mercado de capitais pelas *benchmarks*.

Ademais, a Tesla costuma divulgar, abertamente, em seu site, o Relatório de Impacto referente às práticas adotadas pela empresa no sentido de cumprir as diretrizes ESG, em que apresenta dados e outras informações que qualificam e quantificam esses impactos. Além disso,

reforça a ideia de que há um esforço por parte da empresa em melhorar suas métricas relevantes, que tem como finalidade acelerar a transição do mundo para a energia sustentável.

Descreve como meta a maximização dessa proposta mediante contínuo planejamento de aumento dos volumes de produção e a acessibilidade de seus produtos. Do mesmo modo, ressignifica a ideia de que, em 2030, estarão vendendo cerca de "20 milhões de veículos elétricos por ano (em comparação para 0,5 milhão em 2020), além de implantar 1.500 GWh de armazenamento de energia por ano (em comparação com 3 GWh em 2020)" (TESLA, 2020, p.11).

Projeta-se, para o ano de 2030, crescimento significativo da venda de seus produtos, que coincide com a meta do conceito de economia Donut, que, "além de operar em sintonia com a concepção de limites planetários, também se alinha aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU", segundo Sarlet e Fensterseifer (2021, p. 315).

Em recente decisão, a S&P Dow Jones excluiu a Tesla do *ranking* de *benchmarks* que atende e cumpre os parâmetros da ESG, cuja lista mantém aferição de critérios objetivos aferidos por meio de informações prestadas pelas próprias empresas. Com base no principal slogan de *marketing* da marca, a Tesla investe no campo do desenvolvimento sustentável e na redução do custo de manutenção e de condução de seus veículos. A partir daí, os indicadores se voltam aos parâmetros de fidelidade ao meio ambiente, e implicam uma maior valoração aos predicados da environment do ESG.

Ainda que outras trinta e quatro empresas, também, tenham sido removidas do índice após sua reformulação anual, a Tesla se destaca por seu foco no transporte ambientalmente consciente, e, embora sua pontuação ESG tenha permanecido relativamente estável ano após ano, ela foi superada por pares globais da indústria.

De acordo com a S&P Dow Jones, a Tesla tem descumprido, reiteradamente, as condições impostas para figurar em níveis mínimos no índice da ESG, não apenas no contexto ambiental, como também social e de governança (2022).

Segundo dados do Infomaney (2022), a empresa não demonstra, por meio de inormações concretas, a forma como age, para diminuição dos índices de consumo de carbono; não soube explicar a origem e solução para escândalos envolvendo práticas ruins com seus funcionários[2], principalmente nas fábricas localizadas no estado americano da Califórnia;

[2] Conforme noticiado pela Infomaney (2022, p. 01), "a exclusão da Tesla do índice ESG ocorreu por acusações de discriminação racial e de condições precárias de trabalho na fábrica da montadora em Fremont, na Califórnia, além da estratégia de baixo carbono da empresa, segundo a S&P Dow Jones Índices".

tampouco sobre ter pago milhares de dólares para abafar um caso de assédio sexual a uma de suas funcionárias.

Desse modo, de acordo com o fornecedor do índice, vários fatores contribuíram para essa mudança, "incluindo supostos incidentes de discriminação racial em uma das fábricas da empresa que resultaram na ação do Departamento de Emprego Justo e Habitação da Califórnia contra a Tesla" (INFOMANEY, 2022. p.1).

Em resposta, a empresa disse, em uma declaração de fevereiro de 2022, que se opõe, fortemente, a todas as formas de discriminação e assédio, e chamou o processo de injusto e contraproducente, especialmente porque as alegações se concentram em eventos de anos atrás (MARQUARDT, 2022).

Os índices ESG servem para determinar a confiabilidade que os investidores podem ter em uma determinada empresa quando forem destinar seus recursos, do mesmo modo como os governos na destinação de subsídios e isenções fiscais.

Tais considerações contemplam desde o impacto das mudanças climáticas e emissões de carbono até a igualdade e os direitos humanos, que criam riscos não precificados nos mercados financeiros. Dito de outro modo, não é possível quantificar ou precificar o impacto ambiental dos custos sociais vertidos em externalidades negativas da produção industrial, mormente à trágica ausência de medidas que as diminuam ou neutralize (INFOMONEY, 2022).

Como o *slogan* de sustentabilidade utilizado pela Tesla, a empresa líder no segmento de carros elétricos, um possível descumprimento das diretrizes ESG desmonta toda uma imagem de integridade ambiental, social e de governança, pois mascara a falta de investimento no setor ambiental, a desídia com o impacto dos custos sociais decorrentes da atividade industrial, assim como reflete a falsidade da imagem que a empresa negocia no mercado de capitais.

Nesse ponto, observa-se que a Tesla não tem por hábito investir em publicidade tradicional, e, às vezes, recorre a outras estratégias de marketing, com destaque especial para uma marcante presença em canais de mídias sociais. Do mesmo modo, faz uso de táticas mercadológicas não convencionais, que colaboram para a associação da marca com outras empresas do mesmo grupo societário, como a SpaceX. (BILBEISI; KESSE, 2017)

Em outros dois aspectos, caso a S&P Dow Jones ignorasse todas as informações não defendidas, poderia gerar um descrédito em todo o processo de aferição, demonstração e publicação de dados para demonstração do *ranking* de *benchmarks*, cujas qualidades ensejam a investimentos sólidos nas negociações e investimentos em bolsas de valores de todo o mundo.

As empresas que figuram nessa lista e que demandam esforços para cumprir com os ditames do ESG se sentiriam desencorajadas a cumpri-los, bem como encorajadas a descumpri-los ou mascará-los, sob o argumento do precedente Tesla.

Analisado sob o ponto de vista econômico, caso houvesse a desconsideração da ausência de informações por parte da S&P Dow Jones, confundiria os investidores, que não teriam como creditar a ela as decisões de aplicação de capitais, ainda que se saiba que as diretrizes de integridade ESG são, apenas, faróis para que se possa guiar suas decisões.

O efeito já vem sendo sentido no mercado diante da possibilidade de que a S&P Dow Jones aplique premissas subjetivas na análise do índice ESG, como também considerando as declarações do principal acionista da Tesla acerca da exclusão da empresa do *ranking* de *brenchmarks.*

Desse modo, especialistas de todo o setor de ETF (*Exchange Traded Funds*), os fundos negociados em bolsa questionam o que se pode considerar como ESG após a exclusão da empresa do índice S&P 500 ESG. Ainda assim, estão em desacordo sobre o fato de a Tesla ser considerada ESG, pois, mesmo que haja critérios de definição subjetivos, não há como fugir das diretrizes basilares que o compõem.

Justifica-se, em relação à saída da Tesla da lista, o fato de os indicadores apontarem queda do quartil inferior a de empresas do setor de automóveis e componentes em termos de métricas SPDJI ESG, que incluem a falta de estratégia explícita de baixo carbono ou códigos de conduta empresarial da Tesla, incluindo múltiplas mortes e lesões ligadas a veículos de piloto automático (GORDON, 2022).

A principal crítica, entretanto, se refere ao fato de que a preocupação da empresa está, apenas, na busca pelo lucro e visibilidade, concentrando-se, principalmente, em liderar a indústria de veículos elétricos e a fronteira espacial, em vez de empenhar-se em manter um negócio que combina objetivos sociais e ambientais. Por isso mantém registros ESG em níveis baixíssimos. A decisão de retirada da empresa, portanto, se baseia em critérios e pesquisas de sustentabilidade corporativa detalhadas e baseadas em evidências, segundo amplia Gordon (2022).

Do mesmo modo, o nível ESG das demais empresas está cada vez mais elevado, e manter-se em condições módicas de aceitabilidade em ESG fez com que a Tesla despencasse nas esteiras competitivas do mercado, não conseguindo fazer frente às demandas crescentes em diversos segmentos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As implicações decorrentes da adoção das práticas de ESG, a partir do momento em que foram introduzidas como parâmetro no cenário econômico mundial, passaram a ditar regras acerca das diretrizes socioambientais e de governança para todas as empresas, sejam elas de caráter regional ou multinacional.

Nesse contexto, a ESG reuniu parâmetros que, anteriormente, eram promovidos de forma individualizada, consequentemente, formou um complexo de medidas para nortear as ações das empresas perante o meio ambiente, a sociedade e a forma como dirige suas ações na seara corporativa, paralelamente à função social que por ela deve ser desempenhada, que já reunia todos os vocábulos da sigla ESG.

Entretanto, as métricas que estão sendo utilizadas constituem questões de ordem a ser definida e discutida, o grande problema enfrentado pelas empresas — e, nesse sentido, especificamente pela Tesla — é que, embora a S&P reúna e divulgue alguns requisitos, as ponderações finais são decididas mediante critérios subjetivos, o que dificulta que a empresa saiba, de fato, quais parâmetros deixou de atender.

Embora seja útil ao mercado, a livre iniciativa e concorrência precisam de gatilhos para que não saia completamente da responsabilidade social decorrente de sua função perante a sociedade, uma empresa como a Tesla pode, diante das especulações do mercado de capitais, ser posta em evidência quanto às suas externalidades negativas de maneira injusta, e tendo como consequência o decréscimo no valor de suas ações no mercado, perdendo, inclusive a competitividade.

Por outro lado, o cenário dos *benchmarks* do mesmo segmento também pode ser prejudicado com a retirada da Tesla, considerando-se que os problemas encontrados na empresa passam a ser visados nas demais, causando, ainda, mais exigências quanto à integridade e aos pontos negativos.

No cenário geral dos *benchmarks*, pode-se observar entre elas tanto um desestímulo ao cumprimento das métricas e diretrizes da ESG quanto os efeitos refletidos nos investidores, que podem passar a ver a aferição das externalidades negativas como algo tendencioso. Isso implicaria uma perda de eficácia da medida, o que aumenta os custos econômicos da empresa para contornar as externalidades e reduzir o custo social, provocando, assim, uma tensão quando suas métricas são avaliadas pelas entidades responsáveis.

Deve-se partir, antes de tudo, da premissa de que todas as empresas, sejam elas pequenas ou grandes, locais, regionais ou multinacionais, guardadas as proporções de abrangência, devem estar alinhadas às suas funções sociais, que estão além dos preceitos de

ESG, considerados, de um modo geral, pontos de partida para busca da excelência no meio corporativo e competir equitativamente no mercado.

Por fim, o uso transparente das métricas ESG provoca, no mercado, a procura por excelência tanto das empresas quanto do próprio mercado, já que os resultados positivos fomentam consumidores mais exigentes e conscientes, desencadeando um comportamento cada vez mais sustentável nos investidores e nas empresas, considerando-se que todos devem se adequar e perseguir novos parâmetros na busca por mercados e padrões de consumo mais sustentáveis.

REFERÊNCIAS

B³. **Índice Brasil ESG**. 2022. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/. Acesso em: 17 set. 2022.

BILBEISI, Khamis M.; KESSE, Moulare. **Tesla**: A Successful Entrepreneurship Strategy. 2017. Disponível em: https://www.westga.edu/~bquest/2017/tesla2017.pdf; Acesso em: 17 set. 2022.

BRITO, Clara Kelliany Rodrigues de; SILVA, Joasey Pollyanna Andrade da; DO CARMO, Valter Moura do Carmo. A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico CIDE como Ferramenta Indispensável para Proteção e Recuperação do Meio Ambiente. **Direito tributário e financeiro. Org. CONPEDI**. Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta; Jonathan Barros Vita; Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2022. pp. 21-40. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/465g8u3r/8ru3x7y5/X5Us0k0i0p821nCC.pdf. Acesso: 20 set. 2022.

CALCINI, Ricardo; DOS ANJOS, Newton. **ESG: A referência da responsailidade social empresarial**. São Paulo-SP: Editora Mizuno, 2022.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FENG Bo; CHENG Liting; FENG Junwen. Study on Enterprise Value Evaluation Based on ESG: Taking Tesla Enterprise as an Example. **Canadian Social Science**, Montreal, v. 18, n. 1, p. 61-74, jan./dez. 2022. Disponível em: http://52.196.142.242/index.php/css/article/view/12409/12144. Acesso em: 21 set. 2022.

GORDON, Jamie. **ETF industry at loggerheads following Tesla ejection from S&P 500 ESG index**. 22/05/2022. ETF Stream. Disponível em: https://www.etfstream.com/features/etf-industry-at-loggerheads-following-tesla-ejection-from-sp-500-esg-index/. Acesso em: 21 set. 2022.

INFOMONEY. Revista on-line. **Tesla fora de índice ESG e denúncia de assédio marcam a semana de Elon Musk, que termina em visita ao Brasil**. 20/05/2022. Disponível:

https://www.infomoney.com.br/mercados/tesla-fora-de-indice-esg-e-denuncia-de-assedio-marcam-a-semana-de-elon-musk-que-termina-em-visita-ao-brasil/. Acesso em: 21 set. 2022.

JESSOP, Simon; KERBER, Ross. **Crítica de Musk a rankings ESG destaca confusão de indústria de US$35 tri**. 20/05/2022. Portal Investing.com. Disponível em: https://br.investing.com/news/stock-market-news/critica-de-musk-a-rankings-esg-destaca-confusao-de-industria-de-us35-tri-1002369. Acesso em: 22 set. 2022.

LAMY, Ana Carolina; LAMY, Eduardo. **Compliance empresarial**, 1º edição, São Paulo-SP: Editora Forense, 2012.

MARQUARDT, Christian. Why **Tesla CEO Elon Musk Is Calling ESG a 'Scam'**. 22/03/2022. Time USA. Disponível em: https://time.com/6180638/tesla-esg-index-musk/. Acesso em: 21 set. 2022.

OZELAME, Rafael Henrique; FILHO, Paulo José Zanellato. A análise econômica do direito: o direito como instrumento para desenvolvimento econômico e socioambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**. v. 5, n. 2, 2015.Disponível em: www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental Acesso: 22 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SADDI. Jairo. **Temas de Regulação Econômica**. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2010.

S&P DOW JONES ÍNDICE. **ESG**. 2022. Disponível em: https://www.spglobal.com/spdji/pt/landing/investment-themes/esg/?utm_medium=next_gen&utm_source=google&utm_campaign=paid_campaign&utm_term=esg&utm_content=intl_esg&gclid=eaiaiqobchmiqoqyrovs9wivmfhrch1etaeleaayayaaegl7p_d_bwe. Acesso em: 19 set. 2021.

TESLA. **Impact report 2020**. Disponível em: https://www.tesla.com/ns_videos/2020-tesla-impact-report.pdf. Acesso em: 15 ago. 2022.

VÁZQUEZ MANZANARES, Víctor Manuel. Externalidades e meio ambiente. **Revista Iberoamericana de Organización de Empresas y Marketing** , v. 1, p. 1-15, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Victor-Vazquez-6/publication/308524624_Externalidades_y_medioambiente/links/57e6470008ae9227da9a0b18/Externalidades-y-medioambiente.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

ZANATA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no brasil. **REDUnB**, v. 10, p. 25-53, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rafael-Zanatta/publication/266344891_Desmistificando_a_Law_Economics_a_receptividade_da_disciplina_Direito_e_Economia_no_Brasil/links/554bb8820cf29f836c98e319/Desmistificando-a-Law-Economics-a-receptividade-da-disciplina-Direito-e-Economia-no-Brasil.pdf. Acesso em: 15 set. 2022.