

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO**

DANIEL JACOMELLI HUDLER

**REGULAÇÃO DA ATIVIDADE DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA
ECONOMIA DE MERCADO: LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS**

**SÃO PAULO
2021**

DANIEL JACOMELLI HUDLER

**REGULAÇÃO DA ATIVIDADE DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA
ECONOMIA DE MERCADO: LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito na Área de Concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade, sob a orientação do professor Dr. Marcelo Benacchio.

**SÃO PAULO
2021**

Hudler, Daniel Jacomelli.

Regulação da atividade de empresas transnacionais na economia de mercado: limites éticos e jurídicos. / Daniel Jacomelli Hudler. 2021.

150 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2021.

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

1. Empresas e Direitos Humanos. 2. Regulação. 3. Economia e Direito. 4. Capitalismo Humanista. 5. Empresas transnacionais
Benacchio, Marcelo. II. Título.

CDU 34

DANIEL JACOMELLI HUDLER

**REGULAÇÃO DA ATIVIDADE DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA
ECONOMIA DE MERCADO: LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em
Direito da Universidade Nove de
Julho como parte das exigências
para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

São Paulo, 07 de abril de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Benacchio
Orientador
UNINOVE



Profa. Dra. Cláudia Lima Marques
Examinadora Interna
UNINOVE



Profa. Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima
Examinadora Externa
FDRP-USP

DEDICATÓRIA

À Jéssica Gusman Gomes:
cada cena ela inventa
pela fé que vale a pena.
Do todo, bastante atenta,
venha em tudo, a minha Atena.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, *Elizete Jacomelli e Artur Paulo Hudler*, e meus sogros, *Simone Gusman e Leandro Gomes*, pelo apoio incondicional e compreensão neste vagaroso caminho da pesquisa científica.

A UNINOVE e a CAPES, por todo apoio para o desenvolvimento da presente pesquisa, sobretudo em tempos nos quais a educação e a cultura são assaltadas diariamente sem qualquer constrangimento.

Ao prof. *Dr. Marcelo Benacchio*, exemplo de ética e comprometimento com a qualidade de pesquisa, mas acima de tudo pela rara qualidade de *ser humano*.

Às pesquisadoras *Dra. Claudia Lima Marques, Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima, Dra. Renata Mota Maciel e Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques*, pelas gentis e pertinentes sugestões de aprimoramento do meu estudo.

Às estimadas *Viviani Almeida Curvelo, Camila Fonseca e Cristiane dos Santos Monteiro*, por toda paciência, simpatia, e por sempre estarem à disposição para me auxiliar nesta jornada de estudo;

Aos meus colegas do mestrado (turma M9) e alunos da graduação em Direito UNINOVE, pelas experiências e debates, que me tornam melhor como pessoa e pesquisador. O compartilhamento de conhecimento nos motiva a seguir em frente.

A Deus, que abraça todo o Universo, sem o qual não existiria também este universo tão sublime da busca pelo autoconhecimento a partir do conhecimento do outro. B'H.

“A solução pro nosso povo eu vou dar
Negócio bom assim ninguém nunca viu
Tá tudo pronto aqui é só vir pegar
A solução é alugar o Brasil!
Nós não vamos pagar nada
Nós não vamos pagar nada
É tudo *free*,
Tá na hora agora é *free*,
Vamo embora
Dar lugar pros gringo entrar
Esse imóvel tá pra alugar
Os estrangeiros, eu sei que eles vão gostar
Tem o Atlântico, tem vista pro mar
A Amazônia é o jardim do quintal
E o dólar deles paga o nosso mingau” (RAUL SEIXAS, 1980)

“Todo o ser humano tem direito de viver com dignidade e desenvolver-se integralmente, e nenhum país lhe pode negar este direito fundamental. Todos o possuem, mesmo quem é pouco eficiente porque nasceu ou cresceu com limitações. De facto, isto não diminui a sua dignidade imensa de pessoa humana, que se baseia, não nas circunstâncias, mas no valor do seu ser. Quando não se salvaguarda este princípio elementar, não há futuro para a fraternidade nem para a sobrevivência da humanidade.” (PAPA FRANCISCO, 2020)

RESUMO

Na economia de mercado global, empresas transnacionais (ETNs) possuem função social e poder econômico tão proeminentes quanto do próprio Estado. Em nível local, o Estado-nação permanece como referência para regulação das atividades empresariais. Há um aparente conflito entre interesses do Estado, ligados à comunidade local, e interesses econômicos de ETNs, em nível global. O presente estudo objetiva verificar a possibilidade de limites éticos e jurídicos para atuação de ETNs a partir do paradigma jurídico do Estado-nação, visto que a atividade econômica pode ser tanto favorável quanto nociva à comunidade local (e.g.: apesar de gerar renda e arrecadação tributária, pode também desrespeitar a dignidade humana e estimular a degradação ambiental). Emprega-se o método hipotético-dedutivo, com auxílio de uma pesquisa bibliográfica, a partir de uma proposta de leitura multidisciplinar (Direito, Economia, Sociologia e Ciência Política). Conclui-se que: 1 – o Direito não está condicionado à Economia; 2 – O Estado pode (e deve) regular a atividade empresarial acompanhado pelo debate sobre a ampliação da responsabilidade social e jurídica de empresas no contexto de coexistência e cooperação de múltiplos atores sociais, para manutenção do sistema de produção capitalista e de um capitalismo humanizado; 3 – Em âmbito global, inexistente uma unidade política, mas pluralidade de normas transnacionais em diversos níveis (local, regional, global) produzidas pelo Estado e por organizações transnacionais (e.g.: órgãos multilaterais, associações privadas), contexto no qual há uma tentativa de harmonização a partir da elaboração de patamares mínimos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos que, imbuído de uma abordagem ética humanista universalista, também é incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Empresas e Direitos Humanos. Regulação. Economia e Direito. Capitalismo Humanista. Empresas transnacionais.

ABSTRACT

Transnational companies (TNCs) have a social function and economic power as prominent as the State itself in the global market economy. At the local level, the Nation-State remains as a reference for regulating business activities. There is an apparent conflict between the interests of the State, linked to the local community (local level), and economic interests of TNCs (global level). The present study aims to verify the possibility of establishing ethical and legal limits for the performance of TNCs from the legal paradigm of the Nation-State, since economic activity can be both favorable to the local community and harmful (*e.g.*: despite generate income and taxation, it may disrespect human dignity and stimulate environmental degradation). The hypothetical-deductive method is used, with the aid of bibliographic research, based on a proposal for multidisciplinary reading (Law, Economics, Sociology and Political Science). It is concluded that: 1 – the Law is not conditioned to the Economy; 2 – The State can (and must) regulate business activity, accompanied by the debate on the expansion of corporate social and legal responsibility based on the coexistence and cooperation of multiple social actors, insofar as there is a common interest in maintaining the capitalist production system and humanized capitalism; 3 – At a global level, there is no political or government unity, but a plurality of transnational norms, at different levels (local, regional, global) produced by the State and by transnational associations (*e.g.*: multilateral bodies, private associations), and an attempted harmonization which relies on standards established by International Human Rights Law, imbued with an universalist humanistic ethical approach, also adopted by Brazilian legal system.

Keywords: Business and Human Rights. Regulation. Economics and Law. Humanistic Capitalism. Transnational companies

LISTA DE SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948

Ecosoc – Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas

EMN – Empresa Multinacional

ETN – Empresa Transnacional

FMI – Fundo Monetário Internacional

ILA – *International Law Association*

JIEL – *Journal of International Economic Law*

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONG – Organização Não-governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

RSE – Responsabilidade Social da Empresa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 RELAÇÕES TRANSNACIONAIS EM UMA SOCIEDADE GLOBAL E DE ECONOMIA DE MERCADO	14
1.1 SÉCULO XXI: UM NOVO PARADIGMA CIENTÍFICO PARA AS RELAÇÕES HUMANAS?	14
1.2 DELIMITAÇÃO DAS RELAÇÕES TRANSNACIONAIS, INTERNACIONAIS, MULTINACIONAIS E GLOBAIS.....	21
1.3 SOCIEDADE GLOBAL: A PLURALIDADE DE ATORES SOCIAIS.....	28
1.4 ECONOMIA DE MERCADO: CAPITALISMO E PROTAGONISMO DE ETNS ...	33
1.4.1 Capitalismo e sistema de produção capitalista	33
1.4.2 O protagonismo de ETNs na economia de mercado	43
2 REGULAÇÃO JURÍDICA DA ECONOMIA	47
2.1 ECONOMIA E DIREITO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED).....	47
2.2 CONFLITO APARENTE ENTRE ESTADO E EMPRESA	59
2.3 INTERVENÇÃO ESTATAL E A (DES)REGULAÇÃO OU (DES)REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA ATIVIDADE ECONÔMICA	67
2.3.1 Delimitação de intervenção estatal e atividade econômica (atividade empresarial).....	67
2.3.2 A transferência de atividades econômicas para iniciativa privada	68
2.3.3 (Des)regulação e (des)regulamentação da atividade econômica	70
2.4 REGULAÇÃO JURÍDICA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL EM NÍVEL TRANSNACIONAL.....	79
2.4.1 Normas aplicáveis à atividade empresarial transnacional	79
2.4.2 Lex Mercatoria: uma autorregulação da atividade empresarial?	86
3 LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL DE ETNS	92
3.1 ÉTICA E A ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	92
3.2 FUNÇÃO SOCIAL E A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA (RSE) 100	
3.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROPOSTA ÉTICA HUMANISTA..	108
3.4 DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: LIMITAÇÕES PARA ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	115
3.4.1 Delimitação dos Direitos Humanos.....	115
3.4.2 Proposta ética humanista universalista dos Direitos Humanos	117
3.4.3 Patamares mínimos globais: entraves filosóficos, políticos e culturais.....	122
3.4.4 Direitos Humanos e Empresas: um projeto viável em construção.....	127
4 CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020, o diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus¹, anuncia para o mundo que um vírus supostamente vindo da China poderia ser caracterizado como uma pandemia, isto é, um risco sério à saúde pública em nível global. Naquela oportunidade, ressaltou a necessidade de esforços de todos para combater essa ameaça à humanidade.

Uma situação como essa dificilmente poderia ser imaginada por nossos antepassados ou, no máximo, considerada como uma utopia: um cientista africano, negro, liderando uma instituição intergovernamental integrada por mais de 195 países, invocando esforços de toda a sociedade (empresas, Estado, sociedade civil, academia), de todas as nações, para tratar de um problema em comum.

Não poderia ser imaginada porque a história da humanidade é caracterizada por conflitos fomentados por desigualdades: diferenças políticas, econômicas, sociais e culturais, as quais, aparentemente irreconciliáveis, resultaram nos flagelos da guerra, fome, escravidão, corrupção e em holocaustos. E remanescem atuais questões relacionadas às intolerâncias religiosa e cultural, à polarização extremada na política, ao famigerado preconceito de “raça”, “cor”, orientação sexual e gênero, ao distanciamento cada vez mais nítido entre pobres e ricos. Há inúmeras demonstrações de desrespeito ao próximo, de supressão e extermínio do diferente, de opressão perpetrada contra pessoas.

Essa história é, sobretudo, marcada por uma disputa pelo poder que caminha na contramão do sentimento de fraternidade e da cultura de respeito pelo ser humano. Ao longo dos séculos, em tentativas de controle e condicionamento deste poder, é que diversas formas de organização política emergiram, dentre as quais a mais complexa e importante, o Estado-nação ou Estado moderno, seguido do surgimento de novos atores sociais, a exemplo das empresas transnacionais (ETNs) dotadas de poderes econômicos tão ou mais proeminentes que o próprio Estado-nação.

¹ Político etíope e biólogo de formação, foi eleito Diretor-Geral da OMS por um mandato de cinco anos pelos Estados membros, na septuagésima Assembleia Mundial da Saúde ocorrida em maio de 2017. Esteve a frente da instituição que se tornou um dos centros mundiais de coordenação de esforços e divulgação de informações sobre a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), que afligiu o mundo no final de 2019. Sua biografia pode ser consultada em <https://www.who.int/director-general/biography>.

Mas o que isso simboliza para as ciências, mais especificamente, para o Direito? Colocada a questão de maneira mais objetiva, o principal dilema da atualidade (ou um dos mais importantes) – do qual derivam os demais – consiste em saber se o modelo jurídico do Estado-nação seria suficiente (ou ainda indispensável) para regulação das atividades econômicas realizadas nos moldes transnacionais. A partir dele é que se questiona se existiria uma nova fase da humanidade, em que se exigiria um novo paradigma para a regulação da atividade empresarial.

Diante disso, conjectura-se uma aparente relação conflitiva entre Estado (interesse público) e Empresa (interesse privado), entre interesses econômicos globais e interesses políticos locais. Neste sentido, possível tecer as seguintes indagações fundamentais e específicas do presente estudo: 1 – o Direito (e toda a sua elaboração dogmática e conceitual) estaria condicionado à Economia?; 2 – as atividades empresariais desenvolvidas no âmbito do mercado poderiam ser reguladas juridicamente pelo Estado?; 3 – para além da regulação jurídica realizada em âmbito nacional, haveria algum limite jurídico ou patamar mínimo ético relacionado à atividade empresarial de ETNs, em nível global ou transnacional?

Importante destacar que esta linha de perquirição é inerente ao tema de *Empresas e Direitos Humanos (Business and Human Rights)*, o qual, por sua vez, está inserido na área de concentração “Justiça, Empresa e Sustentabilidade”, linha de pesquisa 2 “Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito”, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE).

Desde logo, impende esclarecer que não se pretende a defesa da tese de que ETNs possuem mais poder político que os Estados ou que, de fato, haveria um caminho reto (se é que existe) para uma sociedade global unificada politicamente. O que se pretende, como *objetivo geral*, é ampliar a compreensão sobre a difícil relação entre Empresas e Direitos Humanos e, como *objetivo específico*, evidenciar os possíveis limites éticos e jurídicos para a atuação de ETNs, inclusive a partir de uma ótica humanista, aferindo-se a hipótese de coexistência de múltiplos atores sociais no contexto de uma economia de mercado globalizada. Portanto, foge ao escopo da presente dissertação esmiuçar todos os aspectos dos eventuais problemas de paradigma do Estado-nação e as dificuldades de uma proposta de governança global.

A presente análise emprega o *método* hipotético-dedutivo, com auxílio de uma pesquisa bibliográfica e normativa, a partir de uma proposta de leitura multidisciplinar

entre diversas áreas do conhecimento (como Economia, Sociologia, Ciência Política, Ética) e sua intrincada relação com o Direito enquanto ciência. Para tanto, essa dissertação se estrutura a partir de três capítulos.

O primeiro capítulo esmiúça o que seria uma sociedade global e a economia de mercado. A primeira, uma pretensão, ideário ou concepção cultural; a segunda, uma realidade econômica e financeira, consolidada pelo sistema de produção capitalista e também pelo capitalismo (ideologia) expandidos via globalização (ou globalizações) – contexto no qual as relações transnacionais são estabelecidas e o protagonismo das ETNs é evidenciado.

O segundo capítulo identifica a possibilidade de regulação jurídica da atividade empresarial. Introduce-se a relação entre Direito e Economia, reconhecendo-se leituras jurídicas da atividade empresarial a partir da Economia (notadamente, pelas áreas de estudo *Economia e Direito* e *Análise Econômica do Direito*). Apresenta-se o aparente conflito entre Estado e Empresa, as respectivas compreensões sobre a possibilidade de atuação do Estado na economia e a consequência prática da adoção de uma abordagem neoliberal para solução de problemas econômicos. Em seguida, explora-se a existência de uma pluralidade de normas relacionadas à regulação de atividade empresarial em nível transnacional.

O terceiro capítulo apresenta o debate sobre os possíveis limites éticos e jurídicos à atividade empresarial de ETNs, a partir de uma leitura humanista, que versa sobre o debate ético, a ampliação da Função Social da empresa e Responsabilidade Social da Empresa (RSE), a proposta de Capitalismo Humanista e a incorporação jurídica de um conceito de dignidade humana, por meio dos Direitos Humanos e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, indissociáveis das atividades econômicas.

1 RELAÇÕES TRANSNACIONAIS EM UMA SOCIEDADE GLOBAL E DE ECONOMIA DE MERCADO

1.1 SÉCULO XXI: UM NOVO PARADIGMA CIENTÍFICO PARA AS RELAÇÕES HUMANAS?

Em primeiro lugar, a própria concepção sobre o que seria ciência mudou significativamente. De modo geral, a noção positivista de um progresso da humanidade em linha reta já não é mais aceita pela comunidade científica. Desde a década de 1970, há a compreensão de que o acúmulo de novo conhecimento não ocorre de forma linear, mas em períodos de revolução ou de grande mudança de referenciais teóricos (KUHN, 1998).

O chamado *paradigma científico*² – termo utilizado ainda hoje em diversos estudos – muda de tempos em tempos para as mais diversas áreas do conhecimento, na medida em que os seus limites são rompidos pela adoção de novos protocolos, práticas, formas de se pensar e de se validar o conhecimento.

A partir do surgimento de novas preocupações em torno da humanidade – a exemplo da preocupação com a paz mundial³, do uso do meio ambiente de forma sustentável, da redução de desigualdades, e da construção de uma sociedade global mais justa e fraterna – é que foram desenvolvidos estudos importantes para a compreensão da nossa sociedade atual, os quais não poderiam ser vislumbrados pela ótica tradicional ou, mais especificamente, pelos paradigmas até então existentes.

Dilemas sobre tempo, espaço, e percepção de realidade são expressados por meio de neologismos relacionados à cultura do fim do século XX, a exemplo dos termos *segunda globalização*, *pós-modernidade*, *pós-industrialismo*, *pós-estruturalismo*, dentre outros tantos, os quais passam a ser vistos e (re)discutidos sob novas lentes, ainda que, por uma literatura mais crítica, não deixam de ser reconhecidos no contexto de uma produção cultural inerente a um processo dialético e, portanto, repleto de contradições internas (JAMESON, 1991).

² A palavra paradigma é empregada no sentido de conjunto de regras, protocolos, práticas e formas de pensar aceitos pela comunidade científica, os quais, embora passíveis de crítica, refutação e posterior reformulação, podem ser utilizadas como ponto de partida e guia para orientação de pesquisas em uma determinada área do conhecimento.

³ Não se ignora a existência de estudos filosóficos que conjecturam sobre a possibilidade (ou utopia) de existir uma sociedade global unificada, a exemplo da obra “À paz perpétua”, de Immanuel Kant, elaborada em 1795.

Justamente neste sentido é que o *pós-modernismo* – termo que, vale ressaltar, não possui consenso ou precisão terminológica, mas se torna útil para compreensão da sociedade atual – tem seus reflexos reais no campo do Direito, enquanto uma possível síntese das contradições entre os pensamentos, sentimentos, conceitos, interesses, arte e ciência de um período anterior (moderno) e aqueles surgidos no fim do século XX. Na compreensão de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012, p.126):

O pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de desdogmatização do direito, para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito, que aumenta a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder de crítica, da evolução histórica e da verdade no direito, fenômeno contemporâneo à globalização e à perda da individualidade moderna, mas que assegura novos direitos individuais à diferença e aumenta o radicalismo das linhas tradicionais. A pós-modernidade é um jogo de palavras, um conceito aberto, para alguns até mesmo inexistente, uma moda, 'potis' como afirma Habermas. Particularmente, parece-me ser apenas uma tentativa, uma denominação sucinta para descrever a crise deste final de século nas artes, na cultura, nas ciências em geral e no direito em especial, e as modificações contrárias ou 'posteriores' aos ideais do direito moderno de igualdade, liberdade e fraternidade. É uma tentativa de escrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo e Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim e uma era e de início de algo novo, ainda não identificado. Chame-se como desejar o momento atual de crise e de mudança, a sua realidade supera qualquer expectativa e seus reflexos no direito não podem mais ser negados.

Neste ponto, Octavio Ianni (2001) afirmou, na virada do século XXI, que havia um novo desafio a nível epistemológico para compreensão da atual sociedade. Segundo o sociólogo, como decorrência da globalização, a humanidade estaria vivendo uma época em que as relações seriam travadas para além dos limites territoriais das sociedades nacionais, em uma *sociedade global*, de modo que o pensamento científico calcado no paradigma do Estado-nação seria insuficiente para explicá-las⁴.

⁴ Nas palavras do autor: "Nesta altura da história, no declínio do século XX e limiar do XXI, as ciências sociais se defrontam com um desafio epistemológico novo. Seu objeto transforma-se de modo visível, em amplas proporções e, sob certos aspectos, espetacularmente. Pela primeira vez, são desafiadas a pensar o mundo como uma sociedade global. As relações, os processos e as estruturas econômicas, políticas, demográficas, geográficas, históricas, culturais e sociais, que se desenvolvem em escala mundial, adquirem preeminência sobre as relações, processos e estruturas que se desenvolvem em escala nacional. O pensamento científico, em suas produções mais notáveis, elaborado primordialmente com base na reflexão sobre a sociedade nacional, não é suficiente para apreender a constituição e os movimentos da sociedade global" (IANNI, 2002, p.237).

Por esta ótica, poderiam a globalização e a emergência de empresas transnacionais (ETNs), foco deste estudo, serem consideradas como fenômenos propriamente novos?

De certo modo, a globalização – ao menos no sentido empregado pelo sociólogo Anthony Giddens, qual seja, de “intensificação das relações sociais mundiais que ligam localidades distantes de tal maneira que os acontecimentos locais são moldados por eventos que ocorrem a muitos quilômetros de distância e vice-versa” (GIDDENS, 2002, p.60, tradução nossa⁵), – não pode ser considerada como propriamente nova. Da mesma forma, a existência de empreendimentos transnacionais. Isto porque, de acordo com Huwart e Verdier (2013, p. 41, tradução nossa⁶):

A Companhia Holandesa das Índias Orientais é sempre considerada como a primeira empresa multinacional na história. Fundada em 1602, dominou o mercado marítimo por décadas, direcionando colônias e entrepostos na Indonésia, Índia, China, Japão, Arábia e adquirindo grande poderio financeiro que cunhava sua própria moeda. Mas as empresas transnacionais decolaram no fim do século XIX, graças aos avanços tecnológicos e novas necessidades da primeira e segunda revoluções industriais e o desenvolvimento paralelo dos métodos de produção capitalista. De 1890 em diante, Standard Oil, a gigante americana do petróleo fundada por John D. Rockefeller, começou a expandir para um número de países para explorar suas preciosas reservas de petróleo. A primeira multinacional europeia foi criada ao mesmo tempo. Em 1913, o grupo econômico anglo-holandês Royal Dutch Shell supervisionava um império que se espalhava da Indonésia ao México.

⁵ No original: “Globalization can thus be defined as the intensification of worldwide social relations which link distant localities in such a way that local happenings are shaped by events occurring many miles away and vice versa. This is a dialectical process because such local happenings may move in an obverse direction from the very distanced relations that shape them. Local transformation is as much a part of globalization as the lateral extension of social connections across time and space. Thus whoever studies cities today, in any part of the world, is aware that what happens in a local neighbourhood is likely to be influenced by factors - such as world money and commodity markets - operating at an indefinite distance away from that neighbourhood itself. The outcome is not necessarily, or even usually, a generalized set of changes acting in a uniform direction, but consists in mutually opposed tendencies. The increasing prosperity of an urban area in Singapore might be causally related, via a complicated network of global economic ties, to the impoverishment of a neighbourhood in Pittsburgh whose local products are uncompetitive in world markets”.

⁶ No original: “The Dutch East India Company is often considered the first MNE in history. Founded in 1602, it dominated maritime trade for several decades, heading colonies and trading posts in Indonesia, India, China, Japan and Arabia and acquiring such financial might that it minted its own currency. But transnational firms really took off in the late 19th century, thanks to the technological advances and new needs arising from the First and Second Industrial Revolutions and the parallel development of capitalist production methods. From 1890 onward, Standard Oil, the US petroleum giant founded by John D. Rockefeller, started expanding to a number of countries to exploit their precious oil reserves. The first European MNEs were also created at the same time. In 1913, the Anglo-Dutch group Royal Dutch Shell oversaw an oil empire spreading from Indonesia to Mexico.”

Sem dúvida, a globalização, que alavancou as relações transnacionais, é um fenômeno econômico, cultural e social complexo, que se confunde com o processo de desenvolvimento histórico do ser humano. Neste ponto, Enrique Ricardo Lewandowski (2004) define como precedente remoto a própria gênese da humanidade, a partir dos movimentos migratórios do *homo sapiens*, que passou por três grandes revoluções fundamentais, quais sejam: i) *revolução neolítica*, na qual houve a superação da economia caçadora e coletora pelo desenvolvimento da domesticação de animais e agricultura; ii) *revolução urbana* caracterizada pelo trabalho dos metais, aperfeiçoamento das técnicas agrícolas, transporte sobre rodas, emprego do barco a vela, criação das sociedades estratificadas e expansão comercial; e, por fim, iii) *revolução industrial*, desencadeada pela implementação de máquinas no processo produtivo, cuja duração se projetou por vários séculos.

Assim, novos não seriam os fenômenos em si retratados, mas especialmente a consciência e a percepção do ser humano que, a partir do século XX, permitiram a criação de novas categorias epistemológicas, novas formas de racionalização e organização, novas formas de interpretar as ciências sociais, isto é, novas formas de se (re)pensar as relações humanas em moldes transnacionais. Como ilustra o sociólogo alemão Ulrich Beck:

Novo não é apenas a vida cotidiana e as transações comerciais além das fronteiras do Estado nacional, dentro de uma rede densa, com maior dependência e obrigações recíprocas; nova é a autopercepção dessa transnacionalidade (na mídia, no consumo, no turismo); nova é a 'translocação' da comunidade, trabalho e capital; novas são também a conscientização sobre o perigo ecológico global e os cenários de atividades correspondentes; nova é a percepção incoercível dos outros interculturais na própria vida, com todas as suas certezas contraditórias; novo é o nível de circulação das indústrias culturais globais do mundo (Scott Lash / John Urry); O novo também é a abertura gradual de uma imagem de Estado europeu bem como a quantidade e o poder de atores, instituições e acordos transnacionais; e, finalmente, novo é também o nível de concentração econômica, que, apesar de tudo, é compensado pela nova concorrência de um mercado mundial que não conhece fronteiras (BECK, 2008, p. 38, tradução nossa⁷).

⁷ No original: "Nuevo no es sólo la vida cotidiana y las transacciones comerciales allende las fronteras del Estado nacional al interior de un denso entramado con mayor dependência y obligaciones recíprocas; nueva es la autopercepción de esta transnacionalidade (em los médios de comunicación, em el consumo, em el turismo); nueva es la 'traslocalización' de la comunidade, el trabajo y el capital; nuevos son también la conciencia del peligro ecológico global y los correspondientes escenarios de actividad; nueva es la incoercible percepción de los otros transculturales em la própria vida, con todas sus contradictorias certezas; nuevo es el nivel de circulación de las 'industrias culturales globales' (Scott Lash/John Urry); nuevo es también el paulatino abrirse passo de una imagen estatal europea, así como la cantidad y poder de los actores, instituciones y acuerdos transnacionales; y, finalmente, nuevo es

Deste modo, ao se retomar a questão dada sobre neologismos, possível mencionar como exemplo as teses que buscam novas referências para explicação da estrutura e funcionamento de nossa sociedade atual, formada no curso do século XX. Nesse contexto, indica-se a tese sobre a *sociedade de risco*, elaborada por Beck na década de 1970.

Segundo Beck (1992), haveria um “novo paradigma”⁸, que vai além daquele apresentado pelo conflito de classes no bojo da sociedade industrial (que passa a existir no contexto de escassez material e desigualdade de distribuição da produção), fruto da modernidade (ou, como o autor indica, “primeira modernidade”). Na nova modernidade (ou, pela dicção do autor, “segunda modernidade”), as relações não seriam mais regidas pela lógica da escassez (ou, no mínimo, não exclusivamente por ela), mas sobretudo pela lógica da distribuição de riscos gerados por esta sociedade⁹ – riscos estes que, vale enaltecer, transbordam as fronteiras nacionais.

Importante frisar que o próprio autor sinalizou à época que essa compreensão se tratava apenas de uma conjectura. Nas palavras de Beck: “ainda não vivemos em uma sociedade de risco, mas também não vivemos mais apenas dentro dos conflitos de distribuição das sociedades de escassez” (BECK, 1992, p. 20, tradução nossa¹⁰). Por esta tese, possível perceber que as relações econômicas, sociais e culturais são travadas pelos mais diversos atores sociais, de maneira complexa, e com geração de riscos em nível global.

também el nivel de concentración económica, que, pese a todo, se ve contrarrestado por la nueva competencia de un mercado mundial que no conoce fronteras”.

⁸ Em vez de categorias como *industrial* e *classe*, conceitos essenciais para compreensão da desigualdade sócio-econômica e do problema de distributividade, agora fala-se também na desigualdade relacionada à distribuição de riscos produzidos pela nova modernidade. Neste sentido é que haveria uma mudança de paradigma.

⁹ Risco no sentido de ser uma sociedade permeada pela necessidade de lidar sistematicamente com os perigos e inseguranças trazidas pela própria modernização, isto é, consequências que se relacionam com a força da modernização e a globalização da dúvida, as quais são politicamente reflexivas. Na modernidade avançada, a produção social de riqueza é sistematicamente acompanhada pela produção social de riscos. Consequentemente, os problemas e conflitos relacionados à distribuição em uma sociedade de escassez se sobrepõem aos problemas e conflitos que surgem da produção, definição e distribuição dos riscos tecno cientificamente produzidos. Neste sentido, exemplos do autor variam desde o pesticida ou ameaça nuclear que causam mal a saúde e poluem o meio ambiente de forma difusa, até a ruína econômica gerada pela quebra de sistema financeiro, riscos que não respeitam os limites geográficos das fronteiras nacionais. No original: “Risk may be defined as a systematic way of dealing with hazards and insecurities induced and introduced by modernization itself. Risks, as opposed to older dangers, are consequences which relate to the threaten-ing force of modernization and to its globalization of doubt” (BECK, 1992, p. 21).

¹⁰ No original: “We do not yet live in a risk society, but we also no longer live only within the distribution conflicts of scarcity societies”.

Na atualidade, essa possibilidade não se resume ao risco ambiental (e.g.: guerra, acidente nuclear). A imprevisibilidade dos resultados das inovações científico-tecnológicas pode causar desdobramentos também sobre o bem-estar social e a segurança econômico-financeira. Afinal, os avanços científicos não se resumem à engenharia nuclear, biotecnologia e biogenética, mas também incluem a engenharia financeira, que se tornou extremamente complexa, sistematizada, integrada, sem fronteiras, e com a possibilidade de proliferação de produtos financeiros com potencial lesivo sistêmico em efeito cascata (FARIA, KUNTZ, 2002) – como, de fato, ocorreu durante a crise de 2008, a partir dos mercados imobiliário e financeiro americanos, e que irradiou para os mercados de outros países em maior ou menor grau¹¹ (HUWART; VERDIER, 2013).

Nada obstante a validade ou não da tese da sociedade de risco, o que importa para o começo deste estudo é perceber, pelo exposto, que há uma possibilidade de mudança de paradigma para as ciências sociais, de modo geral, que igualmente incide sobre o Direito, enquanto ciência.

Por este ângulo, ao trazer o problema de paradigma para o campo do Direito é que se evidencia um novo dilema: a regulação jurídica das atividades econômicas, em especial da atividade empresarial, com vistas ao estabelecimento de regras e a orientação de condutas em sociedade, parte da centralidade de modelos jurídicos propostos a partir (e nos limites) do Estado-nação – isto é, produzida e executada em

¹¹ Sobre a crise de 2008, assinalam Huwart e Verdier (2013, p.130): “Because of the way global finance was intertwined, as mentioned in previous chapters, securities linked to subprime loans were accumulated in all the banks and on all the financial markets around the world. The problem came from the fact that many households with subprimes had to default on their loans after a few years, as they could not meet the brutal increase in their monthly repayments. These defaults were amplified by the spike in US interest rates starting in 2004 and by the unexpected fall in real estate prices beginning in 2006. The securities linked to these subprimes quickly lost their value, which is when the complex financial products (which included the securities associated with the subprime loans) showed their truly toxic character. Banks no longer had any confidence in the financial products available on the market and stopped transacting. A gigantic financial paralysis followed, initiated by the interbanking crisis of July 2007. Major banks found themselves totally or nearly bankrupted. As early as September 2007, Britain’s Northern Rock bank was embroiled in a banking panic as its clients withdrew their savings en masse in just a few days. In 2008, several other struggling financial institutions were purchased by others (like Bear Stearns by JP Morgan Chase in March 2008, supported by the US Federal Reserve), nationalised (like Freddie Mac and Fanny Mae), placed under US Treasury guardianship, or bankrupted. On 15 September 2008, investment bank Lehman Brothers’ bankruptcy petition triggered emergency interventions on the part of governments to spare other institutions the same fate. In fact, their bankruptcy would have had catastrophic repercussions for the entire economy – implied in the expression ‘too big to fail’, which describes institutions that are so connected to the overall economy that governments can’t allow them to go bankrupt. Government intervention did not stop the financial crisis from affecting the ‘real’ economy. Cascading bank failures led to a credit shortage, which blocked investment and corporate operations, plunging the world into a deep economic recession – the first to touch so many countries simultaneously.”

nível local – enquanto as relações entre os diversos atores sociais é desenvolvida a nível internacional ou transnacional (BECK, 1992, 2008; FARIA, 2002; FARIA,KUNTZ,2002; HELD, MCGREW,2001; SANTOS,1997; ALBROW,1996; HUNTINGTON, 1973; NYE, KEOHANE, 1971; GILPIN, 1971, dentre outros).

Este impasse dogmático ou epistemológico é precisamente indicado ainda na virada do século pelo sociólogo brasileiro Octavio Ianni (2001, p. 47-48) nos seguintes termos:

O dilema consiste em constatar se está ou não havendo uma ruptura histórica em grandes proporções, em âmbito global, assinalando o declínio do Estado-nação e a emergência de novos e poderosos centros mundiais de poder, soberania e hegemonia. Nesta hipótese, o Estado-nação continua vigente, mas com significados diversos dos que teve por longo tempo no pensamento liberal e no pensamento de algumas correntes marxistas, sem esquecer sociais-democratas, neoliberais, fascistas e nazistas.

Colocado de outra forma: o dilema consiste em saber se o modelo jurídico do Estado-nação é suficiente (ou ainda indispensável) para estabelecimento de normas sobre as relações humanas em moldes transnacionais – ou se existiria uma nova fase que a regulação exigiria um novo paradigma, em razão da emergência de novos atores sociais, com poderes tão ou mais proeminentes que o Estado-nação.

Deste modo, pertinente a seguinte linha de questionamento: sob aspecto econômico, qual seria o modelo de sociedade vigente na entrada do século XXI? Estaríamos de fato unidos politicamente enquanto humanidade? Como o Estado-nação lida com os problemas sociais de desigualdade apresentados no contexto de uma economia global? Ao trazer tais questionamentos para a seara jurídica, encontramos a pergunta do como se estabelece a regulação da atividade econômica nos moldes transnacionais, qual o regramento vigente, e se este se encontra alinhado com o discurso de proteção da humanidade, especialmente em relação aos aspectos econômico, social e cultural – e, mais especificamente, se as relações promovidas por ETNs estão sujeitas a algum limite jurídico e ético.

Neste primeiro capítulo, define-se a sociedade atual, enquanto uma sociedade global, cujas relações humanas – em especial nos aspectos social, econômico e cultural – são travadas não mais nos estreitos limites territoriais locais, mas nos moldes de relações transnacionais.

1.2 DELIMITAÇÃO DAS RELAÇÕES TRANSNACIONAIS, INTERNACIONAIS, MULTINACIONAIS E GLOBAIS

A importância destas terminologias reside no fato de servirem como elemento para a compreensão das relações travadas entre os diversos atores sociais na atualidade, em especial a relação entre Estados e empresas e suas respectivas atividades no âmbito da Economia de Mercado.

Como os termos *transnacional*, *internacionais*, *multinacionais* e *globais* são recorrentes na literatura das ciências sociais e do Direito, certas vezes assumem diferentes acepções, de modo que impende realizar uma delimitação conceitual e exposição sobre as principais divergências.

Desde a década de 1970, o cientista político norte-americano Samuel Phillips Huntington (1973) alertava para a possibilidade de confusão semântica desses termos. De maneira objetiva, diferenciou a natureza transnacional de uma organização a partir de três elementos – controle, composição e escopo de suas operações – nos seguintes termos:

Os termos "internacional", "multinacional" e "transnacional" têm sido usados de várias formas para se referir ao controle de uma organização, a composição de sua equipe e ao escopo de suas operações. A confusão terminológica é agravada ainda mais porque a palavra "nacional" serve como o oposto de cada um desses três termos. Para minimizar a ambiguidade, pelo menos nessas páginas, e manter algumas distinções críticas, cada um desses termos será usado neste ensaio para se referir a apenas uma dessas dimensões organizacionais. Uma organização é "transnacional" em vez de "nacional" se realizar operações significativas de direção central no território de dois ou mais estados-nação. Da mesma forma, uma organização será denominada "internacional" em vez de "nacional" somente se o controle da organização for explicitamente compartilhado entre representantes de duas ou mais nacionalidades. E uma organização é "multinacional" e não "nacional" somente se pessoas de duas ou mais nacionalidades participam significativamente de suas operações (HUNTINGTON, 1973, p.335-336, tradução nossa¹²).

¹² No original: "The terms 'international', 'multinational', and 'transnational' have been variously used to refer to the control of an organization, the composition of its staff, and the scope of its operations. Terminological confusion is further compounded because one word, 'national', serves as the opposite of each of these three terms. To minimize ambiguity, at least on these pages, and to maintain some critical distinctions, each of these terms will in this essay be used to refer to only one of these organizational dimensions. An organization is 'transnational' rather than 'national' if it carries on significant centrally-directed operations in the territory of two or more nation-states. Similarly, an organization will be called 'international' rather than 'national' only if the control of the organization is explicitly shared among representatives of two or more nationalities. And an organization is 'multinational' rather than 'national' only if people from two or more nationalities participate significantly in its operations."

A opção por aqueles elementos foi justificada pelo autor a partir do seguinte exemplo: uma pessoa jurídica, como o Banco Mundial, pode ser formalmente internacional no controle (pois, quem possui cotas de participação, ou seja, poder de decisão, são os Estados), em termos de pessoal é altamente internacional (a equipe é formada por economistas do mundo inteiro), e suas operações são transnacionais (ou seja, os projetos e investimentos são concluídos em diversos países simultaneamente); já as ETNs, por sua vez, também possuem operações transnacionais, e muitas vezes incorporam em suas equipes pessoas de várias nacionalidades, no entanto, a exceção de alguns casos (como Unilever, Royal Dutch Shell), possuem um controle predominantemente nacional.

Por outro lado, como relata o sociólogo britânico Martin Albrow (1996, p.120 - 121) – e que o próprio Huntington também reconhece – o conceito de *relações transnacionais* já havia sido trabalho nos estudos de outros autores, como Joseph Nye e Robert Keohane, Robert Gilpin, Raymond Aron e James Rosenau, tomados como referência em muitos estudos jurídicos posteriores.

Um dos primeiros autores a utilizar o termo foi Robert Gilpin. Em sua obra, Gilpin (1971) o empregou de forma bem específica, apenas para distinguir relações entre Estados e empresas multinacionais. O objetivo do autor era subsidiar sua tese de que ambos estão intimamente ligados, na medida em que empresas multinacionais alçaram a magnitude que possuem graças ao interesse estatal e na medida em que auxiliavam a expansão e extensão do poder do próprio Estado.

Por outra perspectiva, Nye e Keohane (1971a), críticos de Gilpin, apresentam uma classificação dotada de mais elementos. No sentido empregado por Nye e Keohane (1971a), as *relações globais*¹³ poderiam ser protagonizadas tanto por governos de Estados-nação quanto por atores não governamentais. Além disso, apresentam uma distinção entre relações diplomáticas realizadas entre governos (*relações interestaduais*) e as *transnacionais* – essas últimas realizadas com a participação de, no mínimo, um ator não governamental. Pelos apontamentos dos autores:

¹³ Isto é, segundo Nye e Keohane (1971a), as relações que envolvam um desses quatro aspectos: 1) comunicação, o movimento da informação, incluindo a transmissão de crenças, ideias e doutrinas; 2) transporte, movimentação de objetos físicos, incluindo material de guerra e bens pessoais, bem como mercadorias; 3) finanças, movimentação de dinheiro e instrumentos de crédito; 4) viajar, ou movimento da pessoa.

Algumas interações globais são iniciadas e sustentadas inteiramente, ou quase inteiramente, pelos governos dos estados-nação. Isso é verdade para a maioria das guerras, uma grande quantidade de comunicação internacional, comércio considerável e algumas finanças. Consideramos essas interações "interestaduais", juntamente com a atividade diplomática convencional. Outras interações, no entanto, envolvem atores não-governamentais - indivíduos ou organizações - e consideramos essas interações "transnacionais". Assim, uma interação transnacional pode envolver governos, mas pode não envolver apenas governos: os atores não-governamentais também devem desempenhar um papel significativo. Falamos de comunicação transnacional, transporte, finanças e viagens quando nos referimos a interações não-governamentais ou apenas parcialmente governamentais através das fronteiras do estado. Assim, "interações transnacionais" é o nosso termo para descrever o movimento de itens tangíveis ou intangíveis através das fronteiras do estado quando pelo menos um ator não é agente de um governo ou organização intergovernamental (NYE; KEOHANE, 1971a, p.332, tradução nossa¹⁴).

O sentido de *ator não governamental*, na ótica de Nye e Keohane (1971a) é amplo, abrangendo qualquer ator não estatal, a exemplo de empresas multinacionais, secretariados de sindicatos internacionais, organizações religiosas globais, fundações internacionais. No entanto, apesar de ser uma compreensão mais complexa e bastante útil, esta classificação não distingue a participação direta ou indireta do Estado na formação desses atores, isto é, não considera se a empresa em sua composição possui participação do Estado ou não, que poderia influir em seu poder de decisão.

De todo modo, um aspecto comum entre esses conceitos é a preocupação em identificar a nacionalidade de determinada organização. Todavia, a questão da nacionalidade (e da lealdade da empresa multinacional a um determinado Estado-nação) passou a tomar cada vez menos relevância para efeitos das relações transnacionais. Neste ponto, importante registrar que Nye e Keohane (1971b) sugerem o uso do termo *geocêntrico* para as relações transnacionais de ETNs que, de certa forma, já haviam suplantado esta ótica de nacionalidade ou, como

¹⁴ No original: "Some global interactions are initiated and sustained entirely, or almost entirely, by governments of nation-states. This is true of most wars, a large amount of international communication, considerable trade, and some finance. These we consider 'interstate' interactions along with conventional diplomatic activity. Other interactions, however, involve nongovernmental actors-individuals or organizations-and we consider these interactions 'transnational'. Thus, a transnational interaction may involve governments, but it may not involve only governments: Nongovernmental actors must also play a significant role. We speak of transnational communication, transportation, finance, and travel when we refer to nongovernmental or only partially governmental interactions across state boundaries. Thus, 'transnational interactions' is our term to describe the movement of tangible or intangible items across state boundaries when at least one actor is not an agent of a government or an intergovernmental organization."

costumavam empregar, empresas que não possuíam mais qualquer vínculo de lealdade com algum Estado-nação específico.

Por outro lado, Martin Albrow (1996), no contexto da virada do século, reaprecia esses conceitos e conclui que, para além das relações transnacionais (que ainda, segundo o autor, teriam foco na nacionalidade), há possibilidade de um novo nível de organização a partir do que chama de *globalidade*¹⁵, da qual nasceria a sua concepção de uma *sociedade global*, que por sua vez não necessariamente implicaria em uma unidade política centralizadora (e.g: um governo mundial), mas apenas um novo referencial que mitiga a relevância da referência nacional, em razão das relações humanas que se travam em nível global, de forma direta. Segundo a proposta do autor:

É aqui que estamos agora em posição para avançar na teoria do transnacional para a teoria do global, pois o global não é simplesmente um culminar de relações transnacionais, mas a intrusão de um novo nível de organização. Não obstante o fato de que cada grupo se relaciona de maneira diferente, o globo é um ponto de referência material e não um ideal universal. Temos que distinguir o globalismo, o mundo negando as fronteiras nacionais, do transnacionalismo ou do universalismo. A globalidade é um novo nível de organização, ao qual qualquer agente pode se relacionar, mas que não possui agente organizador. É por isso que precisamos caracterizar a Era Global como uma era da globalidade, e não da globalização, que a idéia de pós-modernidade tem tais atrativos. No entanto, a falta de organização central não é desintegração (ALBROW, 1996, p. 121, tradução nossa¹⁶).

Ainda, sobre as diferenças entre *empresas multinacionais* (EMNs) e *empresas transnacionais* (ETNs), Paul Hirst e Grahame Thompson (2003) indicam como possível critério de diferenciação não mais a questão da nacionalidade, mas principalmente a sua grande adaptabilidade aos mercados a partir da facilitação do fluxo de capital. Neste diapasão, aponta que uma das consequências da noção de economia globalizada seria

¹⁵ A questão sobre globalização e globalismo será melhor enfrentada na seção seguinte, que trata sobre a sociedade global.

¹⁶ No original: "This is where we are now in a position to move on from the theory of the transnational to the theory of the global, for the global is not simply a culmination of transnational relations, but the intrusion of a new level of organization. Notwithstanding the fact that every group relates to it differently, the globe is material reference point and not a universal ideal. We have to distinguish globalism, the globe negating national boundaries, from either transnationalism or universalism. Globality is a new level of organization, to which any agent can relate, but which has no organizing agent. This is why we have to characterize the Global Age as an age of globality rather than globalization, which the idea of postmodernity has such attractions. Yet the lack of central organization is not disintegration."

a transformação de empresas multinacionais (EMNs) em empresas transnacionais (ETNs) como os principais atores da economia mundial. A ETN possuiria um capital totalmente descomprometido, sem identificação nacional específica e com uma gestão internacionalizada, e pelo ao menos uma disposição potencial para transferi-lo para qualquer lugar do mundo com o fim de obter os retornos mais seguros e mais altos. No setor financeiro, isso poderia ser alcançado com o toque de um botão e, em uma economia verdadeiramente globalizada, seria totalmente ditada pelas forças do mercado, sem deferência às políticas monetárias nacionais. No caso de empresas manufatureiras, elas poderiam adquirir, produzir e comercializar em nível global, conforme a estratégia e as oportunidades exigidas. A empresa não seria mais baseada em um local nacional predominante (como na multinacional), mas atenderia os mercados globais por meio de operações globais. Assim, a ETN, ao contrário da EMN, não podia mais ser controlada ou mesmo restringida pelas políticas de determinados estados nacionais. Em vez disso, poderia escapar a todos, exceto os padrões regulatórios internacionais acordados e aplicados em comum. Os governos nacionais não poderiam adotar padrões regulatórios específicos e efetivos. Governos não poderiam adotar padrões que divergissem daqueles padrões visados pelas ETN que operassem em suas fronteiras. As ETNs seriam a principal manifestação de uma verdadeira economia globalizada (HIRST; THOMPSON, 2003, p. 102-103, tradução nossa¹⁷).

Em uma literatura nacional, a estrutura de Thompson é retomada por José Eduardo Faria (2002), no sentido de compreender que houve uma transição do que se entendia como *empresa multinacional* para a nova companhia global ou *corporação transnacional*.

Apesar da utilização dos termos *transnacional* e *global* de maneira indistinta, a compreensão de Faria se aproxima do sentido empregado pela posição globalista de Albrow (1996), na medida em que o autor sugere que, o que mais importa à compreensão sobre as empresas – enquanto organizações transnacionais e a forma como se relacionam com demais atores – não seria propriamente sua nacionalidade, mas a facilidade de mudança de sua estrutura organizacional para adaptar-se às especificidades de cada mercado.

¹⁷ No original: "A second major consequence of the notion of a globalizing international economy would be the transformation of multinational companies (MNCs) into transnational companies (TNCs) as the major players in the world economy. The TNC would be genuine footloose capital, without specific national identification and with an internationalized management, and at least potentially willing to locate and relocate anywhere in the globe to obtain either the most secure or the highest returns. In the financial sector this could be achieved at the touch of a button and in a truly globalized economy would be wholly dictated by market forces, without deference to national monetary policies. In the case of primarily manufacturing companies, they would source, produce and market at the global level as strategy and opportunities dictated. The company would no longer be based on one predominant national location (as with the MNC) but would service global markets through global operations. Thus the TNC, unlike the MNC, could no longer be controlled or even constrained by the policies of particular national states. Rather it could escape all but the commonly agreed and enforced international regulatory standards. National governments could not adopt particular and effective regulatory. National governments could not adopt particular and effective regulatory standards. National governments could not adopt particular and effective regulatory policies that diverged from these standards to the detriment of TNCs operating within their borders. The TNC would be the main manifestation of a truly globalized economy.

Além disso, José Eduardo Faria (2002) realiza uma distinção entre a empresa multinacional e a corporação transnacional (ou companhia global) ao indicar que a primeira se caracteriza por ter uma estrutura decisória rigidamente hierarquizada¹⁸, reproduzida em todos os países que atua, enquanto a segunda possui estruturas decisórias bem mais leves e ágeis, de caráter basicamente multidivisional¹⁹.

Em sentido semelhante, também, Comparato (2014;2006), que contrasta principalmente a estrutura e a diferença no grau de comprometimento em relação ao cumprimento de normas locais. Nas precisas palavras do autor:

As empresas passaram a aumentar os investimentos no exterior, sobretudo em países subdesenvolvidos, cuja mão de obra tinha um custo muito reduzido. Foi a época em que se multiplicaram as empresas multinacionais e surgiram as empresas transnacionais. As primeiras instalaram-se em diversos países e submetem-se à legislação local em todas as matérias, notadamente no que diz respeito às relações de trabalho, à concorrência e à proteção do meio ambiente. Já as transnacionais operam no mundo todo, não mediante investimentos locais, mas por meio da criação de uma rede de fornecedores, montadores e distribuidores, a ela ligados por contrato, e substituíveis a qualquer tempo (COMPARATO, 2014, p. 251).

No tocante à terminologia derivada do termo *global* (e.g.: globalização, globalismo, globalista, mundial, mundialização), é outra questão que também poderá gerar certa confusão semântica, a depender do autor que o emprega. Por exemplo, Beck faz uma nítida distinção entre *globalismo* e *globalidade*, entendendo o primeiro como expressão da ideologia de domínio de mercado mundial por meio do liberalismo (próxima do que autores de matizes políticas distintas costumam chamar de neoliberalismo, geralmente em tom crítico), enquanto o segundo significa uma

¹⁸ Como indica Faria (2002, p.72): “Com grande capacidade de adaptação às especificidades de cada mercado, com extrema sensibilidade para detectar novas tendências com sofisticadas estratégias par alcançar a mais alta produtividade ao menor custo possível e com enorme competência para exercer diferentes atividades em diferentes contextos sociais, econômicos, políticos e culturais e atuar em distintas linhas de produção e negócios, a companhia global ou corporação transnacional tende a se organizar por meio de unidades ou divisões empresariais. Elas são altamente flexíveis, modulares e, acima de tudo, articuladas em perspectiva reticular. Deste modo, a atuação e o desempenho das corporações transnacionais ou companhias globais não configuram mais um agregado de atividades em nível de países, sob a forma de estruturas burocráticas e organizacionais estáveis e rígidas. Pelo contrário, passam a ter a forma de um sistema de negócios desagregado, administrado como um processo interligado, controlado por informações compartilhadas e organizado horizontalmente por assunto, produto ou serviço.

¹⁹ Além disso, o autor ressalta algumas diferenças: as companhias multinacionais possuem um centro, hierarquia, rigidez, estrutura, subordinação e cadeira de comando; enquanto a companhia global possui muitos centros, funciona em cadeiras múltiplas e redes, é dotada de organicidade, age em processo, interação, possuem muitos canais decisórios, e a informação é utilizada como recurso.

pluralidade sem unidade, mais próximo do sentido de sociedade global empregado por Albrow.

A confusão semântica também é descrita por Fábio Konder Comparato (2014) no sentido de que pode ser tomada, em uma primeira acepção, como unificação da humanidade, e em uma segunda acepção, como uma economia de mercado mundial. Consoante esclarecimento de Comparato (2014, p. 258):

Não há, a rigor, nenhuma precisão conceitual no uso do vocábulo. Alguns atribuem-lhe o significado de unificação da humanidade, graças ao estabelecimento de um sistema mundial de comunicações, pelas vias de transporte e pela internet. Nesse sentido, enfatizado pelos ideólogos neoliberais, tratar-se-ia de um extraordinário benefício do capitalismo. Outros preferem salientar, pelo emprego da palavra, o surgimento de um mercado mundial. Filio-me a esta segunda corrente de pensamento. Entende que a globalização veio reproduzir, no plano internacional, a mesma estrutura ternária das atividades econômicas, existente no interior de cada país, e posta em foco por Fernand Braudel, como exposto na introdução desta obra. Ou seja, aos dois setores tradicionais – o das transações econômicas no interior de cada país e o da área do comércio exterior – a globalização acrescentou um novo setor, constituído pelo grupo de macroempresas que passou a dominar o mercado mundial.

Nesta segunda acepção, e em uma posição crítica e estritamente ligada a esfera econômica – em especial a valorização dada aos mercados financeiros e à reprodução do capital financeiro desacompanhado do industrial, a partir da revolução tecnológica mais recente – é que Eros Grau (2008) apresenta sua compreensão nos seguintes termos:

O que realmente há de novo na globalização decorre das transformações instaladas pela terceira revolução industrial – revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações – transformações que permitiram a sua reprodução como globalização financeira. Essa é a novidade instalada nos estertores do século passado, que permitiu que o dinheiro deixasse de ser, definitivamente, um mero intermediário na troca entre valores de uso, exercendo uma função própria, como propõe a fórmula de Marx, D-M-D. O que agora se vê, nos mercados financeiros internacionais, é D-D, e não D-M-D; o dinheiro se dobra sobre si mesmo, na esperança "de uma reprodução hermafrodita da riqueza abstrata". 2. Nada além disso. (GRAU, 2008, p.271).

Ademais, não se pode ignorar que a abrangência da globalização para além do aspecto econômico ou financeiro também é relevante, a exemplo do sentido dado pelo sociólogo português Boaventura de Souza Santos (1997). Segundo o autor, há uma relação cultural e política de rivalidade, que surge enquanto um processo de identificação e de diferenciação a partir da imposição cultural/econômico/social de um

determinado local sobre os demais ou, em outras palavras, há uma busca de domínio que parte do local para alçar sua influência em âmbito global²⁰.

Assim, a par dessas distinções e esclarecimentos introdutórios, adota-se a terminologia segundo a qual as relações transnacionais são estabelecidas por, no mínimo, uma organização distinta do Estado-nação e que, no contexto específico da atividade empresarial, são desenvolvidas por ETNs, organizações que, independentemente de sua nacionalidade, composição (formação societária) ou interesse institucional, atuam em mais de um país por meio de uma estrutura organizacional e jurídica mais flexível, com objetivo de aumento de lucro e redução de custos operacionais.

Neste passo, utilizar-se-á a nomenclatura *transnacional* e *global* indistintamente para as relações que envolvam empresas ou corporações que atuem em mais de um país, destacando-se principalmente a sua inserção no contexto da globalização econômica e financeira – sem, contudo, desprezar o conhecimento de que não existe apenas esses aspectos da globalização. Afinal, os aspectos políticos e culturais da globalização são igualmente importantes.

1.3 SOCIEDADE GLOBAL: A PLURALIDADE DE ATORES SOCIAIS

Antes de 2020, possível que muitas pessoas não conhecessem o Dr. Tedros Adhanom²¹ ou até mesmo a existência da Organização Mundial da Saúde (OMS) – que, diga-se, é apenas uma das instituições que integram o complexo sistema internacional formado por organizações intergovernamentais, multilaterais,

²⁰ Como esclarece o autor: “A globalização é muito difícil de definir. Muitas definições centram-se na economia, ou seja, na nova economia mundial que emergiu nas últimas duas décadas como consequência da intensificação dramática da transnacionalização da produção de bens e serviços e dos mercados financeiros — um processo através do qual as empresas multinacionais ascenderam a uma preeminência sem precedentes como actores internacionais. Para os meus objectivos analíticos privilegio, no entanto, uma definição de globalização mais sensível às dimensões sociais, políticas e culturais. Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de facto, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenómenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações; em rigor, este termo só deveria ser usado no plural. Qualquer conceito mais abrangente deve ser de tipo processual e não substantivo. Por outro lado, enquanto feixes de relações sociais, as globalizações envolvem conflitos e, por isso, vencedores e vencidos. Frequentemente, o discurso sobre globalização é a história dos vencedores contada pelos próprios. Na verdade, a vitória é aparentemente tão absoluta que os derrotados acabam por desaparecer totalmente de cena. Proponho, pois, a seguinte definição: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” (SANTOS, 1997, p.14).

²¹ V. nota 1.

associações privadas e agências especializadas, as quais se relacionam em âmbito global.

Mas, para além dessas organizações, outros atores sociais emergem no século XX e ganham importância como decorrência da globalização²²: são as organizações não governamentais (ONGs), associações internacionais privadas e principalmente as ETNs²³, como ilustram Beck (2008), Albrow (1996), Giddens (2003) e Ianni (2001).

Sobre o estudo das consequências dessa globalização do mundo²⁴, vale um alerta inicial: o sociólogo britânico Anthony Giddens (2003) classifica didaticamente dois ramos de compreensão. O primeiro é composto por autores preocupados com as relações transnacionais e que tomam como pressuposto a emergência de atores sociais (como visto na seção anterior), enquanto um outro segmento busca uma compreensão marxista de Immanuel Wallerstein, isto é, especialmente pela ótica de internacionalização do conflito de classes. Para limites deste estudo, há uma maior ênfase e esclarecimento a partir do primeiro grupo.

Neste passo, a emergência de novos atores sociais e a própria consideração sobre as organizações enquanto sujeitos, que se relacionam com o Estado-nação – com interesses, obrigações e direitos próprios – já havia sido conceitualizada na década de 1970, como visto em Robert Keohane, Joseph Nye, Robert Gilpin, James Rosenau e Samuel Huntington.

Importante notar que a discordância entre autores não residia tanto sobre o reconhecimento do crescente poder econômico das organizações transnacionais, mas em que grau e intensidade essas organizações transnacionais (notadamente as ETNs) exercem sua influência política em âmbito nacional (sobre as decisões políticas internas do Estado-nação) e internacional (relações com demais Estados) a ponto de mitigar ou suplantar a soberania do próprio Estado-nação.

Neste sentido, Gilpin (1971), baseando-se no exemplo de hegemonia de poder norte-americano, defendia a tese de que EMNs, apesar de exercerem certa influência nas relações nacionais e internacionais, dificilmente poderiam suplantar o poderio do

²² Globalização tomada aqui no sentido de processo.

²³ Por exemplo, Coca Cola, Apple, Unilever, Mc Donald's, Nestlé, Nike, Adidas, Puma, Volkswagen, General Motors, Toyota, Nokia, Sony, Siemens, Peugeot, Vivo.

²⁴ Não se descartam os efeitos sociais e culturais, apenas se busca dar maior enfoque para o aspecto econômico e jurídico da questão, embora muitos autores consultados utilizem-se de uma visão mais holística e multidisciplinar para proporcionar maior completude sobre o tema, incluindo também a questão do monopólio do poderio bélico e da centralidade de informações ou, como emprega Giddens (2002), outras dimensões da globalização ou, ainda, a menção às várias globalizações, como indicado por Boaventura de Souza Santos (1997).

Estado-nação para atuarem de forma independente. E mais: serviriam como uma extensão do próprio poderio estatal para o âmbito econômico²⁵. Mas a questão é: no século XXI, diante do franco enfraquecimento econômico dos Estados Unidos e da busca pela perenidade das grandes ETNs, essa tese ainda se sustentaria?

Nesse contexto de pluralidade de atores sociais emergentes no século XX, que ganham um destaque e cuja atuação se tornou tão importante quanto do próprio Estado, poderia a humanidade estar unida no século XXI a partir de um Estado-nação ou governo global? Colocado de outra forma: a sociedade atual – ou simplesmente *sociedade global*, como empregado por exemplo por Beck (2008), Albrow (1996), Giddens (2003), Ianni (2001), dentre outros –, implicaria necessariamente em uma unidade política e econômica da humanidade?

Sobre essa emergência de atores sociais, há uma proposta de leitura das relações transacionais enquanto sistema (ou sistemas) de governança. De acordo com essa visão, verifica-se que, para além da diversidade de interesses e tipos de organização (nacional e internacional), há também um progressivo desprendimento das relações políticas e econômicas formatadas no âmbito do Estado-nação e a formação de novas relações políticas e econômicas em âmbito global²⁶.

²⁵ Conclui Gilpin (1973, p. 418-419): “Despite all the polemics against multinational corporations there is little evidence to support the view that they have been very successful in replacing the nation-state as the primary actor in international politics. Where these business enterprises have influenced international political relations, they have done so, like any other interest group, by influencing the policies of their home governments. Where they have tried to influence the foreign and economic policies of host governments, they have most frequently been acting in response to the laws of their home countries and as agents of their home governments (...) Contrary to the argument that the multinational corporation will somehow supplant the nation-state, I think it is closer to the truth to argue that the role of the nation-state in economic as well as in political life is increasing and that the multinational corporation is actually a stimulant to the further extension of state power in the economic realm.”

²⁶ Como bem pontua Ianni (2001, p. 56-57): “Na base da idéia de que a sociedade mundial pode ser vista como um sistema, coloca-se a tese de que o mundo se constitui de um sistema de atores, ou um cenário no qual movimentam-se e predomina atores. São de todos os tipos: Estados nacionais, empresas transnacionais, organizações bilaterais e multilaterais, narcotráfico, terrorismo, Grupo dos 7, ONU, FMI, BIRD, FAO, OIT, AIEA e muitos outros compreendendo naturalmente também as organizações não-governamentais (ONGs) dedicadas a problemas ambientais, defesa de populações nativas, proteção de direitos humanos, denúncias de práticas de violência e tortura. Também podem adquirir relevância regional ou mundial atores de tipo nacional, podendo entrar ativa ou passivamente no jogo das pendências regionais e mundiais. Uns e outros sintetizariam muito do que são as relações, controvérsias, soluções e impasses correntes no âmbito da mundialização (...) é inegável que as transnacionais libertaram-se progressivamente de algumas das injunções ou limitações inerentes aos Estados nacionais. A geoeconomia e a geopolítica das transnacionais nem sempre coincidem com as dos Estados nacionais. Aliás, constantemente se dissociam, ou mesmo colidem. São comuns os incidentes em que se constatam as progressivas limitações do princípio de soberania em que classicamente se fundava o Estado-nação. Em escala cada vez mais acentuada, em âmbito mundial, a ‘grande empresa’ parece transformar nações das mais diversas categorias em ‘pequena nação’.”

Na atualidade, como uma das consequências da globalização, James Rosenau (2002) compreende que há mais de um sistema internacional no campo político, isto é, há múltiplas esferas de autoridade, que se bifurca em dois sistemas: o sistema internacional interestadual (formado pelos Estados-nação já conhecidos), e sistema multicêntrico exercido por organizações transnacionais que, no bojo da sociedade global, exercem sua influência horizontalmente. Esses sistemas podem atuar de forma cooperativa ou competitiva, de acordo com os interesses dos atores sociais. Como esclarece:

Segue-se que os assuntos mundiais podem ser conceituados como governados por um sistema bifurcado – o que pode ser chamado de dois mundos da política mundial – um sistema interestadual e seus governos nacionais que há muito domina o curso dos eventos e o outro um multicêntrico sistema de diversos tipos de outras coletividades que emergiu recentemente como uma fonte rival de autoridade com atores que às vezes cooperam, muitas vezes competem, e interagem infinitamente com o sistema centrado no estado (Rosenau, 1990, cap. 10). Visto no contexto de centros de autoridade em proliferação, o cenário global é denso com atores, grandes e pequenos, formais e informais, econômicos e sociais, políticos e culturais, nacionais e transnacionais, internacionais e subnacionais, agressivos e pacíficos, liberais e autoritários, que formam coletivamente um sistema altamente complexo de governança global. (ROSENAU, 2002, p. 225, tradução nossa²⁷).

Para David Held e Anthony McGrew (2001) esse sistema internacional se tornou efetivamente global somente no final do século XX, a partir do declínio dos grandes impérios (notadamente Império Britânico), o qual possibilitou a proliferação de formas multilaterais de cooperação (*ou sistema emergente de governança global*).

Albrow (1996), por sua vez, entende que essa sociedade global não estaria necessariamente unida, no sentido de uma organização social, econômica ou política específica, mas sim no sentido de que, nesta sociedade, os seres humanos assumem obrigações (morais) perante o mundo como um todo, a partir do compartilhamento de valores que tomam o *globo* como referência. Neste sentido, apresenta como exemplo o movimento verde com ênfase na ecologia global, finitude dos recursos nacionais e

²⁷ No original: “It follows that world affairs can be conceptualized as governed through a bifurcated system - what can be called the two worlds of world politics - one an interstate system of states and their national governments that has long dominated the course of events, and the other a multicentric system of diverse types of other collectivities that has lately emerged as a rival source of authority with actors that sometimes cooperate with, often compete with, and endlessly interact with the state-centric system (Rosenau, 1990, ch. 10). Viewed in the context of proliferating centres of authority, the global stage is thus dense with actors, large and small, formal and informal, economic and social, political and cultural, national and transnational, international and subnational, aggressive and peaceful, liberal and authoritarian, who collectively forma highly complex system of global governance”

necessidade de desenvolvimento sustentável – movimento que não possui uma base territorial específica, mas sim o compartilhamento de um ideal comum em prol da humanidade, por pessoas e atores sociais distintos e dispersos pelo globo.

Para Beck (2008), seguindo a conotação dada por Albrow, a expressão sociedade global significaria um estado de não integração, uma “pluralidade sem unidade”²⁸, que pressupõe formas de produção transnacional, informes mundiais nos meios de comunicação, boicotes de compras, formas de vida transnacionais, crises e guerras percebidas a partir de um ponto de vista global, bem como a utilização militar e pacífica de energia atômica, destruição da natureza, entre outros. Na ótica do autor, essa globalização

significa também a ausência de um Estado mundial; mais especificamente: sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial. Estamos testemunhando a expansão de um capitalismo globalmente desorganizado, onde não há poder hegemônico ou regime internacional, do tipo econômico ou político (BECK, 2008, p. 38, tradução nossa²⁹).

Por outro lado, atrelado a essa sociedade global pós-moderna, há também o fenômeno da intensificação do turismo internacional³⁰ impulsionado pelo anseio de se experimentar produtos e serviços globais, considerado por Claudia Lima Marques

²⁸ Digno de nota que a expressão *pluralidade sem unidade*, bem como *governança global sem governo global*, também é adotada por economistas como Dani Rodrik (2011) e Stiglitz (2017), consultados neste estudo.

²⁹ No original: “Finalmente, y en consecuencia, globalización significa también: ausencia de Estado mundial; más concretamente: sociedade mundial sin Estado mundial y sin gobierno mundial. Estamos asistiendo a la difusión de un capitalismo globalmente desorganizado, donde no existe ningún poder hegemónico ni ningún régimen internacional, ya de tipo económico, ya político”.

³⁰ Este movimento promovido pelo turismo internacional desperta grande interesse prático, sobretudo por conta da possível vulnerabilidade e da aparente insuficiência protetiva das normas consumeristas aplicáveis em nível global, regional e local. Como indica Claudia Lima Marques (2012, p.430-432): “Since binding international instruments on the protection of international tourists are rare to find, the protection of tourists remains primarily the protection of a national (see the examples of Brazil, China and Argentina) as a consumer or a supranational subject (see the examples of the European Union, ASEAN, MERCOSUR). The economic integration processes like the European Union and the MERCOSUR have become increasingly concerned with the protection of tourists-consumer, particularly in European Directives on travel contracts combined with tourists packages and time-sharing. The question is now if this protection remains efficient and enough (...) The protection of the tourists only in that role as consumer and upon return to their country of origin no longer seems sufficient, wider protection being necessary, only in the role of tourist, without discrimination between national and foreign tourists. The UNWTO Working Group on the Protection of Tourists/Consumers is working in palliative measures, but only in case of climate/ weather accidents and other catastrophes. The protection of tourists as consumers is very positive, but in some cases this protection there are no national conflict of law’s rule to consumer contracts, like most Latin-American countries. So in my opinion, without prejudice to the protection guaranteed to consumer of access to courts in their country of origin, we need to develop methods of rapid and facilitated protection to tourists as visitors and greater cooperation among national consumer protection bodies in this respect.”

(2012) enquanto atividade favorável aos Estados, à governança mundial e à paz, que contribuiu para uma compreensão mútua e um respeito intercultural.

Por fim, como bem observa Giddens (2003) não há propriamente um lado correto sobre a globalização, apenas perspectivas diferentes e as vezes específicas (ou dimensionais) sobre o assunto. Fato é que, diante dos últimos acontecimentos históricos, o mundo inteiro – independente das diferenças individuais relacionadas a nacionalidade, classe social, gênero, religião ou opção política – estava com os olhos direcionados para a fala do Dr. Tedros e aparentemente unido pelo receio de um novo perigo comum. Afinal, o novo coronavírus se apresentou como um risco não para uma sociedade nacional específica, mas para a humanidade como um todo, e o ímpeto de enfrentamento coletivo também se difundiu nas mais diversas localidades do globo.

1.4 ECONOMIA DE MERCADO: CAPITALISMO E PROTAGONISMO DE ETNS

1.4.1 Capitalismo e sistema de produção capitalista

Apesar da ausência de uma organização política e econômica central, verificou-se manifestações dos mais variados atores sociais, no sentido de enfrentamento da pandemia. Assim, para além do novo conceito sobre a humanidade (de sociedade global) – se idealista ou utópica – existe um fato: o mundo atual, em suas relações econômicas, baseia-se na *Economia de mercado*, motivo pelo qual é fundamental compreender aquelas ideias de sociedade global, mas sobretudo entendê-la enquanto fenômeno que não exclui a atividade empresarial no contexto de economia de mercado global.

Antes de adentrar ao *capitalismo* (ideologia) e o *sistema de produção capitalista* – elementos essenciais da Economia de mercado global – impende esclarecer que, nos estreitos limites deste estudo, o termo *mercado* é empregado no sentido de local de trocas e realização de serviços em âmbito nacional ou transnacional, no qual a atividade econômica, em especial a atividade empresarial, é realizada pelos agentes econômicos, os quais possuem interesses, valores, capacidade financeira e poder econômico próprios.

Adota-se, assim, a concepção segundo a qual o mercado, enquanto instituição jurídica e social (NUNES, 2012, 2003; GRAU, 2010, 2008), não é um ente em si: não possui interesse próprio, senão aqueles veiculados pelos agentes econômicos, de

acordo com o contexto sociocultural. O esclarecimento é importante, pois, é recorrente o uso do termo para condensação daquelas ideias. Por exemplo: em vez de dizer, “os agentes econômicos, que desempenham sua atividade econômica no âmbito do mercado, visam, por meio da eficiência e da redução de custos, o maior benefício próprio, representado pelo lucro”, utiliza-se por vezes “o mercado visa ao lucro”.

Feito esse esclarecimento preliminar, a característica mais básica (ou pressuposto) de uma *economia de mercado* é a inexistência de autoridade central para determinar uma organização dos fatores produtivos – ou seja, não há uma predeterminação da produção (e.g.: tipo de produto ou serviço, quantidade, qualidade), da forma de transporte, e do consumo (e.g.: quem vai ou como vai consumir) – de tal sorte que cada produtor ou prestador de serviço direciona sua atividade empresarial para aquilo que acredita ser mais lucrativo, enquanto cada consumidor adquire o que escolhe (deseja ou necessita), por um preço (KRUGMAN; WELLS, 2007).

No entanto, essa descrição da dinâmica de mercado – ou, mais especificamente, da atividade realizada pelos agentes econômicos – largamente utilizada em manuais de Economia, não é suficiente para compreender a complexidade das relações humanas por trás desse ambiente de trocas (o mercado). É, ainda, preciso compreender que a atividade econômica e o funcionamento do mercado também são projetados a partir de uma determinada visão política e jurídica de mundo³¹, escolhida pela sociedade, que por sua vez não é isenta de valores (BENACCHIO, 2018a).

Neste passo, a partir da globalização esmiuçada ao longo da seção 1 deste estudo, é que foi criada uma determinada imagem de mercado que, na pós-modernidade, nas palavras de Marcelo Benacchio (2018a, p. 37) “resultou na visão

³¹ Como colocado por Benacchio (2018a, p. 37): “O mercado se utiliza do conceito jurídico de liberdade para seu funcionamento, seria difícil, senão impossível, definir o mercado sem as noções jurídicas de contrato (e a obrigatoriedade de seu cumprimento), e ainda a noção de bem, serviços, propriedade e patrimônio. Desse modo, em minha compreensão, o mercado envolve uma escolha política e jurídica da sociedade, destarte, não é uma realidade social preexistente ao Direito; pelo contrário o mercado faz parte da realidade econômica, social e jurídica, competindo ao Direito indicar suas finalidades e ordenar seu funcionamento. O mercado não é uma compreensão abstrata e isenta de valores, em verdade tem a finalidade e o dever de suprir as necessidades humanas, permitindo igualdade de acesso a todos e permitindo o desenvolvimento das pessoas em todos seus aspectos. A redução do mercado ao aumento contínuo dos ganhos e respectivo acúmulo de riqueza é contrário à noção básica de equidade concernente à divisão das vantagens propiciadas pelo adequado funcionamento do mercado entre todas as pessoas.”

reduziva do ser humano ao *homo economicus*, forte na compreensão da maximização dos interesses próprios (egoísticos) como algo natural.”.

E esse *homo economicus*³², movido pelo instinto de sobrevivência, tornou-se instrumento do capitalismo liberal, vitimado sobretudo por aquela imagem de mercado desumanizado. Como pontuam Sayeg e Balera (2011, p.159):

Portanto, diante do elevado nível de massificação, de impessoalidade, de desarticulação para com o *homo economicus*, enfim, de desumanização da economia de mercado, é manifesta a vulnerabilidade a que este, enquanto presa, se acha exposto, e também fica vulnerável o planeta. Ao exaltar o individualismo e o hedonismo em nome da liberdade, o humanismo antropocêntrico acaba corroborando a primazia do dinheiro e colocando o *homo economicus* em segundo plano, sozinho, à mercê do poder da moeda e vítima do próprio antropocentrismo, razão pela qual há de ser conformado — jamais negado — pelo capitalismo humanista como expressão do humanismo antropofílico.

Para compreensão desta ideia, faz-se necessária, ainda que de forma preliminar, apontar alguns aspectos sobre a formação do *sistema capitalista* (modelo de produção e distribuição de bens e serviços), o qual se apresenta como sustentáculo dessa economia de mercado – sem descurar que existe também o *capitalismo* (ideologia), isto é, o sistema de valores, compreensões e fundamentos que estruturam esse regime econômico³³.

³² Sobre o *homo economicus*, descrevem Sayeg e Balera (2011, p. 157-158): “Estudos antropológicos lançados sobre ‘o outro’, que se ‘define [...] em termos [...] econômicos’, demonstram que o homem pós-moderno, no bojo das relações impessoais e massificadas da economia capitalista, molda seu estilo de vida pelo mercado, constitutivo da chamada sociedade capitalista. Essa inserção econômica, por sua vez, enquanto expressão das liberdades exteriores do homem e de todos os homens, integra a própria natureza humana, sendo o instinto patrimonial que a caracteriza o desdobramento atual do primitivo instinto selvagem de sobrevivência. Sob tal aspecto, que poderíamos chamar antropológico-econômico, há que qualificar-se o homem como *homo economicus*. Na sociedade capitalista, os *homines economici* expressam pela ação econômica os seus instintos primitivos de sobrevivência e são, naturalmente, individualistas, concorrentes e massificados. Em decorrência, restam incoesos e isolados, razão pela qual não constituem entre si qualquer tipo de vinculação orgânica.”

³³ Nesse sentido, válido recobrar as distinções realizadas por Sayeg e Balera (2011, p.106-107): “Instalam-se como capitalismo ou socialismo, em linhas gerais, os regimes econômicos, fundados na presença ou ausência de reconhecimento, pela ordem jurídica, do direito subjetivo natural de propriedade e a decorrente liberdade de iniciativa em seus diversos níveis. Nos extremos desse prisma, existem, de um lado, o Estado liberal, que aspira tornar absolutos o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa; e de outro, o Estado comunista, que almeja suprimi-los completamente. Assim: a) ao negar-se o direito subjetivo natural de propriedade e a decorrente livre iniciativa, o regime é comunista; b) ao relativizar-se a negativa do direito subjetivo natural de propriedade e a decorrente livre iniciativa, o regime é socialista; c) ao reconhecer-se o direito subjetivo natural de propriedade e a decorrente livre iniciativa, com mínima intervenção estatal, liberando as forças naturais de mercado, o regime é capitalista liberal de mercado; d) ao reconhecer-se o direito subjetivo natural da propriedade e a decorrente livre iniciativa, cabendo ao Estado coordenar o exercício de sua universalidade, o regime é capitalista de Estado ou de comando central; e) ao reconhecer-se o direito subjetivo natural da propriedade e a decorrente livre iniciativa, mas calibrando as forças naturais de mercado com o equilíbrio social, o regime é capitalista social de mercado; f) ao reconhecer-se o direito subjetivo natural

Para tanto, pressupõe-se a noção de que o modelo de mercado está condicionado a certos elementos sociais, culturais e históricos específicos, isto é, não podem ser compreendidos fora do contexto em que inserido. Entretanto, não se pretende um estudo propriamente histórico, sobre fatos e acontecimentos específicos, ou uma cronologia detalhada de eventos, mas sim uma leitura sobre a compreensão do capitalismo ao longo da história ocidental, a partir da leitura de cientistas sociais, economistas, juristas – distinção que se entende pertinente realizar.

Neste passo, os estudos de Economia Política, cujo objeto eram as relações de produção e distribuição de bens e serviços, tem como marco os pensadores do século XVIII, os quais criticavam sobretudo o modelo político intervencionista de Estado nas relações econômicas, dito mercantilista, no contexto do comércio europeu internacional, a partir do século XIV³⁴.

Nesse contexto específico, os primeiros rudimentos de uma teoria das relações econômicas foram expressados pela chamada *Teoria da balança de comércio*³⁵: a partir de uma aliança germinal entre a burguesia e o Estado-nação, pretendia-se a implementação de políticas econômicas variadas, caracterizadas sobretudo pelo controle e monopólio de mercado estimulados pelo Estado, a fim de atingir uma acumulação de metais preciosos (ouro e prata). Esse conjunto de práticas econômicas, utilizadas entre os séculos XV e XVIII no cenário europeu, era

da propriedade e a decorrente livre iniciativa, mas calibrando as forças naturais de mercado com o inafastável objetivo de concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões com vistas à satisfação universal da dignidade da pessoa humana, o regime é capitalista humanista de mercado.”.

³⁴ Segundo Leo Huberman (1986) autores e estadistas, como Jean-Baptiste Colbert, Robert Walpole, defendiam de maneira difusa e sem rigor científico certas políticas econômicas de intervenção do Estado-nação nos mercados. Em tom crítico, autores oitocentistas, como Adam Smith, passaram a chamá-los de mercantilistas. No entanto, vale o alerta de que, para os economistas, o mercantilismo não pode ser considerado como um sistema de produção propriamente dito, mas apenas um conjunto de medidas político-econômicas e comerciais adotadas pelo Estado-nação, inseridos num contexto de transição do sistema feudal para o sistema capitalista. Para Samuelson e Nordhaus (1999, p. 751) o mercantilismo se trata de uma doutrina política que salienta a importância do saldo positivo da balança de pagamentos como uma forma de acumular ouro. Leo Huberman (1986, p. 119), por sua vez, enfatiza que o mercantilismo não era um sistema no atual sentido da palavra, mas antes um número de teorias econômicas aplicadas pelo Estado em um momento ou outro, num esforço para conseguir riqueza e poder.

³⁵ Em apertada síntese, no contexto do século XV e XVIII, o pressuposto da riqueza era a acumulação de metais preciosos. Como nem todos os Estados possuíam meios de explorá-los diretamente, deveriam tomar medidas para conseguir sua acumulação, seja por meio de medidas domésticas (tributação, estímulo à produção nacional de bens, proteção de mercados nacionais), seja por meio do comércio internacional, a partir da comercialização de produtos com custos de produção mais baixos, para trocá-los com outras nações. Para atingir essa finalidade, as práticas eram variadas: incentivo direto (financiamento) ou subsídio fiscal aos produtores nacionais, criação de normas jurídicas para manutenção física dos metais no território nacional, estabelecimento de uma frota marítima nacional para garantir o transporte e circulação de bens; acordos comerciais entre nações para aumento da exportação de determinados produtos nacionais.

teoricamente justificada pela noção, agora obsoleta, de que a riqueza deveria ser mensurada principalmente pela quantidade de metais preciosos acumulada por cada Estado-nação (HUBERMAN, 1986).

Posteriormente, essa compreensão foi severamente criticada por economistas oriundos da própria burguesia³⁶ – ditos *liberais* justamente por realizarem uma oposição àquela intervenção estatal – que inaugurou uma nova leitura das relações econômicas e respectiva incorporação desses pensamentos ao sistema jurídico, resultando na criação de direitos individuais que garantissem certa oposição ao monopólio econômico e à intervenção do Estado nesses mercados.

Neste passo, vale enaltecer a importância do sistema jurídico para consolidação do capitalismo, bem como a consagração, na seara dos Direitos Humanos, dos direitos ditos de primeira geração ou dimensão³⁷, que garantiram uma estrutura essencial para o próprio desenvolvimento da economia de mercado.

Neste sentido, Rolf Kuntz indica que essa primeira versão de direitos, atrelados a concepção liberal – formada entre XVIII e primeiras décadas do século XIX – está associada à “visão do indivíduo como dono de si, capaz de ser proprietário de bens materiais e livre para comprar e vender no mercado” (FARIA; KUNTZ, 2002, p.25), e incorporou quatro ideias fundamentais sintetizadas a seguir: *a) autorregulação do mercado*: os mercados tendem a se ajustar automaticamente, noção está que foi

³⁶ Segundo Huberman (1986, p. 134-136), diversos foram os autores críticos do mercantilismo. Para além do já conhecido brilhantismo de Adam Smith (teoria das vantagens absolutas, de 1776) e David Ricardo (teoria das vantagens comparativas, de 1817), mencionam-se como exemplos: Nicholas Bardon (1690), em sua obra *A discourse of trade*, em que se opunha veementemente contra o imposto e a proibição de importações de mercadorias estrangeiras, entendendo que tais práticas prejudicavam parte da própria produção da mercadoria nacional; Dudley North (1691), em *Discourses upon trade*, que se lançou contra os fundamentos da *balança favorável*; Joseph Tucker (1749), que combateu a política dos monopólios na obra *Brief essay on the advantages and disadvantages which respectively attend France and Great Britan with regard to trade*, segundo o qual três quartos do globo restava impedido de realizar o comércio de modo livre, o que apenas enriquecia certos diretores e prejudicava os demais comerciantes; David Hume (1742), em sua obra *Essays, Moral, Political and Literacy* também demonstrou que a acumulação de metais não traz necessariamente vantagens duradouras à nação, uma vez que, em consequência do comércio internacional, todo país com dinheiro metálico consegue o volume de ouro que estabelece seus preços de modo a equilibrar as importações e exportações.

³⁷ Embora escape dos limites deste trabalho, vale destacar a crítica sobre o emprego do termo *gerações* de direitos, realizada, por exemplo, por Caçado Trindade (2003, p. 43): “Ainda outro exemplo, de mal-entendido que gradualmente se vem dissipando, diz respeito à fantasia das chamadas ‘gerações de direitos’, a qual corresponde a uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos no tempo. A noção simplista das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da ‘sucessão generacional’ pareceria supor, os direitos humanos não se ‘sucodem’ ou ‘substituem’ uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais”.

reforçada pela primeira descrição do comércio internacional como um sistema de vasos comunicantes (David Hume), no ensaio *Sobre a Balança de Comércio*; b) *especialização das economias*: caso não haja barreiras ao intercâmbio, as economias tenderão à especialização das produções mais eficientes, princípio expresso inicialmente em David Hume e aprimorado por David Ricardo em *Princípios de Economia Política e Tributação* e, como consequência da divisão internacional do trabalho, baseada no uso de vantagens comparativas, crescerá também a oferta mundial de bens e a negociação a preços reduzidos pela concorrência, com vantagem para o consumidor; c) *transitoriedade da insuficiência de demanda*: segundo a *Lei de Say*³⁸, mercadorias são produzidas para serem trocadas por outras (o dinheiro seria apenas um meio de pagamento), motivo pelo qual, ainda que houvesse desajuste passageiro, o mercado sempre tenderia a corrigir a alocação de recursos, com o objetivo de atingir um equilíbrio de fatores; e, por fim, d) *máximo benefício a todos*, se cada um puder perseguir o próprio interesse: a não intervenção garante o funcionamento eficiente da economia, com máximo aproveitamento.

Neste último ponto, um dos autores de maior destaque, Adam Smith, identificou uma nova formatação de relação econômica, impulsionado pelo fenômeno da industrialização, com que garantiu uma explosão no aumento de produtividade e uma maior diversidade de produtos³⁹. Segundo Kuntz, em síntese ao pensamento de Adam Smith:

(...)o máximo de benefícios para todos será produzido, em cada economia e também no sistema internacional, se cada agente puder seguir o próprio interesse. Não havendo interferência perturbadora, a distribuição do mínimo necessário à vida será garantido, até porque os ricos não podem consumir alimentos além de certo limite. A mão invisível não só garante o máximo aproveitamento dos meios de produção, mas também assegura uma adequada distribuição dos bens. Na *Riqueza das Nações*, cada indivíduo é levado, mesmo sem ter essa intenção, a contribuir para aumentar, tanto quanto possa, o rendimento anual da sociedade. Na *Teoria dos Sentimentos Morais*, o rico, embora empenhado, só na satisfação de suas ambições e de seus desejos, acaba sendo levado, por 'uma mão invisível, a distribuir os bens essenciais, aproximadamente como seriam distribuídos se a terra tivesse sido dividida em porções iguais entre todos os habitantes'. E ele, insiste Smith,

³⁸ Segundo o autor, a tese prevaleceu graças ao reforço argumentativo de Ricardo. Foi criticada por Robert Malthus, Marx e, finalmente, por Keynes.

³⁹ Na visão de Adam Smith (1777), a diferença entre os custos das nações para produzir um mesmo produto justificaria tanto o investimento da nação produtora, quanto a aquisição pelo país que não havia se especializado, de modo que a divisão internacional e a especialização (de produção) traria um benefício comercial mútuo. De certo modo, rechaçava a intervenção do Estado nos moldes mercantilistas.

‘sem o pretender, sem o saber, age no interesse da sociedade e proporciona os meios para a multiplicação da espécie’ (FARIA; KUNTZ, 2002, p.27).

Com efeito, para Adam Smith (1977), um dos motivos que estimulou a divisão do trabalho e especialização, em última análise, foi a própria natureza humana, ou melhor, a sua propensão natural de transportar, negociar e trocar uma coisa por outra, a fim de atingir um benefício próprio. Entretanto, muito embora seja nutrido por um sentimento egoístico, o autor reconhece que o ser humano está envolto em uma relação de dependência para o desenvolvimento de suas atividades de interesse, de modo que sua atividade tende indiretamente a um bem comum. Neste sentido, é recorrente a menção ao seguinte trecho:

Em quase todas as outras raças de animais, cada indivíduo, quando atinge a maturidade, é inteiramente independente e, em seu estado natural, não tem oportunidade de ajuda de nenhuma outra criatura viva. Mas o homem tem quase sempre oportunidades constantes de ajuda de seus irmãos, e é em vão para ele esperar isso apenas da benevolência deles. Ele terá mais probabilidade de prevalecer se puder interessar o amor-próprio em seu favor e mostrar-lhes que é para sua própria vantagem fazer por ele o que ele exige deles. Quem oferece a outro uma pechincha de qualquer tipo propõe-se a fazê-lo. Dê-me o que eu quero e você terá o que deseja, é o significado de cada oferta; e é dessa maneira que obtemos uns dos outros a maior parte dos bons ofícios de que necessitamos. Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas de sua consideração por seus próprios interesses. Nós nos dirigimos, não à sua humanidade, mas ao seu amor-próprio, e nunca lhes falamos de nossas próprias necessidades, mas de suas vantagens. Ninguém, a não ser um mendigo, escolhe depender principalmente da benevolência de seus concidadãos. Mesmo um mendigo não depende inteiramente disso. A caridade de pessoas bem dispostas, de fato, fornece-lhe todo o dinheiro de sua subsistência. Mas embora este princípio, em última análise, forneça a ele todas as necessidades da vida de que ele tem oportunidade, ele não as fornece nem pode fornecê-las como ele tem oportunidade para elas. A maior parte de suas necessidades ocasionais é suprida da mesma maneira que as de outras pessoas, por tratado, permuta e compra. Com o dinheiro que um homem lhe dá, ele compra comida. As velhas roupas que outro lhe dá, ele troca por outras roupas velhas que lhe caiam melhor, ou por hospedagem, ou por comida, ou por dinheiro, com o qual ele pode comprar comida, roupas ou hospedagem, conforme a ocasião (SMITH, 1977, tradução nossa⁴⁰, p. 31-32).

⁴⁰ No original: "In almost every other race of animals each individual, when it is grown up to maturity, is entirely independent, and in its natural state has occasion for the assistance of no other living creature. But man has almost constant occasion for the help of his brethren, and it is in vain for him to expect it from their benevolence only. He will be more likely to prevail if he can interest their self-love in his favour, and show them that it is for their own advantage to do for him what he requires of them. Whoever offers to another a bargain of any kind, proposes to do this. Give me that which I want, and you shall have this which you want, is the meaning of every such offer; and it is in this manner that we obtain from one another the far greater part of those good offices which we stand in need of. It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages. Nobody but a beggar chooses to depend chiefly upon the benevolence of his fellow-citizens. Even a beggar does not depend upon it entirely. The

Mas, para além dessa constatação, digno de nota o comentário de Leo Huberman (1986), para quem, além da divisão do trabalho e da industrialização ora debatidos, a diversificação de produtores e a expansão dos mercados também seriam fatores de relevância que possibilitaram a transição de um *sistema de produção doméstico ou familiar*, destinado ao mercado local, para o *sistema de produção fabril capitalista*⁴¹, com vistas ao mercado em âmbito internacional.

Por outro lado, a constatação dessa mudança e a descrição do capitalismo enquanto modelo de produção, em si, ainda não seria suficiente para explicar a formação do capitalismo, enquanto ideologia. Neste ponto, digno de nota a tese elaborada pelo sociólogo alemão Max Weber (2004), no início do século XX, no sentido de que, para aceitação e propagação do capitalismo, houve a necessidade de uma mudança profunda de mentalidade, ocorrida no bojo da sociedade cristã ocidental, que permitiu a incorporação do que viriam a ser as principais práticas do capitalismo moderno. Mentalidade esta inicialmente proposta a partir de mudanças de comportamento em relação ao capital e da própria forma de controle social do indivíduo e de suas aspirações. Como exposto pelo autor:

O controle da vida do indivíduo pela Igreja, que nas igrejas calvinistas oficiais se aproximava dos limites da Inquisição, poderia antes agir contra justamente essa libertação das forças individuais decorrentes da aspiração ascética de obter método de salvação, e assim aconteceu em algumas ocasiões. Da mesma forma que a regulamentação mercantilista do Estado poderia gerar indústrias, mas não poderia gerar por si mesma o "espírito" capitalista, que

charity of well-disposed people, indeed, supplies him with the whole fund of his subsistence. But though this principle ultimately provides him with all the necessaries of life which he has occasion for, it neither does nor can provide him with them as he has occasion for them. The greater part of his occasional wants are supplied in the same manner as those of other people, by treaty, by barter, and by purchase. With the money which one man gives him he purchases food. The old clothes which another bestows upon him he exchanges for other old clothes which suit him better, or for lodging, or for food, or for money, with which he can buy either food, clothes, or lodging, as he has occasion."

⁴¹ Pela ótica do autor sintetiza as fases sucessivas da organização industrial nos seguintes termos: 1 - *Sistema familiar (princípio da idade média)*: membros de uma família produzem artigos para consumo próprio, sem interesse no atendimento do mercado; 2 - *Sistema de corporações (durante toda a idade média)*: produção é organizada por mestres artesãos independentes, para atendimento de um mercado pequeno e estável, com auxílio de poucos trabalhadores que possuíam matéria prima e instrumentos de ofício próprios; 3 - *Sistema doméstico (século XVI ao XVIII)*: produção realizada em casa para atendimento de um mercado em crescimento, organizado pelo mestre artesão com ajudantes, semelhante ao sistema de corporações, com uma diferença importante: mestres já não eram independentes, pois, muito embora possuíssem a propriedade sobre os instrumentos, dependiam de um empreendedor para aquisição de matéria prima, que se interpusera entre eles e o consumidor, ou seja, passaram a ser tarefeiros assalariados; 4 - *Sistema fabril (século XIX em diante)*: produção para um mercado instável e em expansão, realizada fora de casa, nos edifícios do empregador e sob rigorosa supervisão, por meio do qual o trabalhador perdeu sua independência, na medida em que não possuía a matéria-prima, tampouco os instrumentos de trabalho, e a habilidade do trabalhador passou a ser secundária em vista da substituição devido ao maior uso de máquinas e maior importância do capital.

expressamente conteve quando aquela regulamentação adotou um caráter autoritário, o mesmo poderia ocorrer com a regulamentação eclesiástica do ascetismo, se este se desenvolvesse com um caráter excessivamente regulador: obrigaria, neste caso, a realizar um determinado comportamento externo, mas refrearia os impulsos subjetivos para um modo de vida metódico (WEBER, 2004, p.191-192, tradução nossa⁴²)

Entretanto, como adverte Weber (2004), essa mudança, apesar de ter seu princípio no campo religioso, ganhou autonomia a partir de uma lógica não religiosa, própria das instituições e estruturas administrativas do Estado moderno, considerado laico – fenômeno este que cunhou como *burocratização*, essencial para a compreensão do Estado moderno e sua relação com a economia.

De certo modo, graças ao estabelecimento de uma ordem jurídica estatal é que se efetivou também uma organização econômica moderna, como exposto alhures pelo autor (WEBER,2002, p. 272, tradução nossa⁴³):

Do ponto de vista puramente "conceitual", o "estado" não é necessário, portanto, para a economia. No entanto, uma ordem econômica de estilo moderno não pode ser realizada sem uma ordem jurídica com características muito particulares, como aquelas que praticamente tornam possível a ordem "estatal". A economia moderna se baseia em probabilidades obtidas por meio de contratos. Não importa o quão longe vá o interesse particular na "legalidade contratual" e os interesses comuns dos proprietários para a

⁴² No original: "El control de la vida del individuo por parte de la Iglesia, que en las iglesias oficiales calvinistas se acercó a los límites de la Inquisición, podía más bien actuar en contra precisamente de esa liberación de las fuerzas individuales proveniente de la aspiración ascética a la obtención metódica de la salvación, y así ocurrió en algunas ocasiones. De igual manera que la reglamentación mercantilista del Estado pudo generar industrias, pero no pudo generar por sí sola el «espíritu» capitalista, al que más bien frenaba expresamente cuando aquella reglamentación adoptaba un carácter autoritario, lo mismo podía suceder con la reglamentación eclesiástica del ascetismo, si ésta se desarrollaba con un carácter excesivamente reglamentista: obligaría en ese caso a llevar una determinada conducta externa, pero frenaría los impulsos subjetivos hacia un modo de vida metódico."

⁴³ No original: "Con todo, un orden económico de estilo moderno no se puede llevar a cabo sin un orden jurídico de características muy particulares, tales como las que prácticamente hacen posible el orden "estatal". La economía moderna descansa sobre probabilidades obtenidas por contratos. Por muy lejos que lleguen el interés particular por la "legalidad contractual" y los intereses comunes de los propietarios por la defensa mutua de su propiedad, y por mucho que la convención y la costumbre determinen actualmente en el mismo sentido a los particulares, sin embargo, el influjo de estos poderes ha perdido extraordinariamente en importancia a causa de la sacudida de la tradición -de un lado por la conmoción de las relaciones establecidas por ella, y por otro por la pérdida de fe en su santidad- y, por otra parte, los intereses de las clases se hallan separados entre sí más que nunca, la aceleración moderna del tráfico económico reclama un derecho de funcionamiento rápido y seguro, garantizado por una fuerza coactiva de la más alta eficacia, y sobre todo, la economía moderna ha destruido por su peculiaridad las demás asociaciones que eran portadoras de derecho y, por tanto, garantía del mismo. :Esta es la obra del desarrollo del mercado. El poderío universal de la sociedad que constituye el mercado demanda, por un lado, un funcionamiento del derecho calculable según reglas racionales. Y por otra, la extensión del mercado, que mostraremos ser una tendencia característica de aquel desarrollo, favorece, en virtud de sus consecuencias inmanentes, el monopolio y reglamentación de toda fuerza coactiva "legítima" por medio de un instituto coactivo universal, destruyendo todas las estructuras coactivas particulares, que descansan, las más de las veces, en monopolios económicos, estamentales o de otra clase."

defesa mútua de sua propriedade, e não importa o quanto a convenção e o costume atualmente definam os indivíduos no mesmo sentido, no entanto, a influência destes poderes perdeu extraordinariamente importância devido ao abalo da tradição – por um lado, pela convulsão das relações por ela estabelecidas, e por outro, pela perda da fé na sua santidade – e, por outro lado, os interesses das classes estão separados uns dos outros mais do que nunca, a moderna aceleração do tráfego econômico exige um direito de operação rápida e segura, garantido por uma força coercitiva da mais alta eficiência, e acima de tudo, a economia moderna destruiu devido à sua peculiaridade, as demais associações que eram portadoras do direito e, portanto, a sua garantia. E este é o trabalho de desenvolvimento de mercado. O poder universal da sociedade que constitui o mercado exige, por um lado, uma operação calculável do direito segundo regras racionais. E por outro lado, a extensão do mercado, que mostraremos ser uma tendência característica desse desenvolvimento, favorece, em virtude de suas consequências imanentes, o monopólio e a regulação de toda força coercitiva "legítima" por meio de um instituto coercitivo universal, destruindo todos estruturas coercitivas particulares, que na maioria das vezes dependem de monopólios econômicos, imobiliários ou outros.

Embora a atividade empresarial já existisse independente do Estado e muito antes da formação do sistema capitalista de produção, foi por meio da racionalização do Estado – isto é, da criação de sistemas jurídicos de proteção da propriedade privada, de instrumentos mais ou menos eficazes que estimulassem uma maior previsibilidade e cálculo de condutas dos atores privados, que garantissem certa autonomia para as relações contratuais entre particulares e a execução desses contratos – aliado à noção de que a ciência deveria servir à técnica e que esse saber tecnológico é instrumento de poder social⁴⁴, ou seja, a utilização da ciência para melhoria de técnicas de produção, que foi possível a condensação e propagação destes valores no estabelecimento de uma *civilização capitalista* (COMPARATO, 2014), isto é, para além dos estreitos limites da sociedade nacional, o compartilhamento de valores capitalistas para formação de uma economia de mercado em nível global.

E, na atualidade, em uma economia de mercado global – calcada nesse sistema de produção capitalista e simultaneamente assume valores do capitalismo –,

⁴⁴ Mas é importante destacar que, para o autor, em outra obra reconhece que para a mundialização humanista, longe de se desprezar a técnica em seu papel insubstituível no processo evolutivo da espécie humana, é preciso aliar ao sentido ético. Como destaca em outra obra: “Enfatiza-se, porém, que a mundialização humanista não significa, de forma alguma, desprezo pelo saber tecnológico, ou o não reconhecimento do seu papel insubstituível no processo evolutivo da espécie humana. Técnica e ética complementam-se, necessariamente, para impulsionar os povos e as civilizações a se unirem. A tecnologia, divorciada da ética, conduz à inevitável fratura da humanidade. A ética, ignorante do saber tecnológico, é ineficiente e vazia. O grande projeto de humanização do mundo exige que a ciência e a técnica sejam finalmente reconhecidas como patrimônio da humanidade, insuscetíveis, portanto, de qualquer tipo de apropriação privada ou estatal.” (COMPARATO, 2006, p. 435).

na qual atuam múltiplos atores sociais, é que se apresenta também a possibilidade da assunção do protagonismo de empresas.

1.4.2 O protagonismo de ETNs na economia de mercado

Na virada do século XXI, a arena econômica e os atores sociais que promovem as relações transnacionais já não são os mesmos – ou, pelo menos, não interagem com as mesmas limitações geográficas, tecnológicas e espaço-temporais que existiam nos séculos anteriores.

O modo como o ser humano interage economicamente no âmbito do mercado – isto é, produz, realiza trocas, transmite informações, organiza os fatores de produção e distribui os resultados – tornou-se mais rápido, impessoal e com consequências muitas vezes globais.

Há processamento de um número cada vez maior e mais complexo de informações, permitida pelo aprimoramento de técnicas de comunicação advindas da chamada terceira revolução industrial (da informática, microeletrônica e telecomunicações), que imprimem uma maior velocidade e compressão do espaço-tempo, com especial repercussão no âmbito do setor financeiro, que por sua vez garantiu uma posição de destaque ao capital no contexto dos mercados financeiros. Nesse tocante, indica Eros Grau (2008, p.271):

O que realmente há de novo na globalização decorre das transformações instaladas pela terceira revolução industrial – revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações - transformações que permitiram a sua reprodução como globalização financeira. Essa é a novidade instalada nos estertores do século passado, que permitiu que o dinheiro deixasse de ser, definitivamente, um mero intermediário na troca entre valores de uso, exercendo uma função própria, como propõe a fórmula de Marx, D-M-D. O que agora se vê, nos mercados financeiros internacionais, é D-D, e não D-M-D; o dinheiro se dobra sobre si mesmo, na esperança "de uma reprodução hermafrodita da riqueza abstrata". 2 Nada além disso.

Como visto, a ideia de sociedade global (de interligação e grande conexão da humanidade) não exclui a existência de múltiplos atores sociais que atuam economicamente de maneira descentralizada – e abre também uma possibilidade de contestação da noção de equilíbrio de mercado, de modo que se torna pertinente a pergunta do como e em qual extensão alguns desses atores sociais, em especial as

ETNs, poderão exercer um papel de protagonismo no contexto dessa nova economia de mercado global.

Por outro lado, esse fenômeno da transferência de protagonismo proporcionada pela globalização, por vezes, também é identificado a partir da adoção de políticas que enfraquecem o poder político do Estado-nação, de modo a reforçar disparidades políticas, econômicas e sociais já existentes. Como pontua Pérez Luño (2007, p.91, tradução nossa⁴⁵),

“Globalização” é o termo que se refere aos atuais processos integradores da economia: financiamento, produção e comercialização. Esses processos de integração e interdependência ocorrem em escala planetária, extrapolando os limites tradicionais estabelecidos pelas fronteiras dos Estados. Portanto, globalização significa realizar os esquemas econômicos do neoliberalismo capitalista. Dentre seus efeitos mais importantes, destacam-se: o transbordamento da capacidade das nações de realizar políticas e / ou controles econômicos a favor de potências internacionais (Fundo Monetário Internacional) ou privadas (empresas e corporações multinacionais); a existência de grandes redes de comunicação que viabilizam atividades financeiras e comerciais em escala planetária; o desequilíbrio e a assimetria do papel dos diferentes Estados nas redes econômicas interconectadas, que determinam a concentração de benefícios nos países do primeiro mundo (globais-ricos), e o correlativo empobrecimento dos países do terceiro mundo (globais-pobres) (Beck, Malem Signo, Walter).

Nesse sentido, como indica José Eduardo Faria (2002), o protagonismo passa a ser assumido não mais pelo Estado, enquanto agente econômico, mas sobretudo pelas ETNs, na medida em que a globalização permitiu a

superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações; a um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substituiu o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação socioeconômica e de regulação político-jurídica; à avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente financeiro; e a formação de uma hierarquia dinâmica

⁴⁵ No original: “La ‘globalización’ es el término con el que se alude a los actuales procesos integradores de la economía: financiación, producción y comercialización. Dichos procesos de integración e interdependencia se producen a escala planetaria, rebasando los límites tradicionales establecidos por las fronteras de los Estados. Por tanto, la globalización supone llevar a cabo los esquemas económicos del neo-liberalismo capitalista. Entre sus efectos más importantes, destacan: el desbordamiento de la capacidad de las naciones para realizar políticas y/o controles económicos en favor de poderes internacionales (Fondo Monetario Internacional) o privados (empresas y corporaciones multinacionales); la existencia de grandes redes de comunicación que posibilitan actividades financieras y comerciales a escala planetaria; el desequilibrio y asimetría del protagonismo de los distintos Estados en las redes económicas interconectadas, lo que determina la concentración de beneficios en los países del primer mundo (global-ricos), y el correlativo empobrecimiento de los países del tercer mundo (global-pobres) (Beck, Malem Seña, Walter).”

de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial (FARIA, 2002, p.61).

Ocorre que, como enaltece Beck (2008), o empresário, a partir da globalização e da libertação progressiva de limitações do Estado-nação (como reconhecido inicialmente por Albrow), aproveita-se de algumas fragilidades do formato jurídico de sua regulamentação para aumentar a rentabilidade de seus negócios sem qualquer preocupação com as consequências sociais, econômicas e ambientais – e, porque não, também de preocupações atuais relacionadas aos Direitos Humanos – a partir da flexibilidade proporcionada pelo modelo atual de ETNs. Nas palavras de Comparato (2006, p.425):

É preciso reconhecer que tudo isso coaduna-se, à perfeição, com as características estruturais da segunda vaga de globalização. Da mesma forma que, ao abrir mão de suas colônias, as antigas potências imperialistas eliminaram os ônus da administração direta desses territórios, de forma análoga a empresa transnacional, ao contrário da multinacional, ficou inteiramente dispensada de enfrentar os eventuais obstáculos legais à sua expansão em outros países. Os vínculos contratuais que unem tais empresas às de outros países são bastante flexíveis, para permitir uma rápida mudança, conforme as conveniências do momento. A atividade das empresas transnacionais é, portanto, tão-só, a de definir estratégias de produção, atuando taticamente para explorar as condições mais vantajosas (ou seja, de menor custo), em matéria de fornecimento, montagem e distribuição de bens ou prestação de serviços, em qualquer país do mundo.

Nesta mesma linha de pensamento, Beck (2008) destaca as seguintes vantagens dos empresários que se utilizam das ETNs: primeiro, possibilidade de exportação de postos de trabalho para os lugares com menores custos de legislação trabalhista e encargos fiscais; segundo, possibilidade de desmanchar produtos e prestação de serviços a partir da repartição do trabalho pelo mundo, o qual, graças às novas técnicas de informação, pode induzir facilmente o consumidor a erro sobre essa estrutura, inclusive com recurso a um rótulo nacional; possibilidade de se aproveitar da competição entre Estados-nacionais (e.g: por investimentos estrangeiros) a fim de conseguir pactos globais com condições impositivas e de infraestrutura mais favoráveis a seus interesses; e, em quarto lugar, a fragmentação da produção global possibilita uma divisão conveniente entre lugar de inversão, de produção, de declaração fiscal e de residência, de modo que poderão escolher o lugar mais atrativo e cumprimento de obrigações onde lhe for menos gravoso.

Aliás, essa lógica de protagonismo de ETNs, no sentido de uma maior flexibilidade, poder de barganha e decisão sobre o destino dos fatores produtivos, apresentada por Beck e outros, se coaduna com uma das justificativas mais elementares para a existência de uma empresa que, segundo Ronald Coase (1937) seria justamente a redução de *custos transacionais* a partir de diferentes arranjos organizacionais e dos fatores produtivos pelo próprio empreendedor.

De certo modo, não seria incorreto assumir que as relações de poder exercidas pelas ETNs buscam principalmente uma consolidação de regras que garantam, a um só tempo, a segurança jurídica para atividade empresarial, e também a redução dos custos. E essa busca pela redução de custos, muitas vezes, traz um grave empasse para Estados-nação que, para evitar se tornar menos atrativo, flexibiliza regras que imponham eventuais custos. Como bem sumariza Marcelo Benacchio (2018a, p. 30)

As relações de poder na globalização econômica são ditadas pelas empresas transnacionais, cujo poderio econômico e político é consolidado e garantido pela imposição de segurança jurídica em suas transações sem consideração dos direitos de grande parte das pessoas nos países em que atuam. Eventual pressão de um Estado, a partir da criação de regras protetivas para seus cidadãos, enquanto expressão de sua soberania, não resolve a situação, pelo contrário, quando muito pode excluí-lo do ciclo produtivo em razão do encerramento das atividades da transnacional em seu território.

Colocado desta forma, o pensamento econômico (sobretudo de eficiência) é empregado a partir de uma lógica *utilitarista formal de maximização de benefícios*, que muitas vezes se choca frontalmente com um sentido ético e jurídico que limita a atividade empresarial no mercado. E compreender esta realidade é essencial para se debater as possíveis formas de regulação jurídica da economia na atualidade.

2 REGULAÇÃO JURÍDICA DA ECONOMIA

2.1 ECONOMIA E DIREITO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Uma das principais indagações deste estudo é se as atividades empresariais desenvolvidas no âmbito do mercado poderiam ser reguladas juridicamente pelo Estado⁴⁶. Para respondê-la é indispensável uma análise sobre a relação existente entre Economia e Direito, visto que é dessa relação que se levanta a hipótese de possibilidade de regulação jurídica da economia.

Em uma reflexão sobre a possível relação entre Economia e Direito, algumas escolas de pensamento buscam entender a interação entre os conceitos jurídicos e econômicos, bem como o alcance e os efeitos da norma jurídica sobre as relações econômicas. Assim, como os estudos dessa linha possibilitaram uma compreensão mais ampla sobre a própria regulação da atividade empresarial, esta seção se destina à explicação do que se entende pelo ramo de estudo *Economia e Direito*⁴⁷ e mais especificamente a *Análise Econômica do Direito (AED)*.

Apesar de a multidisciplinariedade dessas áreas não ser uma proposição nova, o debate sobre a Economia e Direito ganhou notoriedade a partir das reflexões de juristas americanos sobre a economia política e o realismo jurídico⁴⁸, a exemplo de

⁴⁶ A despeito das possíveis divergências semânticas entre os termos *regulação* e *regulamentação*, que são esmiuçadas na seção 2.4, opta-se pelo uso do termo *regulação* ao longo deste estudo sempre em sua acepção mais ampla, atribuída por Calixto Salomão Filho (2001), para se referir a toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja por meio da concessão de serviço público, seja pelo exercício do poder de polícia, uma vez que o Estado ordena ou regula a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos como ao editar regras no exercício do poder de polícia administrativo, por exemplo, ao estabelecer limites para a atividade empresarial privada no âmbito do mercado. Deste modo, importante assinalar que não se limita e nem se refere especificamente ao movimento de transferência de atividades públicas para o setor privado e ao modelo regulatório de “agências”, introduzida na década de 1990, endossado por uma política neoliberal.

⁴⁷ Para Salama (2017) há duas dimensões ou níveis epistemológicos para essa disciplina de “Direito e Economia”: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). A primeira se preocupa com repercussões do Direito sobre os fatos; o segundo se preocupa em estudar se e como as noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização de riqueza e maximização de bem-estar.

⁴⁸ Segundo Salama (2017), o projeto dos realistas (americanos e escandinavos) era de estudar o funcionamento de leis, com recurso a aplicação de ciências sociais, a fim de entender as motivações dos indivíduos envolvidos na prestação jurisdicional e fatores que condicionam a formulação e aplicação do Direito.

Ronald Coase⁴⁹ e Guido Calabresi⁵⁰ – em especial pela crítica de Coase ao estudo de Arthur Cecil Pigou⁵¹ – e posteriormente, também pelos estudos de Richard Posner⁵².

As discussões seminais redundaram na elaboração de disciplina autônoma em diversos cursos de Direito, chamada por vezes de *Direito e Economia*, outras de *Análise Econômica do Direito (AED)*⁵³, cuja ideia central seria de empregar a Economia como ciência instrumental e enquanto um dos possíveis métodos de análise para solução de questões jurídicas⁵⁴ (SALAMA, 2017).

Impende notar que os estudos relacionados à Economia e Direito não se confundem com a matéria Direito Econômico. O Direito Econômico busca, de modo geral, estabelecer o regramento para as atividades econômicas, com atenção tanto às instituições relacionadas à macroeconomia – a exemplo do banco e moeda, controle do comércio exterior e de empresas privadas prestadoras de serviços de utilidade pública, do regramento de profissões, da concorrência, etc. – quanto de microeconomia, enquanto resultados e implicações metaindividuais das atividades econômicas⁵⁵. A Economia e Direito, para além de compreender os instrumentos de

⁴⁹ A exemplo das obras: 1 – COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica, New Series*, Vol. 4, No. 16, Published by Wiley on behalf of The London School of Economics and Political Science and The Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines, p. 386-405, Nov./1937; 2 - COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Law & Economics*, vol. III. Published by the University of Chicago Press, p. 1- 44, October/1960.

⁵⁰ A exemplo da obra: CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral. *Harvard Law Review*, vol. 85, n. 6, April/1972.

⁵¹ Como esclarecem Sayeg e Balera (2011, p.120 - 121): “No entanto, segundo Brue, os teóricos conhecidos como economistas do bem-estar social — sendo Arthur Cecil Pigou o mais proeminente entre eles — entendiam que seria tarefa do governo igualar os respectivos custos e benefícios marginais públicos, defendendo assim uma economia capitalista de Estado. Esse capitalismo de Estado fundamenta o Estado-providência ou do bem-estar social — o famoso *Welfare State* —, que pratica o dirigismo econômico governamental para atuar artificialmente no mercado, compensando ou corrigindo as externalidades negativas mediante tributação, subsídios ou controle legal. Como não poderia deixar de ser, tais ideias provocaram reação por parte dos defensores da economia de mercado — por conseguinte, do capitalismo liberal, promotor do neoliberalismo econômico. Em 1959, como narra Brue, o Nobel de Economia de 1991 Ronald Coase publicou um artigo confrontando as análises de Pigou sobre as externalidades e indicando que o papel do governo deveria se restringir a definir os direitos de propriedade e reduzir os custos de transação.”

⁵² Sobre os autores, digno de nota a formação eclética que possibilitou a leitura para além da hermenêutica jurídica tradicional, fato esse destacado por Salama (2017, p.20): “Posner, não possui formação como economista (estudou Letras e depois Direito); um deles, Coase, não tem formação jurídica (só econômica); somente os dois últimos (Calabresi e Manne) possuem treinamento formal tanto em Economia quanto em Direito.”

⁵³ No original, seria Law and Economics, Economic Analysis of Law.

⁵⁴ Inicialmente temas relacionados a antitruste, regulação de mercados, cálculo de danos monetários e, depois, propriedade, contratos, responsabilidade civil e penal, direito societário, e demais áreas do direito.

⁵⁵ Importante ressaltar que, embora se tenha dado destaque para macroeconomia, o Direito Econômico não é alheio à microeconomia. Como esclarece Sayeg e Balera (2011, p.148-149): “Sendo a economia — considerada em seu todo — objeto do Direito Econômico, esse ramo do direito compreende a integralidade das questões júris-econômicas, seja a economia normativa, que inclui a doutrina e a

análise do Direito Econômico, busca a aplicação desses instrumentos para as demais relações jurídicas pulverizadas nas diversas áreas do Direito – a noção de que, por exemplo, um instituto de Direito Civil relacionado à propriedade, ignorado pelo Direito Econômico, como a usucapião ou cláusula de reserva de domínio, não deixa de ser, em si, uma norma jurídica passível de uma análise econômica em razão de suas repercussões econômicas (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Segundo Salama (2017), desse movimento difuso rotulado de Economia e Direito, formaram-se escolas de pensamento mais específicas, como a reconhecida Escola de Chicago⁵⁶, a Escola de New Haven, a Escola Austríaca⁵⁷, a Escola Institucionalista e a Escola Neo-Institucionalista, bem como algumas interpretações ecléticas como: Direito, Economia e Desenvolvimento; a Teoria dos Jogos aplicada ao Direito; o Direito e Economia Comparado; o Direito e Economia Experimental; Direito, Economia e Antropologia; e o Direito e Economia Comportamental.

A abordagem do Direito por meio da leitura econômica, principalmente pela AED, foi importante no contexto acadêmico e jurídico norte-americano pois, como esclarecem Cooter e Ulen (2016), incorporaram aspectos culturais prevaletentes no mundo dos negócios, notadamente em ETNs e grandes escritórios de advocacia. Segundo essa linha de pensamento, a aplicação dos princípios da Economia – apostando-se mais na eficiência econômica e menos em mecanismos redistributivos diretos considerados ineficientes – favoreceriam a sociedade como um todo⁵⁸.

política econômica, seja a positiva, que abrange a análise econômica e a economia aplicada. Em poucas palavras, o Direito Econômico compreende a macroeconomia e a microeconomia — âmbitos em que se divide a própria economia. A macroeconomia é o regime geral e o comportamento do sistema econômico; a microeconomia, os resultados e implicações metaindividuais das atividades econômicas. Não se acolhem, pois, tentativas de conceituação do Direito Econômico que desconsiderem a economia na sua integralidade.”

⁵⁶ A exemplo de George Stigler, Milton Friedman.

⁵⁷ A exemplo de Carl Menger, Ludwig von Mises, Friedrich Hayek.

⁵⁸ Como exposto por Cooter e Ulen (2016, p.7): “We explained that economists are experts on two policy values—efficiency and distribution. The stakes in most legal disputes have monetary value. Deciding a legal dispute almost always involves allocating the stakes between the parties. The decision about how much of the stakes each party gets creates incentives for future behavior, not just for the parties to this dispute but also for everyone who is similarly situated. In this book we use these incentive effects to make predictions about the consequences of legal decisions, policies, rules, and institutions. In evaluating these consequences, we will focus on efficiency rather than distribution. Why? By making a rule, the division of the stakes in a legal dispute affects all similarly situated people. If a plaintiff in a case is a consumer of a particular good, an investor in a particular stock, or the driver of a car, then a decision for the plaintiff may benefit everyone who consumes this good, invests in this stock, or drives a car. Most proponents of income redistribution, however, have something else in mind. Instead of contemplating distribution to consumers, investors, or drivers, advocates of income redistribution usually target social groups, such as the poor, women, or minorities. Some people passionately advocate government redistribution of income by class, gender, or race for the sake of social justice. A possible way to pursue redistribution is through private law—the law of property, contracts, and torts. According to this

De fato, como indica Renata Mota Maciel (2018), as discussões no âmbito da Escola de Chicago e de Harvard tiveram grande importância especificamente para o cenário do Direito Concorrencial, muito embora se deva reconhecer, com esteio nos estudos de Herbert Hovenkamp, que qualquer discussão relacionada à regulação da atividade econômica acaba por ser afetada por ideologias, na medida em que a própria Economia é uma ciência ideológica⁵⁹.

Ainda, importante ter em mente que essas distinções (apresentadas sobre Escolas ou linhas de pensamento) servem enquanto registros didáticos e que dificilmente representam posicionamentos estanques, uma vez que os próprios autores, na atualidade, já mudaram seus pensamentos ou amadureceram conceitos a partir do debate – embora certos traços ou elementos comuns, que importam para a presente análise, possam ser identificados e atribuídos a essas teorias⁶⁰ (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005).

philosophy, courts should interpret or make private laws to redistribute income to deserving groups of people. For example, if consumers are poorer on average than investors, then courts should interpret liability rules to favor consumers and disfavor corporations. This book rejects the redistributive approach to private law. Pursuing redistributive goals is an exceptional use of private law that special circumstances may justify but that ought not be the usual use of private law. Here is why. Like the rest of the population, economists disagree among themselves about redistributive ends. However, economists generally agree about redistributive *means*. By avoiding waste, efficient redistribution benefits everyone relative to inefficient redistribution. By avoiding waste, efficient distribution also builds support for redistribution. For example, people are more likely to donate to a charitable organization that efficiently redistributes income than to one that spends most of its revenue on administration.”

⁵⁹ Nas precisas palavras de Renata Mota Maciel (2018, p. 110): “Para a Escola de Chicago, com destaque para a visão de Robert H. Bork, as leis antitruste foram projetadas para aumentar a eficiência da economia americana. Definiam eficiência econômica, por sua vez, como meio para propiciar condições de maximização da riqueza, o que seria sinônimo de bem-estar do consumidor – único interesse legítimo da lei antitruste, ou seja, custos mais baixos, preços reduzidos e maior produção de produtos e serviços desejados pelos consumidores. Assim, eficiência e, sobretudo, eficiência alocativa, tornam-se conceitos de ordem no cenário antitruste, como se as condutas dos agentes pudessem ser previamente consideradas, porque racionais e voltadas exclusivamente à maximização do lucro. O protagonismo da Escola de Chicago, no entanto, suscitou controvérsias tanto na área política como na academia, como se pode ilustrar com as divergências teóricas, sobretudo com a Escola de Harvard, mas, também com Escola de Columbia, valendo o alerta de Herbert Hovenkamp, no sentido de que qualquer discussão sobre a relação entre leis econômicas e antitruste acabam afetadas por ideologias, isso porque Economia é uma ciência ideológica, assim como o antitruste é uma área da lei ideológica e altamente política.”

⁶⁰ Como destacam Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2005, p.4-5): “O reconhecimento da contribuição de três autores contemporâneos — Ronald Coase, Oliver Williamson e Douglass North — é o ponto de partida, com o qual se visa a evitar as armadilhas de debates entre escolas de pensamento já ultrapassado ou não pertinentes ao nosso objetivo. Esses três autores influenciaram a maneira como se desenvolve a teoria (por alguns considerada um movimento) denominada Law and Economics, que passaremos a designar como Análise Econômica do Direito, seguindo sugestão do próprio Williamson e de Posner, em uma das suas raras posições convergentes. Em tempo recente, Williamson ampliou o debate introduzindo as Organizações como o terceiro pilar a dar suporte ao debate interdisciplinar, o que ainda causa certo desconforto no meio acadêmico, uma vez que o significado da Economia das Organizações (como preferimos denominar, em vez de Economia de Empresas) é muito limitado, embora os departamentos de Economia Aplicada e de Administração devessem ter familiaridade com o conceito. Certo é que o estudo das organizações é parte fundamental do desenvolvimento teórico

Assim, para compreensão dessa linha de pensamento, um dos primeiros elementos a ser compreendido é a própria concepção de mercado, enquanto instituição jurídica. Em uma economia de mercado, os bens e serviços, na qualidade de *recursos finitos ou escassos*, são distribuídos desigualmente, a partir da atuação de diversos agentes econômicos que se mobilizam para atendimento de suas próprias necessidades, segundo uma conformação de interesses privados e públicos distintos. Essa compreensão é bem sintetizada nos seguintes termos:

Mercado é a designação económica para um arranjo institucional que determina a utilização de um determinado recurso através da livre negociação entre os que o detêm (*oferta: potenciais vendedores*) e os que estão interessados em utilizá-lo (*procura: potenciais compradores*). Na ausência de coação, os potenciais compradores só podem ter acesso ao recurso convencendo os potenciais vendedores a cedê-lo. Para isso, os compradores têm que incorrer no sacrifício de ceder aos vendedores algo que estes aceitem em troca do recurso que detêm: isto é, os compradores têm que pagar um *preço* (RODRIGUES, 2016, p.16).

Robert Cooter e Thomas Ulen (2016) indicam que, para uma compreensão daquele comportamento no âmbito do mercado (e.g: relação entre compradores/vendedores), há uma assunção feita pelos economistas de que os diversos atores econômicos buscam a *maximização de benefícios*, em qualquer contexto – por exemplo: consumidores (felicidade/satisfação), empresas (lucro); políticos (voto); administração pública (receita); caridade (bem estar-social), etc. –, bem como a assunção de que esses diversos interesses são acomodados em um ponto de *equilíbrio no mercado*⁶¹, de acordo com um determinado padrão de *eficiência*.

atual na área de análise das combinações estratégicas de produtores privados. A Economia Neoclássica, por enfatizar os mercados, ignorou os incentivos econômicos das organizações, deixando aberto um vasto campo para pesquisa e aplicação prática.”

⁶¹ Que, segundo Salama (2017, p. 32) seria “o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Suponha, no exemplo que utilizamos alguns parágrafos acima, que haja não uma, mas duas empresas de transporte aéreo. Acidentes nos voos da empresa A causam um aumento da percepção de risco por consumidores, o que reduz a procura de passagens aéreas tanto nos voos da empresa A quanto naqueles da empresa B. Até que ponto a empresa A investirá em lobby para que o governo faça melhorias nos aeroportos? Isso dependerá, dentre outras coisas, das expectativas da empresa A sobre quanto a empresa B investirá em lobby. Os investimentos em lobby das empresas A e B resultarão da maximização racional das duas empresas, e este resultado é, portanto, um equilíbrio. A disciplina de Direito e Economia ajuda a entender os equilíbrios que surgem nos mercados, nas eleições, nos jogos competitivos, nos esforços de produção em equipe, etc. A seguir, considere também que os acidentes estejam arranhando a imagem dos políticos. Como isso poderá afetar a disposição do governo de investir na melhoria dos aeroportos? Como afetar a legislação sobre a responsabilização penal e administrativa das empresas de transporte aéreo e de seus funcionários? Os investimentos públicos efetivamente realizados, e a formatação da legislação que regula o setor aéreo, serão os equilíbrios que surgem quando as

Esses princípios são seguidos como base para as formulações teóricas específicas dos autores que lidam com a economia em sua forma instrumental em busca de modelos mais ou menos gerais e práticos, partindo de um pressuposto comum, que seria o *individualismo metodológico*, ou seja, a assunção de que comportamentos coletivos – e aqui, inclusive por parte de Estados e ETNs – são analisados como resultado de um conjunto de escolhas individuais, realizadas por agentes que atuam de forma racional (RODRIGUES, 2016). No entanto, destaca-se que, por essa ótica, atuar de forma racional não seria o mesmo que ser racional⁶².

Aliás, para Posner (2014) o conceito do homem enquanto maximizador de benefícios em seu próprio interesse e que responde a incentivos externos – que não deixa de ter inspiração na filosofia do utilitarismo de Jeremy Bentham – propicia três fundamentos para a economia: o primeiro, a *lei da demanda* (também conhecida como lei da oferta e procura), estabelece que há uma relação inversa entre preço cobrado e a quantidade demandada⁶³; o segundo, de *maximização de utilidade* (ou benefício)⁶⁴, indica que o benefício será determinado de acordo com interesse de cada indivíduo; o terceiro é de que, caso não haja qualquer coerção em mercado, os recursos tendem a gravitar em torno dos seus *usos mais valiosos*.

empresas estão tentando maximizar seus lucros, os consumidores estão tentando maximizar seu bem-estar e os políticos estão tentando maximizar seus votos.”

⁶² Como esclarece Vasco Rodrigues (2016, p. 12): “Vale a pena, por fim, salientar que o pressuposto que estamos a assumir é que os agentes económicos “atuam de forma racional”, não que os agentes económicos “são racionais”. O pressuposto diz respeito ao comportamento e não especificamente aos processos mentais que o originam. Aliás, um argumento frequentemente invocado pelos economistas é o de que, embora cada indivíduo possa não decidir de forma explicitamente racional, o comportamento racional pode surgir como resultado de processos de aprendizagem e seleção na interação social. Por exemplo, os economistas tendem a admitir que, embora cada empresa possa não estar especificamente determinada em conseguir o máximo lucro, ao longo do tempo as empresas cujo comportamento é mais consentâneo com esse desiderato tendem a prosperar e crescer enquanto as que dele se desviam tendem a perder a importância e desaparecer. Por isso, o comportamento coletivo das empresas tenderia a ser semelhante ao que resultaria da maximização deliberada do lucro.”

⁶³ Assume que a redução da disponibilidade do produto gera aumento do preço e que o indivíduo racional tentará substituir por produto similar por menor preço.

⁶⁴ Sobre a maximização de benefícios, um importante esclarecimento feito por Posner, é que não pode ser reduzido ao valor monetário, embora muitas vezes seja expresso por ele. Como expõe o autor: “This discussion of cost may help dispel one of the most tenacious fallacies about economics — that it is about money. On the contrary, it is about resource use, money being merely a claim on resources. The economist distinguishes between transactions that affect the use of resources, whether or not money changes hands, and purely pecuniary transactions — transfer payments. Housework is an economic activity, even if the houseworker is a spouse who does not receive pecuniary compensation; it involves cost — primarily the opportunity cost of the houseworker’s time. In contrast, the transfer by taxation of \$1,000 from me to a poor (or to a rich) person would be, in itself, and regardless of its effects on his and my incentives, the (other) costs of implementing it, or any possible differences in the value of a dollar to us, costless; it would consume no resources. It would diminish my purchasing power, but it would increase the recipient’s by the same amount. Put differently, it would be a private cost but not a social cost. A social cost diminishes the wealth of society; a private cost merely rearranges that wealth.” (POSNER, 2014, p. 6-7).

Esse último ponto da compreensão de Posner merece destaque, uma vez que recebeu críticas (e, de certa forma, ainda recebe), desde a primeira edição de sua obra⁶⁵. Vale mencionar algumas considerações de C. Edwin Baker, que foi um dos primeiros autores a acusar a concepção econômica de Posner de tendenciosamente favorecer pessoas de grupos econômicos mais fortes⁶⁶.

Mas, se por um lado a questão da distribuição é deixada de lado, por outro, um dos princípios que ganha maior destaque por essa ótica é a *eficiência*. A noção de eficiência, grosso modo, pode ser sintetizada pela frase *produzir mais, com menos* que, em termos econômicos, seria um processo de produção, a partir do qual, segundo Cooter e Ulen, cumpra-se uma das seguintes condições: “1) não for possível produzir a mesma quantidade de produto usando uma combinação de insumos de menor custo, ou 2) não é possível produzir mais *outputs* (saídas de recursos já aprimorados) usando a mesma combinação de *inputs* (entrada de recursos que serão aprimorados).”(COOTER; ULEN, 2016, p.13, tradução nossa⁶⁷)

⁶⁵ Nesse sentido, Salama (2016) indica as severas críticas realizadas, inclusive pelo jurista americano Ronald Dworkin. Como esclarece Salama (p.40-41) “A maximização de riqueza como fundação ética para o Direito é uma tese radical. Richard Posner formulou-a em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970,74 e posteriormente, em 1983, consolidou os escritos em um livro cujo título é bastante sugestivo, “A Economia da Justiça” (“The Economics of Justice”). Dizer-se que a tese de Posner causou polêmica seria dourar a pílula; a tese foi verdadeiramente explosiva, e gerou uma furiosa reação vinda de diversos cantos. É bem verdade que esta discussão passou quase despercebida no Brasil, e o porquê disso aqui não vem ao caso. O fato é que a crítica expôs uma série de deficiências da tese de Posner, levando-o a posteriormente rever seu posicionamento. Já no início dos anos 1990, Posner havia abandonado definitivamente a ideia de que a maximização de riqueza pudesse ser fundacional ao Direito. Desde então, Posner publicou vasta obra atribuindo um papel mais discreto à maximização de riqueza e defendendo o pragmatismo jurídico. Assim, esta versão a que aqui denominamos de ‘fundacional’ perdeu força, embora outros destacados autores – notadamente Louis Kaplow e Steven Shavell – insistam em defendê-la, ou pelo menos em defendê-la no contexto de uma democracia firmemente estabelecida como aquela dos Estados Unidos.

⁶⁶ Como sumarizado por Baker (1975, p. 9-10): “Posner’s Approach: I. Favors the claimant of the right whose use is productive over one whose use is consumptive. II. Favors the rich claimant whose use is consumptive over the poor claimant whose use is consumptive. And from these propositions, the following corollaries could be formulated: A. As general matter, the rich are favored directly by proposition II and indirectly by Proposition I to the extent that the rich own a disproportionate share of the productive assets, or, more strictly, to the extent that the rich are more likely to be willing and able to buy a right for productive use. B. A person favored in a previous case is progressively more likely to be favored in the next case because: a. if he wants a right for consumptive use, he will be richer because of a previous grant, and because he is richer, the right claimed will be more valuable to him. (Follows from Proposition II above). b. given that the rich are more likely to want a right for productive use (see A above), the one who is richer because of a previous gain will be the one more likely to claim the right for productive use, and thus will be favored by the effect of Proposition I. c. if a party’s gain of a claimed right in a previous case had the effect of making his productive resources (e.g labor) more valuable to him, then a right not to have his productive resources interfered with or damaged would be more valuable to him because of the previous gain.”

⁶⁷ No original: “A production process is said to be productively efficient if either of two conditions holds: 1. It is not possible to produce the same amount of output using a lower-cost combination of inputs, or 2. It is not possible to produce more output using the same combination of inputs.”

Além disso, é importante lembrar que a maior parte dos modelos econômicos e estudos comportamentais que se utilizam do conceito de *eficiência*, como regra, partem dos modelos apresentados por Vilfredo Pareto (1848 -1923), aperfeiçoados por Nicholas Kaldor (1908-1986) e John Hicks (1904 -1989). Nesse sentido vale, ainda que em apertada síntese, a seguinte compreensão sobre esses modelos, apresentada por Marcelo Benacchio e Liziane Parreira (2012, p.186-187):

A eficiência da perspectiva econômica é a advinda de Vilfredo Pareto, economista e sociólogo italiano, segundo a qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a de outro agente. Essa situação é denominada “Ótimo de Pareto”. Agora no “Pareto superior” existe a melhoria da situação, mas sem diminuir a situação do outro. Quando o Estado alcança a situação de “Pareto ótimo” a distribuição de recursos entre os agentes está equilibrada de tal maneira que se for alterada prejudicará todos. Em oposição à eficiência de Pareto tem-se o critério de Kaldor-Hicks, também conhecido como maximização do bem-estar, segundo o qual os agentes econômicos devem estar interessados na concretização da melhoria, mesmo que tiverem que pagar compensação para conseguir o assentimento dos prejudicados. Esse critério é frequentemente utilizado por Richard Posner.

No entanto, antes mesmo dos estudos de Richard Posner, e de certa forma um dos principais estudos no qual o autor se baseia, é a proposição sobre custos relacionados a externalidades de relações jurídicas por Ronald Coase, a partir do famoso “Teorema de Coase”. Segundo o teorema, assumindo condições ideais de mercado e sem interferências do Estado que impliquem em custos adicionais às partes, é mais vantajoso para empresas que sofram algum prejuízo pelas atividades recíprocas buscarem, por meio de uma negociação entre elas, uma solução que maximize o ganho para ambas, independente de quem, inicialmente, possuía uma proteção jurídica para sua conduta⁶⁸.

Por outro lado, para além do modelo de racionalidade do indivíduo, também há o exemplo da Economia Comportamental, que busca uma ampliação da leitura econômica a partir da psicologia sobre o comportamento humano. A hipótese aventada é de que os agentes não se comportariam de forma racional em todas as

⁶⁸ Nas palavras do autor: “É necessário saber se a empresa lesiva é responsável ou não pelos danos causados, pois sem o estabelecimento dessa delimitação inicial de direitos não pode haver transações de mercado para transferi-los e recombiná-los. Mas o resultado final (que maximiza o valor da produção) é independente da posição legal se o sistema de preços funcionar sem custos.” (COASE, 1960, p.8, tradução nossa). No original: “It is necessary to know whether the damaging business is liable or not for damage caused since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer and recombine them. But the ultimate result (which maximises the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost.”

situações – por exemplo, situações envolvam risco e incerteza – tomando, por vezes, decisões possivelmente prejudiciais (não racionais), de modo que o Direito, nesse contexto, surgiria como uma forma de proteção do indivíduo contra sua própria irracionalidade⁶⁹. Consoante esclarece um dos primeiros autores a sugerir essa linha de estudo, Gary S. Becker:

A abordagem econômica claramente não se restringe a bens e necessidades materiais, nem mesmo ao mercado. Preços, sejam eles monetários de mercado ou os preços "sombra" do setor não mercantil, medem o custo de oportunidade do uso de recursos escassos, e a abordagem econômica prevê o mesmo tipo de resposta aos preços sombra e aos preços de mercado. Considere, por exemplo, uma pessoa cujo único recurso escasso é sua quantidade limitada de tempo. Este tempo é usado para produzir várias mercadorias que entram em sua função de preferência, com o objetivo de maximizar a utilidade. Mesmo sem um setor de mercado, seja direta ou indiretamente, cada mercadoria tem um preço marginal "sombra" relevante, a saber, o tempo necessário para produzir uma variação unitária naquela mercadoria; em equilíbrio, a proporção desses preços deve ser igual à proporção das utilidades marginais. Mais importante, um aumento no preço relativo de qualquer mercadoria – por exemplo, um aumento no tempo necessário para produzir uma unidade dessa mercadoria – tenderia a reduzir o consumo dessa mercadoria. A abordagem econômica não pressupõe que todos os participantes em qualquer mercado tenham necessariamente informações completas ou se envolvam em transações sem custos. Informações incompletas ou transações caras não devem, entretanto, ser confundidas com comportamento irracional ou volátil. A abordagem econômica desenvolveu uma teoria do acúmulo ideal ou racional de informações caras que implica, por exemplo, maior investimento em informação ao tomar decisões importantes do que tomaria para decisões de menor importância – a compra de uma casa ou a entrada no casamento versus a compra de um sofá ou pão. A suposição de que a informação é muitas vezes seriamente incompleta porque é caro para adquiri-la é usada na abordagem econômica para explicar o mesmo tipo de comportamento que é explicado por comportamento irracional e volátil, ou comportamento tradicional, ou comportamento "não racional" em outras discussões. (BECKER, 1976, p.6-7, tradução nossa⁷⁰).

⁶⁹ Sobre essa corrente, esclarece Gustavo Binenbojm (2016, p. 158): “De parte disso, a chamada economia comportamental (*behavioral economics*) sustenta que deva haver regulação em determinadas situações – sobretudo naquelas que envolvam risco e incerteza – nas quais os agentes não se comportam de forma racional. Trata-se de uma área de fronteira do conhecimento, que envolve economia, psicologia e neurologia, que tem se dedicado a investigar as circunstâncias em que o indivíduo diverge do comportamento racional. Como se verá, o modelo de ação humana típico da economia comportamental é o da heurística, caracterizado por raciocínios rápidos, semi-intuitivos e influenciados por impulsos e emoções. As escolhas realizadas em heurística seriam especialmente propensas a erros de diagnóstico e de prognóstico, justificando alguma espécie de regulação estatal como forma de proteger os indivíduos contra sua própria irracionalidade (correção de falhas de escolha).”

⁷⁰ No original: “The economic approach is clearly not restricted to material goods and wants, nor even to the market sector. Prices, be they the money prices of the market sector or the "shadow" imputed prices of the nonmarket sector measure the opportunity cost of using scarce resources, and the economic approach predicts the same kind of response to shadow prices as to market prices. Consider, for example, a person whose only scarce resource is his limited amount of time. This time is used to produce various commodities that enter his preference function, the aim being to maximize utility. Even without a market sector, either directly or indirectly, each commodity has a relevant marginal "shadow" price, namely, the time required to produce a unit change in that commodity; in equilibrium, the ratio of

Essa compreensão gerou – e ainda gera – certa resistência no meio acadêmico⁷¹, uma vez que possibilita leituras econômicas de mercado sobre questões morais, íntimas e éticas, a exemplo de temas como casamento e crime, isto é, o emprego da lógica e do método da economia para analisar escolhas realizadas em relações da vida da pessoa, como a escolha pelo estado de solteiro ou a prática delitiva (até que ponto seria economicamente vantajoso/desejável delinquir? Até que ponto seria economicamente vantajoso/desejável casar?). De certa forma, em seus estudos, Becker (1973⁷²;1976) busca a compreensão desses temas como se mercado fosse.

Outro estudo seminal relevante foi o elaborado por Guido Calabresi em conjunto com Douglas Melamed (1972). A partir de um artigo que mais ficou conhecido pela analogia com uma catedral⁷³, o autor busca explorar uma visão econômica do

these prices must equal the ratio of the marginal utilities.⁸ Most importantly, an increase in the relative price of any commodity—i.e., an increase in the time required to produce a unit of that commodity—would tend to reduce the consumption of that commodity. The economic approach does not assume that all participants in any market necessarily have complete information or engage in costless transactions. Incomplete information or costly transactions should not, however, be confused with irrational or volatile behavior. The economic approach has developed a theory of the optimal or rational accumulation of costly information that implies, for example, greater investment in information when undertaking major than minor decisions—the purchase of a house or entrance into marriage versus the purchase of a sofa or bread. The assumption that information is often seriously incomplete because it is costly to acquire is used in the economic approach to explain the same kind of behavior that is explained by irrational and volatile behavior, or traditional behavior, or “nonrational” behavior in other discussions.

⁷¹ Neste sentido, por exemplo, Sandel (2012).

⁷² Neste caso, o objetivo do autor era aplicar a lógica de mercado para a escolha de parceiros para casamento, considerados a partir cálculos de benefício referenciados em atributos pessoais específicos. Como indicado pelo autor: “The two basic assumptions are that each person tries to do as well as possible and that the “marriage market” is in equilibrium. With the aid of several additional simplifying assumptions, I derive a number of significant implications about behavior in this market. For example, the gain to a man and woman from marrying compared to remaining single is shown to depend positively on their incomes, human capital, and relative difference in wage rates. The theory also implies that men differing in physical capital, education or intelligence (aside from their effects on wage rates), height, race, or many other traits will tend to marry women with like values of these traits, whereas the correlation between mates for wage rates or for traits of men and women that are close substitutes in household production will tend to be negative. The theory does not take the division of output between mates as given, but rather derives it from the nature of the marriage market equilibrium. The division is determined here, as in other markets, by marginal productivities, and these are affected by the human and physical capital of different persons, sex ratios (that is, the relative numbers of men and women), and some other variables” (BECKER,1973).

⁷³ Inspirado em uma coleção de pinturas feitas por Claude Monet tendo por objeto a Catedral de Rouen, o autor indica que a sua análise acadêmica é tão somente uma das diversas formas subjetivas de se compreender o tema, que deve ser visto a partir de um olhar mais amplo, de uma estrutura. Ou, nas próprias palavras de Guido Calabresi e Melamed (1972): “This article has attempted to demonstrate how a wide variety of legal problems can usefully be approached in terms of a specific framework. Framework or model building has two shortcomings. The first is that models can be mistaken for the total view of phenomena, like legal relationships, which are too complex to be painted in any one picture. The second is that models generate boxes into which one then feels compelled to force situations which do not truly fit. There are, however, compensating advantages. Legal scholars, precisely because they have tended to eschew model building, have often proceeded in an ad hoc way, looking at cases and

direito, segundo a qual um determinado interesse poderá ser protegido a partir de vários graus de proteção do direito (*regras de propriedade, regras de responsabilidade civil, e direitos inalienáveis*⁷⁴) – as primeiras, inicialmente, passíveis de transação, e a último, não – , cuja titularidade⁷⁵ será definida por meio de certos critérios eleitos pela sociedade, dentre os quais enumera a *eficiência econômica, preferências distributivas*⁷⁶ e, em uma categoria mais genérica, *outras considerações de justiça* .

Uma das conclusões do autor é de que, independentemente da forma como se define a proteção jurídica a um determinado bem como expressão da escolha/preferências de uma determinada sociedade – ainda que o Estado deseje a sua redistribuição ou defina de outro modo o seu grau de proteção – os custos dos bens tutelados seriam relevantes e a sociedade poderia dar uma solução diversa ou tratá-lo com os mesmos efeitos equivalentes à da proteção jurídica mais rígida. Como colocado por Calabresi e Melamed (1972, p. 1101-1102, tradução nossa⁷⁷):

Vimos que o direito a um bem ou a seu inverso é essencialmente inevitável. Ou temos o direito ao silêncio ou o direito de fazer barulho em um determinado conjunto de circunstâncias. Ou temos o direito à nossa propriedade ou corpo ou o direito de compartilhar a propriedade ou corpo de

seeing what categories emerged. But this approach also affords only one view of the Cathedral. It may neglect some relationships among the problems involved in the cases which model building can perceive, precisely because it does generate boxes, or categories. The framework we have employed may be applied in many different areas of the law. We think its application facilitated perceiving and defining an additional resolution of the problem of pollution. As such we believe the painting to be well worth the oils.”

⁷⁴ Forma de proteção para grupo de direitos considerados básicos para promoção de bem estar em sociedade, a partir do critério distributivo, e que, em tese, não poderiam ser transacionados.

⁷⁵ No original, o autor emprega a palavra *entitlement*, no sentido de ter a capacidade ou o mérito de exercer um direito.

⁷⁶ O autor entende que igualdade de pessoas jamais poderá ser atingida, de modo que cabe a sociedade selecionar quais os critérios para destinação de bens e serviços a partir de critérios de desigualdade.

⁷⁷ No original: “We have seen that an entitlement to a good or to its converse is essentially inevitable. We either are entitled to have silence or entitled to make noise in a given set of circumstances. We either have the right to our own property or body or the right to share others property or bodies. We may buy or sell ourselves into the opposite position, but we must start somewhere. Under these circumstances, a society which prefers people to have silence, or own property, or have bodily integrity, but which does not hold the grounds for its preference to be sufficiently strong to justify overriding contrary preferences by individuals, will give such entitlements according to the collective preference, even though it will allow them to be sold thereafter. Whenever transactions to sell or buy entitlements are very expensive, such an initial entitlement decision will be nearly as effective in assuring that individuals will have the merit good as would be making the entitlement inalienable. Since coercion is inherent because of the fact that a good cannot practically be bought or sold, a society can choose only whether to make an individual have the good, by giving it to him, or to prevent him from getting it by giving him money instead. In such circumstances society will pick the entitlement it deems favorable to the general welfare and not worry about coercion or alienability; it has increased the chances that individuals will have a particular good without increasing the degree of coercion imposed on individuals. A common example of this may occur where the good involved is the present certainty of being able to buy a future benefit and where a futures market in that good is too expensive to be feasible.”

outros. Podemos comprar ou nos vender na posição oposta, mas devemos começar por algum lado. Nessas circunstâncias, uma sociedade que prefere que as pessoas tenham silêncio, ou propriedade, ou integridade corporal, mas que não defenda essa preferência de maneira suficiente para reverter a preferência individual, concederá tais direitos de acordo com a preferência coletiva, ainda que isso permita a venda desses direitos depois. Sempre que as transações para vender ou comprar direitos forem muito caras, tal decisão inicial sobre a atribuição de direitos será quase tão eficaz para garantir que os indivíduos terão o bem de mérito⁷⁸ quanto aquela que tornaria o direito inalienável. Uma vez que a coerção é inerente ao fato de que um bem não pode ser comprado ou vendido, uma sociedade poderá apenas escolher se quer fazer um indivíduo ter o bem, dando-lhe diretamente, ou, ao impedir de recebe-lo, dando-lhe dinheiro em substituição. Em tais circunstâncias, a sociedade escolherá o direito que julgar favorável ao bem-estar geral e não se preocupará com a coerção ou alienabilidade; aumenta-se as chances de que os indivíduos terão um determinado bem sem aumentar o grau de coerção imposto aos indivíduos. Um exemplo comum disso pode ocorrer onde o bem envolvido é a certeza presente de poder comprar um benefício futuro e onde um mercado futuro daquele bem é caro demais para ser viável.

De certa forma, à exceção de Calabresi e Melamed, autores que seguem essa linha tendem a refutar ou reduzir o alcance e aplicação de políticas econômicas redistributivas, sob argumento de que as pessoas seriam, indiretamente, pela eficiência trazida pela lógica de maximização de benefícios e de redução de custos. O aspecto redistributivo é alijado de uma preocupação maior e desencorajado sobretudo se aplicado às relações privadas. É que, segundo essa linha, intenção de uma norma jurídica poderá ter um efeito prático bem diverso daquele inicialmente desejado, justamente se desconsideradas a dinâmica das relações econômicas.

Nesse sentido, um argumento interessante apontado por Ejan Mackaay e Stephane Rousseau (2015) sobre o salário mínimo no contexto da França, indicou o quanto uma norma, apesar de teoricamente tutelar o bem-estar social, poderá ter um efeito contrário. Apesar de buscar proteger a dignidade do trabalho para atendimento de suas necessidades básicas, prejudicou principalmente jovens com menos qualificação, na medida em que os empregadores buscaram, em razão de uma eficiência econômica e pela lógica de redução de custos, uma redução do número de funcionários e a manutenção dos mais qualificados e experientes – paralelo que, a princípio, também poderia ser estabelecido com a regulamentação do trabalho doméstico no Brasil (a partir da Emenda Constitucional 72/2013 e Lei Complementar 150/2015)⁷⁹.

⁷⁸ Apesar da abrangência do termo *merit goods*, o sentido dado pelo autor estaria próximo de bens destinados ao bem estar em sociedade.

⁷⁹ Trata-se da compreensão de Rachel Stajn – e não deste mestrando – apresentada em nota de tradução, p. 4: “Nota da tradutora: A recente aprovação da PEC 66/12 (proposta de emenda

Por último, importante ressaltar que existe oposição à aplicação dessa linha de estudo de modo indistinto e sem consideração ao contexto social, econômico e cultural específico de cada comunidade, preocupação está que resta presente em estudos sobre a aplicação desta linha no contexto brasileiro⁸⁰.

2.2 CONFLITO APARENTE ENTRE ESTADO E EMPRESA

A partir da formação de uma *sociedade informacional de economia de mercado global* – baseada no sistema de produção capitalista e que incorpora valores do capitalismo (ideologia) – surge um discurso liberal de que o mercado dita as regras para atividade empresarial como se possuísse vida e interesse próprios. E mais: que o seu funcionamento do mercado é avesso ao Estado. Discurso este que sofreu igualmente críticas ao longo do século XX.

De fato, por uma ótica simplista e mecânica, a principal função do Estado seria de, ao regular as atividades econômicas, facilitar a conexão entre os agentes no

constitucional), que estendeu a empregados domésticos os mesmos direitos predispostos para trabalhadores da indústria e do comércio, tem provocado insegurança, e, dizem alguns, no médio prazo a tendência ser o desaparecimento dessa profissão. O Congresso, depois de alardear a bondade, vista como a segunda abolição da escravatura no Brasil, se dá conta de que famílias não geram lucros e, portanto, os encargos impostos pela nova legislação, como, por exemplo, multa de 40% sobre o saldo do FGTS no caso de dispensa sem justa causa (que aliás não se sabe como ser avaliada), podem onerar demasiadamente o orçamento familiar.”

⁸⁰ Nesse sentido: **1** – Maria Celina Bodin de Moraes (1993, p. 23-26): “O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento interagente - ao invés de razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado. Além disso, o fenômeno do intervencionismo tornou-se um dos principais mecanismos através dos quais se realiza a justiça distributiva, conforme exige o ditado constitucional. Com efeito, para se desincumbir da tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito, consistente em ‘superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social’, o Poder Público utiliza, como instrumento privilegiado, a intervenção na ordem econômica. Aliás, a convicção de que o Estado, em um regime democrático, não possa se furtar do dever de intervir (promocionalmente) no desenvolvimento da economia, predomina hoje nas principais correntes do pensamento contemporâneo.”; **2** – Benacchio e Liziane Parreira (2012, p. 197): “O Direito analisado somente sob a perspectiva economia volta-se para a proteção da propriedade privada e da liberdade contratual. A Análise Econômica do Direito seguindo o modelo liberal confere uma autonomia desenfreada da vontade das partes.”; **3** – Sayeg e Balera (2011, p. 126): “Enfim, eis a doutrina neoliberal, que resgata o capitalismo clássico liberal para afastar do Estado a tarefa de corrigir ou compensar as externalidades econômicas negativas, deixando-a por conta das forças de mercado. Porém, decorrente dela e tingida pelas cores do liberalismo econômico, a análise econômica do direito é instrumentalizável apenas nos países centrais do capitalismo, especialmente nos Estados Unidos da América — e mesmo assim com reservas quanto à cultura, à conjuntura e à estrutura econômica, tendo mesmo esses países sido obrigados a flexibilizá-la diante da crise financeira global de 2008.”

âmbito do mercado. E o Estado, ao buscar o atendimento de necessidades variadas (e.g: proteção de trabalhadores, consumidores, cidadãos, idosos, etc.), impõe entraves jurídicos que seriam contabilizados como *custos transacionais*⁸¹ pelas ETNs, os quais, desestimulam a realização de operações e de investimentos.

Diante disso, possível conjecturar uma aparente relação conflitiva entre Estado (interesse público) e Empresa (interesse privado). E desse embate é que surge o questionamento se o Estado deveria intervir na atividade empresarial realizada no âmbito do mercado ou se deveria se abster como, por exemplo, sugerido por corrente econômica de matiz liberal.

Sem dúvida, antes de enfrentar essa questão, como pressuposto, importante entender a relação entre Economia e Direito e se esses âmbitos são excludentes ou complementares. De fato, a linguagem adotada por ambas as áreas pode sugerir uma possível divergência e até certa incompatibilidade. Esse aparente conflito é evidenciado a partir de uma leitura semântica proposta por Manuel Couret Branco (2008), segundo o qual há uma divergência linguística entre os vocábulos empregados no campo dos Direitos Humanos e da Economia, a exemplo do emprego dos termos *direitos* (Direito) e *vontades* (Economia). Discorre o autor:

É forçoso admitir que para a teoria econômica é mais confortável lidar com “vontades” do que “direitos”. Inserido na análise econômica, satisfazer vontades implica no uso de conceitos como custo, benefício e preço, e por isso a questão é sobre a possibilidade de pagamento, em outras palavras o poder de compra. Em relação de direitos, por outro lado, a questão é diferente; o coração da questão é sobre ter ou não um direito, o critério segundo qual um indivíduo se qualifica para gozar direitos (poder de compra obviamente está excluído) e as consequências do uso desse critério. Ademais, enquanto ao lidar com necessidades, a economia pode se escudar em uma abordagem positivista; lidar com direitos, por outro lado, obriga a arriscar uma instância normativa, acrescentando desconfortos para a visão econômica tradicional (BRANCO, 2009, p.18, tradução nossa⁸²).

⁸¹ Aqui, empregado em sentido amplo atribuído por Rodrik (2011), de que diversos fatores poderão elevar ou reduzir o custo de uma negociação transnacional. Por exemplo: nível de segurança jurídica da operação, diferenças linguísticas e culturais, diferenças no valor das moedas envolvidas, credibilidade dos agentes envolvidos, etc. Segundo o autor, as instituições e o Estado existem não para atrapalhar as negociações, mas justamente o oposto: melhores instituições auxiliam na redução dos custos para tais operações.

⁸² No original: “One is, indeed, forced to admit that economic theory feels more comfortable when dealing with wants than with rights. Within economic analysis, satisfying wants implies the use of concepts like cost, benefit and price, and therefore the issue is ability to pay, in other words purchasing power. With rights, on the other hand, the issue is quite different; the heart of the matter here concerns entitlement, the criteria according to which an individual should be qualified to enjoy rights (purchasing power being obviously excluded) and the consequences of the use of such criteria. Furthermore, whilst dealing with needs, economics can take shelter in a positivist approach; dealing with rights, on the other hand, compels it to risk a normative stance, adding supplementary embarrassment to economics’ traditional insight.”

Neste mesmo sentido – e para utilizar o exemplo encontrado na literatura nacional – Bruno Meyerhof Salama sumariza essa relação, logo na introdução de seu estudo, com os seguintes dizeres:

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo (SALAMA, 2017, p.17).

Nessa esteira, pertinente a indagação sobre se o Direito, e toda a sua criação dogmática e conceitual, estaria condicionado à Economia. Isto é: se a estrutura normativa do Direito, apesar de sua complexidade, estaria subordinada às relações econômicas formuladas a partir de interesses preponderantes, preexistentes e exclusivos de agentes econômicos, como se fosse, a título de ilustração, uma toalha de mesa que, apesar do complexo bordado, amolda-se aos sólidos contornos da mesa.

Em uma leitura do materialismo histórico⁸³, Eros Grau (2010; 2008) propõe que o Direito, dotado de linguagem e instrumentos próprios, ainda que distintos dos empregados no âmbito das relações econômicas, tem participação ativa nessas relações, de modo que se faz todo sentido cogitar sobre a possibilidade de regulação jurídica da economia, mais especificamente da atividade empresarial, a partir de uma estrutura normativa⁸⁴. Por essa ótica, seria equivocada a afirmação de que o direito

⁸³ Foge do escopo desse trabalho o aprofundamento dos conceitos e métodos introduzidos pelo materialismo histórico (enquanto “ciência ou método para estudo da história). No entanto, pertinente o esclarecimento de que o *modo de produção* (estrutura global ou total das relações sociais), engloba a estrutura econômica, a estrutura jurídico-política, e estrutura ideológica (essas últimas consideradas como estruturas regionais). O direito, nesse contexto, apesar de ser um dos elementos de constituição da estrutura jurídico-política (enquanto estrutura regional), não deixa também de existir e influir na formação do modo de produção (estrutura global). Segundo o autor, a afirmação de que o direito (como “superestrutura”, modo de produção), é condicionado pela estrutura econômica (“base” que, em nosso caso, seria a produção sistema capitalista), deve ser considerado, portanto, como uma interpretação equivocada no contexto da leitura marxista.

⁸⁴ De forma bem acurada, o autor esclarece a interação entre Direito e Economia nos seguintes termos: “Enquanto nível do todo social, o direito é elemento constitutivo do modo de produção, porém por ele informado e determinado. A compreensão dessa realidade nos permite verificar que o direito é, sempre e também no modo de produção capitalista, um instrumento de mudança social, para ser dinamizado, nessa função, ao sabor de interesses bem definidos. É justamente essa virtude, de interagir em relação às demais estruturas regionais da estrutura social global, que, em especial no modo de produção

não exerce qualquer influência sobre as atividades econômicas ou, ainda, que tais atividades econômicas seriam determinantes para o estabelecimento da estrutura jurídica.

Desta forma, uma lógica conflitiva e de exclusão de uma esfera pela outra revela-se apenas aparente, na medida em que a regulação jurídica da economia se faz necessária inclusive para orientação da atividade empresarial e um funcionamento minimamente equilibrado do próprio mercado, no contexto de uma economia alimentada por um sistema de produção capitalista.

Na atualidade, ao contrário do que defendido pelos autores liberais oitocentistas⁸⁵, torna-se difícil conceber a atividade econômica em mercado que não tenha algum grau de regulação jurídica. A questão da atualidade não seria se o Estado deve ou não regular, mas sim o quanto deve e de que forma. Essa concepção, tornou-se fundamental desde a publicação da *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda* (1936), por John Maynard Keynes, o qual, sem abandonar as bases do capitalismo, permitiu o desenvolvimento de duas ideias principais: primeiro, que é possível regular a atividade empresarial e criar mecanismos de proteção e equilíbrio das relações econômicas realizadas no âmbito do mercado, em proveito dos agentes envolvidos; o segundo, de que é possível regular o ritmo dessas atividades econômicas e o nível de emprego, a fim de promover o desenvolvimento social e econômico (KUNTZ, FARIA, 2002; NUNES, 2013, 2002).

Neste passo é que os moldes de um Estado liberal, teoricamente livre daquelas amarras e preocupações sociais, cujo modelo demonstrou-se irrealizável pelas suas premissas, choca-se com um outro modelo, de Estado social, que reclama pela maior atuação do Estado na economia⁸⁶.

capitalista, qualifica o direito como mediação específica e necessária das relações de produção - e isso de modo tal que as relações de produção capitalista não se podem reproduzir sem a 'forma' do direito. (...) O que importa neste passo é a verificação de que o direito é sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia" (GRAU, 2008, p 56).

⁸⁵ Vide seção 1.4.1 deste estudo.

⁸⁶ Neste sentido, esclarece André Ramos Tavares (2011, p. 51): "Ao se falar do 'Estado social', é preciso assinalar que, embora se trate de um Estado interventor, no sentido de que não assume uma postura liberal clássica, o certo é que se caracteriza, tal Estado, por ter um ideal, uma meta, consistente na busca da melhoria das condições de vida pela prestação positiva do Estado em diversos setores. Dessa situação destoa o mero 'Estado interventor', que aqui se procurará analisar. Este último afasta-se das premissas liberais clássicas para, ao final, garantir os mesmos objetivos liberais (sem agregar-lhes outros, como o fez o 'Estado social interventor'). A concepção de Estado liberal gerou, em momentos críticos da humanidade, uma situação insuportável, de modo que, mesmo em países de imensa tradição liberal e capitalista, passou-se a admitir a necessidade de intervenção do Poder Público no

Entretanto, é importante reconhecer que o Estado de bem-estar social, nos moldes preconizados no século XX, com forte inspiração keynesiana e de dirigismo econômico quase absoluto, não tenha obtido sucesso e também deva ser reformulado na atualidade. Como indicam Sayeg e Balera (2011, p.140-141):

É preciso também lembrar que o Estado do bem-estar social, embora capitalista e focando seu reconhecimento na primazia dos direitos humanos de segunda dimensão sobre os de primeira geração, não dá resposta adequada à ineficiência e insuficiência econômica do próprio estado. É, de fato, bem pior do que o capitalismo neoliberal. O capitalismo neoliberal não deve retroceder à economia keynesiana, pelo contrário: também em face do capitalismo de estado é preciso avançar. A economia de mercado deve evoluir, ser temperada pela preponderância da concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões, para atingir a satisfação da dignidade humana e planetária. Com efeito, já existe na Europa uma consciência acerca da evolução capitalista rumo a uma economia social de mercado, de corte social-democrata, em que preponderem os direitos humanos de primeira dimensão, adensados pelos de segunda dimensão. A economia social de mercado, contudo, se restringe somente ao capitalismo com equilíbrio social, não atentando aos fenômenos além dessa realidade. Em outras palavras, seu enfrentamento abrange as externalidades negativas públicas, excluindo da primazia de seu modelo a correção quanto ao desequilíbrio das externalidades negativas universais e privadas, ou seja, mantém-se uma pífia esperança abstrata de que a terceira dimensão dos direitos humanos se concretize e o Teorema de Coase torne-se verdade absoluta no âmbito privado.

Vale enfatizar que o Estado – mesmo o Estado social – muito longe de ser um agente antieconômico ou contrário à atividade empresarial, estabelece as garantias fundamentais para manutenção do próprio regime capitalista quando objetiva um funcionamento harmônico, em sua função redistributiva mínima de bens e serviços (GRAU, 2010, 2008), mas alheio à ampliação e diversificação cada vez maior das necessidades de grupos sociais distintos e conflitantes.

A Empresa, por sua vez, que visa sobretudo a oportunidade de lucro emanado do capital⁸⁷, juridicamente também possui seu contraste a partir de uma função social

mercado e na economia, ainda que extremamente restrita ou em setores específicos e predeterminados. A demanda por um Estado interventor, desta feita, decorre da existência de falhas na concepção - utópica - liberal da economia. Segundo Fábio Nusdeo (2001: 139-165), tais falhas seriam cinco: (i) a ausência de mobilidade dos fatores; (ii) acesso falho às informações relevantes; (iii) concentração econômica; (iv) existência de externalidades positivas e negativas e a impossibilidade de sua internalização pelo ente que a produz; e, por fim, (v) falta de incentivo à produção de bens coletivos.”.

⁸⁷ E, como pontuado por Fábio Konder Comparato (2014, p.101-102): “Acontece que a realidade do poder jamais foi considerada na teoria econômica clássica, o que conduziu a uma permanente deformação de perspectivas. Tudo parecia resolver-se **naturalmente**, isto é, como sustentado originariamente pelos fisiocratas (do grego *physis*, natureza), pela própria natureza das coisas. Daí a importância desmensurada que assumiu, entre os economistas clássicos, a noção de mercado, o local de encontro das demandas e ofertas de bens e serviços. Postulou-se que no mercado o poder seria a

estabelecida pelo regramento. Neste ponto, recorrente o pensamento que a obrigação da empresa, no mínimo, estaria no campo tributário, criação de empregos, atendimento das necessidades de consumidores, etc.), embora também haja posicionamentos que buscam uma ampliação da responsabilidade dos empresários e de empresas, para além da responsabilidade civil⁸⁸.

Aliás, a própria constatação do mercado enquanto instituição social, símbolo da eficiência econômica e local por excelência para funcionamento do sistema de produção capitalista – que não é natural, mas um produto histórico, cultural e jurídico elaborado pelo homem, em oposição à visão oitocentista – é uma percepção recente na história, assim como a noção de complementaridade entre Estado e Empresa. Como bem esmiuçado por António José Avelãs Nunes (2013, p. 21-22):

Na verdade, a história mostra que o mercado é uma instituição recente na organização das sociedades humanas. Verdadeiramente, o mercado, enquanto instrumento de regulação da economia com base no mecanismo dos preços, surgiu apenas nos séculos XV/XVI. Quando a economia real se separou da *economia doméstica* e a família deixou de ser a estrutura basilar da atividade econômica (etimologicamente, a palavra economia significa *governo da casa* ou *governo do lar*). Quando a família-unidade-de-produção foi substituída por empresas e estas passaram a ser enquadradas por sociedades comerciais, separando o *património (individual e familiar) de cada um dos sócios* do *património das sociedades comerciais*. Só então as empresas, que não tem necessidades 'vitais', passaram a produzir não para satisfazer as suas necessidades, mas para vender, com o objetivo de obter lucros. Só então o cálculo económico ganhou sentido e se tornou indispensável, para se poderem comparar custos e preços de venda e apurar se há lucros, condição indispensável para evitar a falência. O mercado não é, pois, um *mecanismo natural* (inerente à *natureza das coisas*, ou à *natureza do homem*). O único instrumento capaz de afetação eficiente e neutra de recursos escassos e de regulação automática da economia. O mercado deve antes considerar-se, como o estado, uma instituição social, um produto da história, uma criação histórica da humanidade, corresponde a determinadas circunstâncias económicas, sociais, políticas e ideológicas; uma instituição social destinada a regular *determinadas estruturas de poder* que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais sobre os interesses de outros grupos sociais; uma *instituição política*, que veio servir (e serve) os interesses de uns, mas não os interesses de todos. O mercado e o estado são ambos *instituições sociais (instituições políticas, neste sentido)*, que não

exceção e a livre concorrência a regra. Contra essa versão distorcida da realidade econômica no mundo moderno, insurgiu-se com toda razão Karl Marx. Ele colocou o poder econômico no centro da vida social, em posição de influência dominante, não só sobre a vida econômica especificamente, mas também sobre a realidade política, o direito, a religião e todas as demais manifestações culturais. A esse poder, Marx deu a denominação genérica de **o capital**, título de sua obra máxima. Na análise marxista, o capitalismo funda-se todo nesse poder, sendo que sua expansão mundial, nos últimos séculos dependeu, essencialmente, de uma permanente concentração e acumulação do capital. Para se ter uma ideia do que isso significa, atente-se para o fato de que, no início do século XXI, o volume global de negócios das 150 maiores empresas multinacionais e transnacionais do mundo superava o PIB de 150 países e equivalia a quase 30% do produto mundial. Essa proporção não parece ter se reduzido ulteriormente”.

⁸⁸ V. seção 3, em especial 3.1 e 3.2 deste estudo.

só coexistem como são interdependentes, construindo-se e reformulando-se um ao outro no processo da sua interação.

Na esteira de Avelãs Nunes, Eros Grau também compreende o mercado enquanto instituição social, visto que, para o autor, “O mercado, destarte, é institucionalizado, determinado pelo Estado. A composição de conflitos no quadro das relações de intercambio reclama um grau mínimo de regulamentação estatal(...)” (GRAU, 2008, p. 129). Isso porque, o próprio sistema de produção capitalista necessita de garantias mínimas pelo Estado, a fim de preservar e proteger o funcionamento do mercado da própria lógica potencialmente nociva praticada naquele âmbito, ou seja, o próprio Estado (e a ordem jurídica por ele colocada) existe para que se mantenha o mercado e evite-se consequências maiores de crises econômicas e sociais criadas pelo próprio capitalismo.⁸⁹

Desta forma, uma esfera não funcionará adequadamente sem a outra. O mercado, enquanto local de trocas, não será eficiente e muito menos contemplará as necessidades humanas sem que exista o Estado para regular a atividade empresarial e estabelecer regramentos mínimos. Por este motivo, o modelo de regulação jurídica a ser implementado pelo Estado, como enaltece Benacchio (2011, p.10-11):

não pode redundar na asfixia do mercado e tampouco na desconsideração do ser humano com sua funcionalização à mera eficiência econômica. Não há dúvidas na contínua relação entre Economia e Direito, sem possibilidade de exclusão de uma realidade pela outra, a demandar na necessidade da comunicação entre as regras econômicas e jurídicas, ambas, voltadas à conformação do comportamento humano. Direito e Economia possuem intersecções, integram-se e, também, conflitos, devendo ser considerados como aspectos de uma realidade unitária e historicamente condicionada; não é possível a consideração isolada e de forma autoreferencial. Na verdade, deve haver um diálogo entre dois conhecimentos científicos, Economia e Direito.

⁸⁹ Como esclarece Eros Grau: “Esta a questão a ser respondida: o que significa, atualmente, nos quadros da natureza singular do presente, ser moderno? Modernos são a economia japonesa e os regimes de protecionismo econômico interno norte-americano e europeu, que não fazem nenhum exemplo de mercado livre. De modo que ser moderno, hoje, é no mínimo já ter consciência de que o mercado é impossível sem uma legislação que o proteja e uma vigorosamente racional intervenção, destinada a assegurar sua existência e preservação; de que os postulados da racionalidade dos comportamentos individuais, do ajuste espontâneo das preferências e da harmonia natural dos interesses particulares e do interesse geral são insuficientes; de que os fenômenos de dominação desnaturam o mercado. Assim, a opção por um mercado livre, hoje, apenas não corresponde a uma aspiração de volta ao passado porque, em verdade, os mercados jamais funcionaram livremente. A noção de mercado livre tem sentido única e exclusivamente enquanto expressiva de um tipo ideal. O entrelaçamento que une mercado capitalista e Estado é vigoroso, pois o Estado moderno, em última instância, é produzido pelo capitalismo. Daí também por que o capitalismo é essencialmente jurídico, na medida em que não prescinde de uma ordem jurídica estatal, voltada, como vimos, à superação das crises e à preservação dos mercados.” (GRAU, 2008, p. 130).

Ademais, paralela a essa compreensão, necessário também desmistificar uma crença popular, muito difundida principalmente no meio político nos últimos anos, no sentido de que mercados de países desenvolvidos funcionam dentro de parâmetros estritamente liberais e de que benefício advindo dessa regulação se deve a uma reduzida intervenção de seus governos na economia. Como bem ressalta Dani Rodrik (2011, p. 16, tradução nossa⁹⁰):

Quando analisamos o tamanho do governo em diferentes sociedades, descobrimos um fato bastante surpreendente. Com poucas exceções, quanto mais desenvolvida uma economia, maior a parcela de seus recursos consumida pelo setor público. Os governos são maiores e mais fortes não nas economias mais pobres do mundo, mas nas economias mais avançadas. A correlação entre tamanho do governo e renda per capita é notavelmente estreita. Os países ricos têm melhores mercados em funcionamento e governos maiores quando comparados aos pobres. Tudo isso pode ser surpreendente à primeira vista, mas a discussão anterior nos ajuda a entender o que está acontecendo. Os mercados são mais desenvolvidos e mais eficazes na geração de riqueza quando apoiados por sólidas instituições governamentais. Mercados e Estados são complementos, não substitutos, diferentemente do que as contas econômicas simplistas costumam assumir.

Por fim, a partir dessa lógica, poder-se-ia assumir, por exemplo, em uma situação de crise(s), como ocorre no caso de pandemia – em que há um aumento da necessidade por medicamentos, produtos de higiene, serviços médico-hospitalares, distribuição de vacinas, etc. – a necessidade de atuação conjunta tanto de ETNs quanto Estados, que deveriam envidar esforços para atendimento das necessidades prementes das pessoas, por meio do mercado, mas sobretudo para manutenção do próprio mercado. Assim, longe de ser uma situação real de conflito, a relação entre Estado (interesses públicos) e Empresas (interesses privados) seria mais de complementação do que propriamente de competição.

⁹⁰ No original: “When we look at the size of the government across different societies, we uncover a rather amazing fact. With very few exceptions, the more developed an economy, the greater the share of its resources that is consumed by the public sector. Governments are bigger and stronger not in the world’s poorest economies but in its most advanced economies. The correlation between government size and per capita income is remarkably tight. Rich countries have better functioning markets and larger governments when compared to poor ones. All this may be surprising at first sight, but the preceding discussion helps us understand what is going on. Markets are most developed and most effective in generating wealth when they are backed by solid governmental institutions. Markets and states are complements, not substitutes, as simplistic economic accounts would often have it.”

2.3 INTERVENÇÃO ESTATAL E A (DES)REGULAÇÃO OU (DES)REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA ATIVIDADE ECONÔMICA

2.3.1 Delimitação de intervenção estatal e atividade econômica (atividade empresarial)

A relação entre Direito e Economia e a complementariedade do Estado e Empresa foram delineados nas seções 2.1 e 2.2. Em vista da multiplicidade de acepções jurídicas para tradução dessas ideias no campo jurídico, é que se faz necessária uma exposição sobre o que se entende pela *intervenção estatal na economia* e a *(des)regulação* e *(des)regulamentação jurídica da atividade econômica*, a fim de que se possa compreender melhor a regulação da atividade empresarial.

A princípio, o próprio emprego do termo *intervenção* é dotado de um embate político-ideológico subjacente, pois, como aponta Washington Peluso Albino de Souza (1989, p.34) “traz em seu íntimo entendimento a ação do Estado condicionada a restrições, numa sobrevivência muito forte do princípio liberal da própria ‘não intervenção’”.

Entretanto, fato é que o Estado não pode ser alijado da economia, como se intruso fosse, na medida em que integra a própria estrutura econômica juridicamente estabelecida. Por este motivo, Eros Grau (2010) propõe que se realize uma distinção, a partir da adoção dos termos *intervenção* e *atuação*⁹¹. Para o autor, é mais apropriado indicar *intervenção* para se referir à atuação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; enquanto a *atuação* refere-se à atuação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*.

Em complementação, torna-se útil recobrar a classificação de *atividade econômica* nos moldes propostos por Eros Grau (2010), no sentido de que esta serve como gênero (*atividade econômica em sentido amplo*), que engloba as espécies *atividade econômica em sentido estrito* (isto é, a atividade empresarial, primariamente desenvolvida pela iniciativa privada e excepcionalmente pelo setor público) e *serviço*

⁹¹ Nos exatos termos de Eros Grau (2010, p. 92): “Por isso que o vocábulo e expressão não são absolutamente, mas apenas relativamente, intercambiáveis. *Intervenção* indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que a *intervenção* conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, em ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*”.

público (que pode ser realizado pelo Estado ou, ainda, por meio do regime de concessão/permissão ao setor privado).

André Ramos Tavares (2011) – apesar de incorporar a compreensão de Eros Grau sobre atividade econômica, desconsidera o pormenor semântico entre atuação/intervenção – entende que a *intervenção do Estado na economia* poderá ser *direta* (na condição de produtor de bens ou prestador de serviços) ou *indireta* (por meio da cobrança de tributos, concessão de subsídios, subvenções, benefícios fiscais e creditícios, bem como a regulamentação normativa de atividades econômicas, a serem primariamente desenvolvidas por particulares).

Feitas essas considerações, possível compreender a *regulação da atividade empresarial* como uma intervenção estatal indireta sobre a atividade econômica em sentido estrito, ou seja, um aspecto mais específico de regramento jurídico da economia.

2.3.2 A transferência de atividades econômicas para iniciativa privada

No Brasil, ao longo da década de 1990, ao mesmo passo em que o poder econômico global das ETNs aumentou⁹², houve a implementação de uma agenda política neoliberal que favoreceu o fenômeno da transferência progressiva de atividades econômicas em sentido amplo do Estado para a iniciativa privada.

Apesar da abrangência terminológica, a noção de agenda ou movimento neoliberal seria, em apertada síntese, dentro do que se entende por doutrina econômica, um suposto retorno às ideias liberais do século XVIII, indicadas na seção 1.4.1, a partir da (re)leitura promovida por economistas do século XX (como Friedrich Hayek, Ludwig Von Mises, Milton Friedman), que endossavam uma gama de medidas macroeconômicas para obtenção de resultados positivos no contexto de uma economia global. Essa agenda foi amplamente adotada a partir da década de 1970 por diversos governos, como do mandato britânico de Margareth Thatcher e americano de Ronald Reagan durante a década de 1990, no Brasil, durante os

⁹² De fato, a imponente econômica de ETNs é notável. Como indica Comparato (2006, p. 425): “No início do século XXI, calculou-se que o volume global de negócios das 150 maiores empresas multinacionais e transnacionais superava o PIB de 150 países e equivalia a quase 30% do produto mundial.”

mandatos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso⁹³. Advogava-se, em suma, a liberalização econômica dos mercados nacionais, a partir de privatizações, austeridade fiscal, desregulamentação, livre comércio, e uma defesa excessiva de atividades desempenhadas principalmente pelo setor privado⁹⁴.

A chamada *privatização* de áreas como saúde, previdência, educação e segurança – que se deu de duas formas: primeiro, pela venda de estatais para empresas nacionais e estrangeiras, segundo, pela ampliação do regime de concessão ou permissão de serviços públicos ao setor privado – redundou também na transferência da noção de cidadania para uma nova noção de consumo, transformando cidadãos em consumidores (COMPARATO, 2014; BERCOVICI, 2013; CLARK, 2006; FARIA, KUNTZ, 2002; SALOMÃO FILHO, 2001; BENACCHIO, 2018a; SAYEG, BALERA, 2011).

Nesse contexto, o Estado assumiu um novo perfil, de *Estado regulador*, isto é, por meio de sua intervenção indireta – em sua função tríplice (fiscalizadora,

⁹³ Como descrevem Sayeg e Balera (2011, p. 58-59): “Decorrente do novo regime constitucional, a tradicional ingerência sobre a economia passou das mãos do Estado centralizador para as forças naturais de mercado. De fato, no início dos anos noventa, o governo do presidente Fernando Collor dissolveu o Estado do bem-estar social e conduziu o país à economia de mercado, tanto que instituiu o programa nacional de desestatização pela Lei nº 8.031/90, com o objetivo fundamental de ordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo-a à iniciativa privada. Empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado foram alienadas, ainda que em certos setores a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores restassem repartidos entre o Estado e o mercado. (...) O governo Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 2002, manteve o programa nacional de desestatização, mas o alterou através da Lei nº 9.491/97 a fim de melhor coordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada, por meio da reestruturação do setor público, no tocante às atividades indevidamente exploradas, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do país. O objetivo era ampliar a competitividade e reforçar a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive por meio da concessão de crédito. Alterada desse modo a rota da política econômica, o Estado brasileiro ajustou-se melhor à economia social de mercado.”

⁹⁴ Como esclarece Comparato (2014), a crise econômico-financeira que antecedeu a década de 80 fez surgir a “busca de um novo modelo de organização geral da atividade econômica. As ideias originalmente expostas por Friedrich Hayek, logo após a Segunda Guerra Mundial, ressurgiram na Universidade de Chicago, em torno de Milton Friedman, cunhando-se, para caracterizá-las, a denominação de *neoliberalismo*. Tais ideias foram em seguida organizadas por John Williamson no chamado *Consenso de Washington* e difundiram-se mundo afora, no contexto do que se passou a denominar *globalização*. A nova ideologia passou a contar, desde logo, com o apoio político dos Estados Unidos, sob a presidência de Ronald Reagan, e do Reino Unido, sob a batuta da primeira-ministra Margaret Thatcher. Eis as recomendações principais da doutrina neoliberal: 1. Redução acentuada dos poderes do Estado na regulação da vida econômica e também dos direitos sociais, a fim de assegurar, segundo se garantia, maior eficiência na atividade empresarial. 2. Privatizações em massa de empresas, mesmo nos setores de infraestrutura (energia, transportes e comunicações), bem como no setor de serviços públicos. 3. Generalizada a abolição dos regulamentos administrativos em matéria econômica, mesmo nos setores em que tradicionalmente tais regulamentos sempre existiram, como crédito, câmbio, seguros, mercado de capitais, circulação internacional de capitais e comércio exterior. 4. Mudanças na política financeira estatal, com a eliminação dos déficits públicos, a redução da carga tributária (substituída em grande parte pela emissão de empréstimos públicos) e a supressão de subsídios estatais a certas atividades econômicas” (COMPARATO, 2014, p. 256).

incentivadora e planejadora, insculpidas no art. 174 da CF/1988⁹⁵) – afastou-se da prestação de diversas atividades econômicas, “transferindo-as aos particulares, sem, contudo, abandonar totalmente os setores que deixava, já que permaneceu neles regulando e acertando (fiscalizando), a conduta privada (...)” (TAVARES, 2011, p. 304).

Todavia, como bem enfatiza Eros Grau (2010), essa atuação do Estado regulador, nos termos do já mencionado art. 174 da CF/1988, não se resume à regulação das atividades econômicas transferidas do Estado para iniciativa privada, pois recai também sobre a totalidade das atividades econômicas⁹⁶ e, portanto, também sobre toda e qualquer atividade empresarial realizada no âmbito do mercado, independente se de iniciativa pública ou privada.

2.3.3 (Des)regulação e (des)regulamentação da atividade econômica

Sob ponto de vista técnico, e a depender da compreensão do autor estudado, os termos regulação e regulamentação poderão ter acepções completamente diferentes, de modo que se faz necessário ao menos indicar algumas dessas concepções.

Em uma primeira acepção, a distinção entre regulação se torna possível (e até mesmo desejável), na medida em que, de um lado, apresenta a regulamentação enquanto um poder geral de elaboração de regras e execução de políticas econômicas pelo Estado sobre o mercado, do que seria, de outro, a regulação

⁹⁵ Dispõe o *caput* do art. 174 da CF/1988: “Art. 174. 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.” (BRASIL, 1988).

⁹⁶ Nos termos de Eros Grau (2010, p. 107): “No que tange ao art. 174, no entanto, a expressão *atividade econômica* é utilizada noutro sentido. Alude, o preceito, a *atividade econômica em sentido amplo*. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador. A atuação normativa reclama fiscalização que assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido – e daí porque, em rigor, nem seria necessária a ênfase que o preceito adota ao expressamente referir a função de fiscalização. A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento. Mas não apenas isso: atuação reguladora reclama também fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento. Este, por outro lado, não abrange apenas a *atividade econômica em sentido estrito*, porém toda a *atividade econômica em sentido amplo*. Tanto é assim que o preceito determina ser ele – o planejamento – ‘determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’. O art. 174 reporta-se nitidamente, nestas condições a *atividade econômica em sentido amplo*.”

enquanto um modelo específico de normatização e fiscalização a partir de “agências” criadas pelo Estado, fomentados justamente pela introdução daquela agenda neoliberal⁹⁷.

Em sentido similar também a compreensão apresentada por Giovani Clark (2006), de que regulamentação estaria relacionada a atuação do Estado no domínio econômico diretamente (via empresa pública, sociedade de economia mista e fundações) e indiretamente (através das normas legais de direito); enquanto regulação seria específica da transferência de serviços e atividades à iniciativa privada (ou privatização, desestatização). A diferença entre regulação e regulamentação, para esse autor, estaria muito mais relacionada ao grau em que as políticas neoliberais estariam sendo implementadas.

Na ótica deste autor, durante 1945 a 1990, políticas de regulamentação permitiram a atuação no domínio econômico diretamente via empresa pública, sociedade de economia mista e fundações, e indiretamente, por meio de normas legais de direito. Os capitais privados eram investidos internacionalmente na indústria de consumo e armamentos (mais rentáveis), enquanto investimentos de maior risco ou menor retorno (infraestrutura: energia, estradas, água, telefonia; e social: educação, saúde e previdência); mas, no final do século XX e início do XXI, a situação sobre os investimentos se modificou, na medida em que determinados setores da economia tornaram-se atrativos para o setor privado, principalmente a partir do novo cenário tecnológico. Neste ponto, portanto, para o autor, a diferenciação se justificaria muito mais em relação ao grau de interferência do Estado na economia⁹⁸.

⁹⁷ Nesse sentido, explica André Ramos Tavares (2011, p.302): “Como assinala Américo Luís Martins da Silva (1996: 130): “A intervenção indireta por via de regulamentação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade. Normalidade, então, consistia em manter um regime de livre concorrência. Por isso, as primeiras formas de intervenção manifestaram-se através de um conjunto de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência”. O contexto no qual se podem editar validamente leis econômicas é extremamente amplo para se pretender aqui realizar uma análise exaustiva. O Estado pode – e deve – interceder normativamente para regulamentar a economia. Contudo, um dos pontos que se apresentam como essencial é, como salientado anteriormente, a necessidade de proteger a economia nacional da “invasão desmedida e virulenta” de grandes empresas privadas estrangeiras. Com a crise do Estado social e da ampla atuação estatal, que nele se verificava em diversos setores, “foi sendo criada, inicialmente, a figura do Estado regulador, que é aquele que transfere muitas das atribuições de prestação de serviços à coletividade para a iniciativa privada, e passa a exercer apenas a função de regulação e controle sobre estas atividades delegadas.”

⁹⁸ Como assevera Giovani Clark (2006, p.75-76): “No fim do século XX e no início do século XXI, as políticas neoliberais de regulamentação passaram a restringir a expansão e a mobilidade do capital. O novo ambiente mundial de fim da guerra fria, queda do socialismo real e de alta evolução tecnológica resulta em pressões por outras políticas econômicas ao gosto dos donos do capital. Os Estados nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades à

Por outro lado, vale o registro da existência de uma acepção mais ampla, atribuída por Calixto Salomão Filho (2001), no sentido de que regulação se refere a toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja por meio da concessão de serviço público, seja pelo exercício do poder de polícia. Segundo o autor, essa compreensão se justifica, na medida em que

(...) 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. É assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação (SALOMÃO FILHO, 2001, p.20).

A partir desses esclarecimentos sobre o conceito de regulamentação e regulação – e da sua possível distinção – é que se pode compreender igualmente a crítica em relação ao sentido atribuído a esses termos em sua versão oposta, expresso pelos termos com o prefixo *-des*, ou seja, *(des)regulamentação* e *(des)regulação*, empregados largamente na seara política na atualidade.

Nesse sentido, Eros Grau aponta a diferenciação dos termos – os quais, impende notar, segundo o autor, somente poderiam ser empregados a partir de uma lógica ou pensamento neoliberal – isto é, apresentam contradição intrínseca do que se é entendido e defendido enquanto ideologia inserida no contexto da economia global, na medida em que não se pretende uma ausência de regramento jurídico (*desregulamentação*), mas sim uma outra maneira de regulamentar juridicamente o

iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora, atraentes ao capital, em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos avanços científicos. A tecnologia tornou lucrativos setores que anteriormente tinham baixa lucratividade, ou não tinham, e estavam nas mãos do Estado. Com a regulação, usada como único remédio salvador do mundo e protegida de grandes contestações pela mídia dos “donos do poder” (FAORO, 2000), o Estado passou a adotar uma nova técnica de ação na vida econômica, ou seja, o neoliberalismo de regulação. O poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, através das normas legais (leis, decretos, portaria); assim como de forma intermediária, via agências de regulação. Todavia, diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens nem prestam serviços à população, mas somente fiscalizam e regulam o mercado ditando “comandos técnicos” de expansão, qualidade, índices de reajuste de preços, etc. Porém, é prudente frisar, que a técnica intervencionista de regulação permite a existência de algumas empresas estatais (intervenção direta), em menor número, atuando no âmbito do mercado. Contudo, sem desempenhar o papel anterior e possuindo uma reduzida capacidade de ingerência na vida econômica. Diante das discussões alimentadas por defensores de uma “regulação”, como forma de “modernidade” (traduzindo as predominâncias mais acentuadamente liberais) do Neoliberalismo, ante a figura da regulamentação (que seria comprometido com as técnicas intervencionistas menos acentuadas naquele sentido), deparamos com um panorama de oscilações próprio dessa ideologia mista. “

mercado, a partir de uma técnica diferente (regulação) que seja ainda mais benéfica para determinados interesses econômicos⁹⁹.

Para José Eduardo Faria (2002), a (des)regulamentação dos mercados, em especial do mercado financeiro, seguido da revogação de monopólios estatais e abertura de mercados nacionais para o comércio mundial de serviços e informações, permitiram uma reestruturação do sistema financeiro internacional que facilitou o acesso de capitais entre grandes bancos, agências não bancárias e ETNs e levou a “um capitalismo crescentemente protagonizado por gerentes anônimos com amplos poderes decisórios e operacionais sobre enorme gama de recursos” (FARIA, 2002, p. 66), movimentação essa que, apesar de largamente permitida, acaba por menosprezar interesses públicos e a própria função social que na atualidade se busca atribuir ao capital, no sentido preconizado por um Estado social.

Essa situação, narrada por José Eduardo Faria, também está bem caracterizada no pensamento de Gilberto Bercovici (2013), ao refletir sobre a influência da globalização na esfera política. Segundo o autor, as decisões políticas de cunho econômico acabam por ser tomadas em um âmbito mais restrito, em caráter técnico, por organizações nacionais e internacionais, sem a promoção de um amplo

⁹⁹ Nos termos do autor: “Literalmente, *desregular* significa, no caso, não dar ordenação à atividade econômica, ao passo que *desregulamentar*, no caso, deixar de fazê-lo através de preceitos de autoridade, ou seja, jurídicos (González Arzac 1988/196). Resta desde logo impreciso, assim, o objetivo do movimento: trata-se de minimizar a ordenação da atividade econômica – ou de excluí-la, como estariam (estariam, de fato?) a propor os neoliberais –, ou, por outro lado, propõe-se a coibição da hipertrofia das regulamentações, isto é, da inflação normativa, e a redução da presença do Estado, como agente, no campo da atividade econômica? A resposta a ser conferida à primeira questão tem caráter ideológico. Os cultores de fé na economia de mercado a ela responderão afirmativamente. Já quem não seja fiel desse credo, com apoio em algumas verificações empíricas, responderá de modo negativo. Eventualmente, até, rememorando a observação de Galbraith (1968/57: ‘apenas os defensores profissionais do sistema da livre iniciativa, membros de um ofício humilde e mal pago, ainda defendem o domínio da competição, sendo este o teste pelo qual melhor se pode calcular que seus clientes fracassarão’); ou refletindo, criticamente, a propósito do comentário de Jean Rivero (1988/383: ‘Je pense que la jungle de la loi n'est pas plus souhaitable que la loi de la jungle’). No que respeita à segunda questão, não se pode perder de vista a circunstância de que a atribuição, ao Estado, da missão de conduzir o desenrolar do processo econômico, ordenando-o, é toda ela desenvolvida sob o compromisso, precisamente, de preservação dos mercados. O capitalismo – repita-se – reclama não o afastamento do Estado dos mercados, mas sim a atuação estatal, reguladora, a serviço dos interesses do mercado. Essa é, sem dúvida, uma afirmação historicamente comprovada. Além disso, dúvida também não resta em relação à circunstância de, que os processos econômicos capitalistas demandam regulação. O mercado não seria possível sem uma legislação que o protegesse e uma racional intervenção, que assegurasse a sua existência e preservação. Por isso que em rigor, os que pretendem desregular a economia nada mais desejam, no fundo, senão uma mudança nas técnicas de regulação, de modo a elevar a eficácia reguladora da atuação estatal sobre o domínio econômico – e isso, em especial, através, de procedimentos desregulamentadores (González Arzac 1988/199). A desregulação de que se cogita, destarte, em realidade deverá expressar uma nova estratégia, instrumentada sob novas formas, de regulação. Desde essa perspectiva, pretender-se-ia desregulamentar para melhor regular.” (GRAU, 2008, p.135-136).

debate em sociedade, de modo a mitigar a própria soberania popular e o sentido de democracia empregado em âmbito nacional. Nas percucientes palavras de Bercovici (2013, p.334-335):

O processo de mundialização econômica está causando a redução dos espaços políticos, substituindo a razão política pela técnica. Há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de *governance*, cujos protagonistas são organismos nacionais e internacionais “neutros” (bancos, agências governamentais independentes”, organizações não-governamentais, empresas transnacionais, etc.) e representantes de interesses econômicos e financeiros. A estrutura da *governance*, portanto, é formada por atores técnico-burocráticos sem responsabilidade política e fora do controle democrático, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político. Afinal, a ingovernabilidade, para os *neoliberais*, é gerada pelo excesso de democracia.

De certa forma, a globalização econômica repercute igualmente no enfraquecimento da soberania de países, os quais por sua vez passam a serem vistos como “mercados”, cujo principal atrativo seria pela flexibilização dos direitos trabalhistas e ambientais com a finalidade da diminuição de custos de produção (BENACCHIO, 2018a).

Assim, em oposição a certas práticas e decisões técnicas voltadas ao mercado, igualmente pertinente a crítica de Calixto Salomão Filho (2013), que propõe a vedação a oferta de certos produtos e serviços, em especial no âmbito do “mercado financeiro global”, os quais, muitas vezes, podem favorecer práticas especulativas improdutivas e com grande chance de prejuízos sistêmicos, de abrangência global¹⁰⁰.

Esses riscos são potencializados, principalmente enquanto a leitura sobre o funcionamento de mercado pressuponha, a partir de modelos econômicos, a existência de mercados “perfeitos” e a possibilidade de equilíbrio entre oferta e

¹⁰⁰ Aliás, é o que reconhece George Soros (1998), ao indicar que, no atual sistema financeiro estabelecido pelo capitalismo global, há uma distribuição desigual dos benefícios do capitalismo, que favorece economias centrais em detrimento das economias periféricas. Além disso, para o investidor, o capital financeiro se torna muito mais atrativo do que o capital industrial, justamente em razão da grande flexibilidade e possibilidade de maiores retorno, de modo que cresce o tamanho e a importância dos mercados financeiros. Nas exatas palavras de Soros (1998, sem paginação): “The benefits of global capitalism are unevenly distributed. Generally speaking, capital is in a much better position than labor, because capital is more mobile. Moreover, financial capital is better situated in the global system than industrial capital; once a plant has been built, moving it is difficult. To be sure, multinational corporations enjoy flexibility in transfer pricing and can exert pressure at the time they make investment decisions, but their flexibility doesn't compare to the freedom of choice enjoyed by international portfolio investors. There is also an advantage in being at the center of the global economy rather than at the periphery. All these factors combine to attract capital to the financial center and account for the ever increasing size and importance of financial markets.”.

demanda, que não ocorrem na prática. Para Calixto Salomão Filho (2013), considerando a *teoria da assimetria de informações*¹⁰¹ (G. Akerloff), certos mercados já nascem com esse desequilíbrio e que, portanto, certos produtos já deveriam de antemão ser coibidos¹⁰².

Essa é crítica relacionada ao neoliberalismo e sua aplicação prática para regulação da economia e ao capitalismo liberal enquanto aspecto financeiro da globalização ou, como indicado por Comparato (2006;2014), “segunda fase da globalização”, caracterizada pela passagem do capitalismo industrial para o financeiro. De certo modo, a forma como conduzidas as políticas econômicas e financeiras por Estados, bancos e ETNs, bem como a inadequação de certos “remédios” econômicos e fiscais dados para enfrentamento de crises cíclicas do capitalismo¹⁰³, geraram enormes prejuízos sociais para as parcelas mais carentes da população mundial (STIGLITZ, 2017; RODRIK, 2011; KRUGMAN, 2009).

Ainda que possam divergir em suas propostas – por exemplo, de maior ou menor incentivo ao comércio internacional, no formato de participação dos atores econômicos na regulamentação do setor financeiro por instituições globais, regionais ou ainda multilaterais, etc. – fato é que diversos economistas reconhecem que o fluxo descontrolado de capitais para mercados que não possuem a mínima estrutura institucional e jurídica terminam por prejudicar sobremaneira as economias de

¹⁰¹ Referida teoria busca examinar o processo decisório de agentes econômicos que possuem diferentes informações (e.g: uma parte possui melhores informações que a outra) sobre um determinado produto ou serviço, e o como isso pode ser prejudicial para as relações econômicas, de modo a criar um desequilíbrio ou falha de mercado.

¹⁰² Neste sentido, o autor esclarece: “Na verdade a ausência/disparidade de informação nos mercados revela um outro e mais grave problema. Existe uma enorme diferença entre o mercado como centro de trocas de uma pequena comunidade ou agrupamento humano (esse é o mercado na sua concepção original da teoria clássica) e o mercado entendido como locus global e virtual de trocas e de organização do sistema econômico. Todas as presunções (informação completa, diluição de agentes) válidas para o primeiro são inexistentes no segundo. Mercado nessa última esfera serve apenas como substituto retórico para a organização das relações econômicas com base em puras relações de poder e de domínio de informação. Sendo assim, regular tais “mercados” não apresenta do ponto de vista lógico muitas alternativas. Regular aí deve significar simplesmente proibir a existência de certos “mercados”. É o caso de muitos dos derivativos e mesmo de muito contratos futuros. Diz — ao menos a boa — a teoria econômica que mercados com grande carência ou disparidade de informação tendem a desaparecer ou a estatizar-se — a crise de 2008 veio demonstrar que no “mercado globalizado e interconectado” o desaparecimento e completa desorganização dos mercados não se restringem ao *locus* de origem do problema (o mercado de derivativos), mas tendem a expandir-se para boa parte do sistema financeiro e produtivo exigindo a estatização ou meia-estatização em escala planetária. A solução parece ser, portanto, a existência de menos mercados. Desestimular a existência de trocas em relação a certas mercadorias ou serviços não é algo negativo.” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 78).

¹⁰³ As crises econômico-financeiras, apesar de se iniciar em locais ou regiões específicas, ganham muitas vezes proporções maiores, em razão de situadas em uma economia global com mercados (especialmente financeiros) interligados. São notórios os exemplos: *crash* da bolsa de Nova Iorque de 1929; crise asiática de 1997; crise da América Latina (1998 - 2001); crise americana de 2008.

Estados em desenvolvimento (principalmente de países latino-americanos, africanos e asiáticos).

As respostas econômicas e fiscais desses Estados, em grande parte orientados por instituições globais (e.g: FMI, Banco Internacional), redundaram no endividamento público internacional e em uma drástica redução de investimentos sociais. Boa parte deste endividamento serviu para socorrer bancos e ETNs, na medida em que havia receio de, em caso de inação, resultar em uma fuga de ETNs e consequências sistêmicas ainda maiores para a economia.

A esse respeito, digno de nota que essa questão também repercutiu em uma série de polêmicos artigos escritos à época, logo após a crise financeira do leste asiático, por um grande especulador do mercado financeiro, George Soros¹⁰⁴. Segundo Soros (1998) apesar dos benefícios do capitalismo, há cinco problemas graves a serem endereçados: a distribuição desigual de benefícios, a instabilidade do sistema financeiro, a ameaça econômica por monopólios e oligopólios globais, o papel ambíguo do Estado e a questão dos valores e da coesão social. No que toca especificamente a essa instabilidade do sistema financeiro, o autor destaca:

Os mercados financeiros são inerentemente instáveis, e os mercados financeiros internacionais são especialmente instáveis. Os movimentos internacionais de capital são notórios por seu padrão de expansão e queda. Durante um *boom*, o capital flui do centro para a periferia, mas quando a confiança é abalada, ele tende a retornar à sua fonte. Tenho visto muitos altos e baixos e, embora reconheça plenamente que os mercados de capitais internacionais se tornaram muito mais institucionais em caráter e demonstram uma resiliência muito maior, não posso acreditar que o boom atual não será seguido por um colapso até a história prova que estou errado. O risco de um colapso aumenta muito pelo fato de que nosso entendimento teórico de como os mercados financeiros operam é fundamentalmente falho. A teoria econômica foi construída sobre o conceito enganoso de equilíbrio. Em minha opinião, o equilíbrio é evasivo porque os participantes do mercado estão tentando descontar um futuro que é moldado pelas expectativas do mercado. Por exemplo, uma empresa cujas ações estão sobrevalorizadas pode usar isso para justificar as expectativas exageradas de seus acionistas, mas apenas até certo ponto. Isso torna o resultado indeterminado e é apenas por acidente que o curso real dos eventos corresponde às expectativas predominantes. Os participantes do mercado, se forem racionais, reconhecerão que estão atirando em um alvo em movimento, em vez de descontar um equilíbrio futuro. A teoria das expectativas racionais faz a suposição heroica de que os participantes do mercado como um grupo estão em posição de descontar o futuro com precisão. Essa suposição pode produzir um equilíbrio hipotético, mas tem pouca relevância para o comportamento real do mercado – e nem os operadores de mercado nem os reguladores jamais aceitaram totalmente a teoria, exatamente porque são pessoas racionais. Disseram-me que a teoria econômica percorreu um longo caminho no sentido de reconhecer e estudar as situações de desequilíbrio.

¹⁰⁴ Artigos publicados em 1997 e 1998, na revista especializada de negócios *The Atlantic*.

No entanto, a ideia *laissez-faire* de que os mercados devem ser deixados por sua própria conta continua muito influente. Eu considero uma ideia perigosa. A instabilidade dos mercados financeiros pode causar graves transtornos econômicos e sociais. (SOROS, 1998, sem paginação, *tradução nossa*¹⁰⁵).

Assim é que se justifica a compreensão de Kuntz (FARIA; KUNTZ, 2002), no sentido de que, apesar dos compromissos assumidos pelos governos durante o final do séc. XX, os direitos sociais (ou de “segunda geração ou dimensão”) elencados na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹⁰⁶ nunca se concretizaram verdadeiramente, na medida em que houve uma flexibilização de relações trabalhistas, privatização da previdência, redução de custos (equilíbrio orçamentário a qualquer custo), que fez migrar a ótica de defesa de direitos não mais como questão de cidadania ou como direito do contribuinte, mas pela ótica do consumidor, enquanto uma questão de mercado¹⁰⁷.

¹⁰⁵ No original: “Financial markets are inherently unstable, and international financial markets are especially so. International capital movements are notorious for their boom-bust pattern. During a boom capital flows from the center to the periphery, but when confidence is shaken it has a tendency to return to its source. I have seen many ebbs and flows and booms and busts, and though I fully recognize that international capital markets have become much more institutional in character and demonstrate much greater resilience, I cannot believe that the present boom will not be followed by a bust until history proves me wrong. The risk of a breakdown is greatly increased by the fact that our theoretical understanding of how financial markets operate is fundamentally flawed. Economic theory has been built on the misleading concept of equilibrium. In my view, equilibrium is elusive because market participants are trying to discount a future that is itself shaped by market expectations. For instance, a company whose stock is overvalued can use that to justify the inflated expectations of its shareholders, but only up to a point. This renders the outcome indeterminate, and it is only by accident that the actual course of events corresponds to prevailing expectations. Market participants, if they are rational, will recognize that they are shooting at a moving target rather than discounting a future equilibrium. The theory of rational expectations makes the heroic assumption that market participants as a group are in a position to discount the future accurately. That assumption may yield a hypothetical equilibrium, but it has little relevance to actual market behavior—and neither market operators nor regulators have ever fully accepted the theory, exactly because they are rational people. I am told that economic theory has gone a long way toward recognizing and studying disequilibrium situations. Nevertheless, the *laissez-faire* idea that markets should be left to their own devices remains very influential. I consider it a dangerous idea. The instability of financial markets can cause serious economic and social dislocations.”

¹⁰⁶ Como o direito de cada homem para livre escolha de ocupação; condições justas e favoráveis de atividade profissional; proteção contra desemprego, de que o Poder Público deveria administrar a seguridade social e atenuar desigualdades não corrigíveis pelo mercado por meio de tributação progressiva e pelo controle do gasto orçamentário.

¹⁰⁷ Como colocado por Kuntz: “Em processos como esse, uma obrigação pública transforma-se em negócio privado e o titular de um direito civil converte-se em consumidor de um serviço empresarial. Isso pode proporcionar algumas vantagens, mas acompanhadas, sempre, das limitações normais a quem se sujeita às regras do mercado (...) Se o Estado mantivesse uma forte presença nessas atividades, como se prevê na Constituição, os grupos privados teriam de enfrentar alguma concorrência. Como o setor público não atua, ou opera com muita deficiência, o critério das empresas privadas tende a predominar. Se a competição entre essas empresas for muito limitada (...) o consumidor ficará tanto mais indefeso quanto menos atuante for o Estado. (...) Quando a presença do Estado encolhe substancialmente, os direitos formais da cidadania perdem função prática. O acesso à educação e à assistência médica passa a depender de um contrato privado de compra e venda.” (FARIA; KUNTZ, 2002, p.11).

Nesse ponto, Gustavo Tepedino (2008) identifica um entendimento segundo o qual a cidadania – e, de certo modo, também os direitos humanos – seria um custo indesejável se considerado por uma ótica de mercado, cuja intenção de reduzir custos termina por endossar um discurso de redução da regulamentação pelo Estado para uma maior atratividade de investimentos, que por fim prejudica a própria efetivação dos valores e direitos sociais que deveriam ser implementados pelo Estado¹⁰⁸.

De fato, essa mitigação da proteção do trabalhador, que se verifica na atualidade, nada mais é do que reflexo de uma suposta dispensabilidade e desvalorização do ser humano em seu recurso mais precioso: a sua força de trabalho¹⁰⁹.

Por outro lado, também não se ignora a crítica feita a uma atuação exacerbada do Estado na economia, que pode incorrer certas vezes em mais prejuízos econômicos do que benefícios redistributivos. Ainda hoje remanesce a crítica sobre

¹⁰⁸ Nas palavras de Gustavo Tepedino (2008, p.82-83): “Prevalece, em todo esse complexo processo [da globalização], a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos. Os direitos sociais e a expansão do exercício da cidadania passam a ser vistos como custo econômico da produção, no panorama da competição internacional, sem levar em conta as desigualdades sociais de certos países, nos quais – mercê de processos histórico e político que os exclui do rol dos chamados países desenvolvidos – há de se destinar portentosa soma orçamentária às políticas públicas destinadas à efetivação da justiça distributiva (como, de resto, determina a Constituição de 1988) para que se possa garantir um mínimo de dignidade social. Cria-se, desse modo, um falso dilema entre os investimentos em fatores que ofereçam competitividade internacional e os investimentos sociais, que propiciam o pleno desenvolvimento da pessoa humana, a efetivação da cidadania, a consolidação dos direitos do homem. A busca da competitividade, nesse contexto, acaba por significar uma importação de produtos já elaborados – a melhores preços de produção – e a exportação dos empregos necessários a produzi-los, já que outros países se encontram mais preparados tecnologicamente para a competição, resultando em ulteriores fatores de desemprego, exclusão social, atentados a valores existenciais, sendo certo que, no caso brasileiro, os moldes anteriormente adotados de protecionismo interno não trouxeram competitividade, senão a consolidação de grandes cartéis e monopólios.. Tal cenário s agrava na medida em que a absorção de tratados internacionais de proteção à pessoa humana e de garantias sociais é vista com desconfiança pela mídia, exatamente pelos custos que representa, ou seja, pelo perigo de que o ingresso de novos princípios fundamentais represente um entrave à maximização dos resultados econômicos.”

¹⁰⁹ Como bem pontua Comparato (2014, p. 256-257): “A mais grave consequência da política neoliberal, estendida em pouco tempo ao mundo inteiro, foi, sem dúvida, a precarização do conjunto dos direitos da classe trabalhadora. Essa exclusão social de populações inteiras era inimaginável para os autores do *Manifesto Comunista*. Marx e Engels, com efeito, em sua análise do capitalismo, haviam partido do pressuposto de que o capital sempre dependeria do trabalho assalariado; o que daria aos trabalhadores unidos a força necessária para derrotar o capitalismo, no embate final da luta de classes. Ora, esse pressuposto não se confirmou. No final do século XX, ficou patente, em todas as partes do mundo, que a massa trabalhadora havia se tornado um insumo perfeitamente dispensável no sistema capitalista de produção. ‘O que se nos depara’, escreveu Hannah Arendt muito antes do advento do neoliberalismo, ‘é a possibilidade de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, isto é, sem a única atividade que lhes resta’. E acrescentou, com razão: ‘Certamente, nada poderia ser pior’”.

atuação do “Estado empresário”¹¹⁰, enquanto agente econômico, como assinala Nalini (2020).

Por fim, nos limites deste estudo, não se pretende uma análise aprofundada sobre a política brasileira de privatizações e concessões (ou das especificidades do modelo regulatório para cada setor da economia brasileira), que vem sendo implementada desde a década de 1990, enquanto uma das respostas à crise econômico-financeira. Busca-se tão somente a noção de que esses fenômenos integram uma concepção política sobre o grau de intervenção/atuação do Estado, a partir de um determinado modelo jurídico que dá esteio ao funcionamento do mercado, ou seja, a tese de que o mercado pode e deve ser regulamentado por meio do Direito. Importante ressaltar também que a transferência de atribuições do Estado para o setor privado, que se seguiu como consequência do movimento neoliberal, é uma realidade criticada por diversos autores utilizados no presente estudo.

2.4 REGULAÇÃO JURÍDICA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL EM NÍVEL TRANSNACIONAL

2.4.1 Normas aplicáveis à atividade empresarial transnacional

A partir daquele entendimento, de que o Estado pode (e deve) regular a economia, em especial o estabelecimento de um regramento jurídico para a atividade empresarial no âmbito do mercado – inclusive a fim de remediar eventuais imperfeições e assimetrias que possam ocasionar prejuízos econômicos, financeiros e sociais sistêmicos – é que se indaga sobre as normas aplicáveis à atividade empresarial em nível transnacional.

¹¹⁰ Consoante José Renato Nalini (2020, p.103): “O Estado não apenas intervém na economia. Quanta vez – e com tanto insucesso – pretende concorrer, competir com a iniciativa privada. De tanto mostrar-se empresário ineficiente – quando não corrupto – o Estado tende a assumir, em caráter preferencial, o papel de órgão estimulador. Milita no ‘campo do direito promocional, o qual se insere na categoria daquelas relações entre Estado e economia nas quais o Estado nem abandona completamente o desenvolvimento das atividades econômicas aos indivíduos, nem as assume para si mesmo, mas intervém com várias medidas de encorajamento dirigidas aos indivíduos’. O grande perigo é que o Estado é ganancioso, insaciável e instável. Após fragorosas derrotas na exploração de atividades rentáveis, privatizou grande parte das empresas estatais. A assunção de novos detentores do comando político, periodicamente eleitos pela massa, faz com que repense a tendência de privatização e venha a assumir um discurso estatizante. O empresariado deve estar em constante sobreaviso. A vontade estatal é menos previsível do que as oscilações climáticas.”

De início, impende esclarecer: apesar do ordenamento jurídico estabelecido pelo Estado moderno ter sido essencial para estruturar o sistema de produção capitalista e consolidação do capitalismo enquanto ideologia, remanesce a dificuldade de o Estado, por meio do direito positivo e em âmbito nacional, estabelecer um regramento específico e unitário apto a acompanhar, organizar e moldar a conduta de empresas no contexto de uma economia de mercado globalizada.

Assim, em vista da complexidade de relações transnacionais, elaborou-se uma compreensão de que a atividade empresarial não responderia exclusivamente aos estímulos (incentivos, desincentivos, e proibições) das normas emanadas pelo Estado, mas que haveria uma pluralidade de normas, estatais e não estatais, que interagem em uma verdadeira rede normativa, ou seja: distintas ordens normativas autônomas em um mesmo espaço geopolítico, inter cruzando-se e interpenetrando-se de modo constante, em diversos níveis ou camadas (FARIA,2002; FARIA,KUNTZ, 2002; NEVES, 2008; BINENBOJM, 2016).

José Eduardo Faria (2002) – utilizando-se em parte do conceito de “economia-mundo”¹¹¹ – esclarece que a decisão de organizações financeiras e ETNs não podem ser tomadas em estágios sucessivos e separadamente, motivo pelo qual ampliam seus sistemas internos de organização, métodos, manuais de produção, regulamentos disciplinares e contratos padronizados com alcance mundial, em paralelo ao ordenamento jurídico do Estado-nação em que atuam – bem como em paralelo às regras de associações técnicas e de organismos multilaterais – para que se possibilite a agilidade, flexibilidade e simultaneidade daquele processo decisório.

E, nessa conjuntura, o Estado passa a assumir uma dupla função: primeiro, de preservação da complexidade das diferentes racionalidades implícitas dos setores e agentes produtivos; segundo, de indução de processos de mútuo entendimento entre eles, de modo que disciplina mais procedimentos do que propriamente seus comportamentos. Um exemplo prático disso seria o favorecimento de métodos

¹¹¹ Importante destacar que o autor se utiliza do conceito de “economia-mundo”, pelo qual as organizações financeiras e empresariais transnacionais, em suas atividades produtivas, não podem ser decididas em estágios sucessivos ou separadamente, mas simultaneamente, motivo pelo qual ampliam sistemas de organização, métodos, manuais de produção, regulamentos disciplinares e contratos padronizados com alcance mundial, em paralelo ao ordenamento jurídico do Estado-nação em que atuam. Foge do escopo deste trabalho o aprofundamento teórico do sistema-mundo trabalhados por Fernand Braudel e aprofundado por Immanuel Wellerstein, de modo que, apenas a título de esclarecimento: o “sistema-mundo” tem como esteio uma divisão transnacional do trabalho, que resulta na divisão do mundo em países centrais, semiperiféricos e periféricos, cada qual com uma parte da produção. E essa estrutura é organizada com base na divisão do trabalho seria uma “economia-mundo”, no caso, capitalista.

alternativos de solução de conflitos que não dependem do Estado-juiz (arbitragem, conciliação e mediação).

Nesse contexto, as instituições jurídicas criadas no seio do Estado-nação sofrem um progressivo enfraquecimento, na medida em que este é forçado a compartilhar sua titularidade com diversas forças que transcendem o nível nacional: além de ter de considerar as pressões políticas internas, deve acompanhar o jogo econômico-financeiro internacional, em sua função de fiscalização da autorregulação do setor privado (FARIA, 2002).

Nesse sentido, José Eduardo Faria (2002) apresenta a concepção de que, no direito emergente com a globalização, existe um entrelaçamento de normas, em seus diversos níveis, podendo ser classificadas em ao menos quatro tipos de normas: a) **normas de direito positivo** emanadas pelo Estado-nação e no contexto do Direito Internacional; b) **normas técnicas** para atendimento de padrões mínimos de qualidade e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado, acompanhada da criação de instituições e órgãos técnico-normativos¹¹²; c) **normas de conglomerados transnacionais**: em razão das particularidades de suas plantas industriais, equipamentos, estratégias, métodos e “cultura” empresarial, essas normas são essenciais para viabilizar a autonomia jurídico-funcional de suas unidades produtivas, no plano infranacional; d) **normas de organismos multilaterais**: buscam promover harmonização e unificação ou processo de *standardization and conformance*¹¹³.

Nesse último ponto é que se pode cogitar, segundo Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012) uma tentativa de harmonização desses diversos âmbitos a partir de um objetivo comum de proteção a vulneráveis, cada vez mais especializada e interligada, que não favoreça tão somente os mais fortes (como as empresas), mas forneça uma proteção mínima aos mais fracos (como consumidores no plano internacional)¹¹⁴. Essa harmonização é auxiliada pelos estudos e recomendações

¹¹² Por exemplo: *International Accounting Standards Committee, Bank for International Settlements, International Chamber of Commerce, International Organization for Standardization, International Intellectual Property Alliance, Netherlands Oils, Fats and Oilseeds Trade Association, International Swap Dealers Association, International Bar Association*, a Associação Brasileira de Normas Técnicas.

¹¹³ Como reconhece o autor, não é algo propriamente novo, existindo desde 1893, a partir das conferências internacionais de Direito Privado em Haia.

¹¹⁴ Como apontam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012, p. 201-202), sobre a primeira declaração elaborada pelo Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores, criado pela ILA em 2010:(...) é apenas uma *Soft Law*, mas afirma três importantes pontos: 1. *Que a proteção dos consumidores deve integrar a agenda do Direito Internacional (Público e Privado e dos organismos internacionais), pois o consumidor é um agente ainda mais vulnerável nas relações jurídicas*

normativas de associações internacionais, a exemplo da *International Law Association*, que por sua vez influenciam a interpretação e formulação de outras normas (inclusive de organismos multilaterais).

Neste sentido, relata Claudia Lima Marques (2018) que, além do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (âmbito nacional), existem as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor¹¹⁵ (âmbito global), mas também foram elaboradas recomendações do Comitê de Proteção Internacional ao Consumidor da *International Law Association* (ILA) – por meio de duas resoluções: i) Declaração de Sofia de Princípios Internacionais de Proteção do Consumidor (Resolução ILA n. 4/2012) e de um Guia e Recomendações sobre a proteção internacional de consumidores¹¹⁶ (Resolução ILA n. 2/2016) – os quais, somados aos estudos da *International Association of Consumer Law*, ampliam o debate internacional sobre a proteção do consumidor, servindo enquanto instrumento de *soft law*, que corroboram com aquela harmonização.

Todavia, importante enaltecer que, ao contrário de um ordenamento coeso e sem contradições, esse “emaranhado” normativo, emanado de diversos atores sociais distintos, poderá também resultar em situações conflitantes¹¹⁷. Como indica José Eduardo Faria:

internacionais. Em outras palavras, não podemos mais aplicar as regras da *Lex Mercatoria* ou os tratados internacionais elaborados para comércio internacional entre empresários pra os consumidores, devemos sim reconhecer e presumir que os consumidores são agentes vulneráveis, e mais vulneráveis ainda quando agem nesse cenário internacional, em contato com leis, costumes e línguas que não estão acostumados. Daí que o tema a proteção dos consumidores deve ser um novo tema do direito internacional privado e público e de todos os organismos internacionais que se dedicam a elaborar normas, harmonizá-las e uniformizar o mercado mundial e globalizado de hoje. 2. *Que justamente por esta vulnerabilidade qualificada dos consumidores nos contratos e delitos de consumidores devem ter o direito que se apliquem as normas imperativas nacionais ou normas de ordem pública mínima de proteção e, em especial, devem poder se beneficiar da aplicação da lei mais favorável a elas*. Em outras palavras, que neste cenário internacional é a lei ou que liberta, que protege, que assegura um mínimo de proteção imperativa, mesmo sendo um direito estatal, interestatal ou supranacional e não podemos deixar que apenas as regras da economia dominem este cenário. As normas imperativas nacionais e supranacionais devem ser valorizadas. A globalização e a liberalização dos mercados não podem beneficiar apenas empresas, mas os consumidores também devem poder se beneficiar da lei a eles mais favorável. 3. *Que considerando as consequências da crise financeira mundial, iniciada justamente por uma inadequada regulamentação legal do crédito ao consumidor, há necessidade de assegurar uma efetiva, leal e transparente regulamentação dos serviços financeiros perante os consumidores, que reconheça o papel central dos consumidores no mundo de hoje.*”

¹¹⁵ No original: United Nations Guidelines for Consumer Protection.

¹¹⁶ No original: Recommendations and Guidelines on the Best Practices on the Law Applicable to International Consumer Contracts.

¹¹⁷ Entre os exemplos dados, seguem os principais exemplos: a) – metalúrgicas alemãs queriam substituir acordos salariais de nível nacional por acordos negociados ao nível de empresas, enquanto organismos multilaterais esforçavam-se para impor acordos setoriais em escala mundial; b) – países desenvolvidos em favor da completa liberalização do comércio exterior apenas dos países em desenvolvimento, embora os próprios países desenvolvidos estejam envolvidos em protecionismo (Como

Esse é o aspecto mais visível das mudanças estruturais em questão: os inevitáveis confrontos entre iniciativas jurídicas de atores – governos, empresas públicas ou privadas e organismos multilaterais – com distintos graus de poder, interesses e institucionalização, resultando em situações muitas vezes contraditórias e paradoxais (FARIA, 2002, p 143).

Essas normas formam a racionalidade jurídica atual, que resulta em instituições descentralizadas, procedimentais e de facilitação, em oposição àquelas altamente centralizadoras, substantivas e finalísticas desenvolvidas no pós-guerra pelo Estado de bem estar social – essas regras não pretendem evitar conflitos e não tem pretensão de controlar ou regular os processos socioeconômicos ou impor fins aos seus participantes, mas se limitam a neutralizar eventuais disfunções de mercado. Não pretende resultados concretos por meio da disciplina conformadora, padronizadora e tipificadora de comportamentos, mas sim a coordenação dos particularismos jurídicos, microssistemas normativos inseridos no contexto da cadeia produtiva da economia globalizada.

Essa racionalidade normativa advinda com globalização – que não deixa de ter esteio no modelo do Estado-nação e sua soberania – apresenta duas tendências¹¹⁸: 1 – o emprego de conceitos de Direito Internacional como referência para identificação da cultura, regulações e instituições jurídicas surgidas a partir da transnacionalização dos mercados; 2 – tratar cadeias normativas da “economia-mundo”, formas legais transacionais e a intersecção das regras autoproduzidas pelas ETNs direito positivo dos Estados-nação a partir de uma perspectiva jurídica que reconheça essa pluralidade de normas¹¹⁹.

a Secção 301 da Lei de Comércio dos EUA) ou a imposição da agenda americana em paralelo ao discurso de respeito aos procedimentos conciliatórios e de acordos multilaterais – tendência essa que, ainda em 2020, é bastante presente; c) pressões de conglomerados transnacionais (biotecnologia e software) sobre países em desenvolvimento para adoção de legislação de marcas e patentes, ao mesmo tempo em que também reivindicavam a desregulamentação e a deslegalização de outras áreas, em nome da liberdade de concorrência; d) Convenção 158 da OIT, sobre o poder de despedir empregados, que permite a Estados flexibilizarem legislação trabalhista em favor de empresas, que adequaram seu quadro de funcionários conforme oscilações do mercado, com custos reduzidos; e governos de países latino-americanos desregulam seus mercados e aumentam taxas de juris para atrair capitais estrangeiros a fim de estabilizar suas moedas, no entanto possuem a necessidade de simultânea de regular a entrada dos recursos de curto prazo.

¹¹⁸ No entanto, conforme indicado pelo autor, ambos eram tratados de forma secundária, o primeiro em razão do baixo grau de coercibilidade, indiferenciação hierárquica de suas normas e polêmica sobre viabilidade de um poder formal soberano em nível supranacional, o segundo pelo potencial corrosivo ou disfuncionalidade no âmbito da dogmático, em razão da existência de várias ordens jurídicas num mesmo espaço geopolítico, relacionando em complementariedade, confrontação ou desarticulação.

¹¹⁹ Como indica o autor: “Os conceitos e as categorias do Direito Internacional se tornam bastante úteis para a identificação e análise das instituições jurídicas advindas com a globalização econômica. Afinal,

Essa tensão relacionada às fontes do direito (entre fontes internas *versus* transnacionais) também é identificada por Gustavo Tepedino (2008) como decorrência¹²⁰ de duas tendências contraditórias, a primeira relacionado ao intervencionismo supranacional sobre o direito interno, de caráter autoritário, que mitiga o espaço de planejamento e regulação do Direito por parte do Estado, fixando metas para cada país; e a segunda, em excessivo liberalismo sobre transferências de tecnologia, mão-de-obra e investimentos, com a queda de barreiras alfandegárias como meio de formar mercados supranacionais.

conforme já foi visto nos capítulos anteriores, no atual cenário de policentrismo mundial, de relativização do princípio da soberania, de dispersão do poder normativo entre governos, organismos multilaterais, instituições financeiras internacionais e conglomerados transnacionais e de interpenetração crescente entre os domínios público e privado, o direito positivo do Estado-nação já não dispõe mais de condições para se organizar quase exclusivamente sob a forma de atos *unilaterais*, transmitindo de modo “imperativo” as diretrizes e os comandos do legislador. Com o advento do fenômeno da globalização, cada vez mais esse direito tem sido obrigado a assumir as feições de um ato *multilateral* cujo conteúdo, exprimindo vontades concordantes em torno de objetivos comuns, resulta de intrincados processos de entendimento que se iniciam antes de sua propositura parlamentar ou de sua edição pelo Executivo e terminam, muitas vezes, no momento de sua aplicação. Pelos diferentes fatores econômicos e políticos até aqui já apontados, esse direito está sendo reorganizado hoje em bases bem mais gerais e bastante flexíveis. E como suas regras vêm deixando de lado a regulação direta das condutas econômicas, limitando-se a atuar numa perspectiva indireta, estabelecendo procedimentos para negociações e acordos, elas podem ser comparadas às normas e às *soft laws* utilizadas pelo Direito Internacional para assegurar a coexistência e a cooperação entre as nações. Também não é difícil compreender a tendência de valorização do pluralismo no âmbito do pensamento jurídico contemporâneo. Na medida em que sob essa generalidade e flexibilidade do novo perfil do direito positivo do Estado-nação as organizações financeiras internacionais e as corporações transnacionais formam complexas redes de acordos formais e informais em escala mundial, estabelecendo suas próprias regras, seus procedimentos de auto-resolução de conflitos, sua cultura normativa e até mesmo seus critérios de legitimação, bem como definindo suas próprias identidades e regulando suas próprias operações, o que se tem na prática é uma inequívoca situação de pluralismo jurídico; pluralismo esse aqui encarado na perspectiva de sobreposição, articulação, intersecção e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados. Tendo como característica básica a “porosidade” dessas múltiplas redes normativas, esse tipo de pluralismo é que confere tanto a especificidade quanto a originalidade das intuições de direito emergentes com o fenômeno da globalização econômico.” (FARIA, 2002, p.155-156)

¹²⁰ Na verdade, trata-se de uma das três consequências da globalização elencadas pelo por Tepedino (2008, p. 81-82), nos seguintes termos: “Verifica-se, em primeiro lugar, um choque de fontes: o ordenamento interno, quase sempre intervencionista, destinado a garantir a igualdade substancial no cenário nacional, fruto de formações legislativas do pós-guerra e, no caso brasileiro, consagrado pela Carta de 1988, e as fontes externas, supranacionais, que se pretendem liberalizantes no intuito de facilitar a formação dos mercados e das transferências de capital e trabalho. Ocorre que tal contraste normativo não pode significar um aniquilamento dos valores internos que asseguram a estabilidade social e o respeito à tábua axiológica nacional. Em segundo lugar, percebe-se a tentativa de suplantar, através da normatização supranacional, as conquistas sociais internas, as quais acabariam por representar barreiras não tarifárias à unificação dos mercados globalizados. O exemplo típico deste fenômeno é o nosso Código de Defesa do Consumidor, que impõe restrições à atividade econômica dos fornecedores bem mais rígidas que aquelas a que são submetidos os empresários dos demais países do Mercosul. Sublinhe-se, em terceiro lugar, o risco de se subestimar e comprimir as realidades culturais internas, no âmbito das quais se encontram consagrados altos níveis de demandas coletivas, novos direitos, conquistas sociais importantes.

Em uma outra ótica, Marcelo Neves – que, impende esclarecer, parte de uma leitura sistêmica do Direito¹²¹ – reconhece a existência de uma realidade “multicêntrica”¹²² e da autonomia das mais diversas esferas (comunicação, política, econômica), mas não retira a centralidade normativa no modelo de Estado-nação, muito menos o seu esvaziamento¹²³.

Por outro lado, Gustavo Binenbojm (2015) entende que, na atualidade, há uma tendência de mescla das normas não estatais, enquanto forma de autorregulação, e as normas estatais, enquanto regulação estatal e, por meio de outros arranjos

¹²¹ No caso, o autor se utiliza largamente dos conceitos do pensamento sistêmico apresentados pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, e não de Braudel e Wallerstein. Como pontuado por Marcelo Neves (2008,p.28) embora a sociedade mundial não possa ser identificada economicamente com o sistema capitalista mundial no sentido de Immanuel Wallerstein, pois ela é multicêntrica, cabe defini-la como uma sociedade que se desenvolve *primariamente* com base nas expectativas cognitivas (economia, ciência e técnica). Formulando de maneira mais específica, ela pode ser caracterizada por “um primado social da economia” ou como uma “sociedade econômica”.

¹²² Segundo o Neves (2008, p. 23), o constitucionalismo relaciona-se com transformações estruturais que engendraram as bases para o surgimento da sociedade moderna. O incremento da complexidade social levou ao impasse da formação social diferenciada hierarquicamente da pré-modernidade, fazendo emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação, em termos de sistemas diferenciados funcionalmente na sociedade moderna. Há não só um desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional. Mediante esse processo, a sociedade torna-se ‘multicêntrica’ ou ‘policontextural’. Isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente se desenvolve em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna ‘centro do mundo’, a policontexturalidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades paralelas(...).

¹²³ Conforme destaca Marcelo Neves (2008, p.34): “A diminuição da capacidade regulatória do Estado com a emergência de novos problemas globais relaciona-se, paradoxalmente, com o incremento das tarefas que se apresentam ao Estado em face dos novos desafios da sociedade mundial. Neste sentido, parece-me mais frutífera uma análise que, sem desconhecer a emergência de novos atores, sistemas, “regimes” ou “redes” globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, leve em conta que o Estado ainda é um foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial. Porém, no que diz respeito ao modelo de Slaughter, também se me afigura problemática a ideia de fronteiras nítidas entre redes governamentais e redes privadas ou quase públicas de atores globais. Antes, o que tem ocorrido é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.”

regulatórios¹²⁴, como a corregulação¹²⁵ e autorregulação regulada¹²⁶, práticas que favorecem a elaboração de normas consentidas, as quais tendem à uma eficácia maior, ainda que – como o próprio autor reconhece – nem sempre essa cooperação seria positiva¹²⁷.

2.4.2 Lex Mercatoria: uma autorregulação da atividade empresarial?

¹²⁴ Como indica Binenbojm (2015, p. 301): “Pois bem. O direito administrativo contemporâneo tem buscado conciliar as formas privadas de autorregulação com as exigências publicísticas de participação, transparência e *accountability*, próprias da regulação estatal, produzindo arranjos institucionais híbridos, como a *corregulação* e a *autorregulação regulada*. Num processo que busca promover a harmonia otimizada entre resultados mais eficientes com algum lastro de legitimidade política e jurídica, conjugam-se os giros pragmático e democrático-constitucional do direito administrativo. Analisando-se as estratégias institucionais aptas a estimular fenômenos cooperativos na regulação, cumpre distinguir os dois modelos situados nos extremos opostos da gradação regulatória: de um lado, a heterorregulação estatal, fundada, principalmente, na edição de normas de comando e controle, fiscalizadas e implementadas pelo aparato do Estado, com a finalidade de conformar ou estimular o comportamento dos particulares a objetivos de interesse da coletividade; de outro lado, a autorregulação propriamente dita, consistente na cooperação espontânea e voluntária entre os particulares, no sentido de erigir códigos de conduta sob a forma de *soft law* ou outros mecanismos aptos a conformar o seu comportamento a objetivos de interesse social. Entre esses dois polos surgem modelos híbridos, como já dito, dispostos em variados arranjos institucionais envolvendo entes estatais e privados.”

¹²⁵ Na definição do autor: “A corregulação é um modelo regulatório fundado na divisão de tarefas e responsabilidades entre o Estado, agentes regulados e partes interessadas, cuja concretização se dá, formalmente, por meio de delegação de tarefas pelo Poder Público, mediante fixação de parâmetros sob controle estatal. Nesse caso, é possível que os particulares sejam exortados a desenvolver ou dar concretude a um corpo de princípios básicos editados pelo Estado, por meio de lei ou de regulamento, sob a supervisão de um regulador estatal. De outro modo, é também possível que a lei atribua a uma entidade privada específica a prática de um ato de polícia (a emissão de um atestado ou uma certificação) do qual dependa, v.g., a expedição de uma licença administrativa.” (BINENBOJM, 2015, p.301-302).

¹²⁶ Para o autor: “A expressão *autorregulação regulada* designa o conjunto de arranjos em que a ordenação é exercida predominantemente por entidades privadas, com variações entre si quanto à *forma*, *momento* e *intensidade* em que se perfaz o controle ou a supervisão estatal. Em rigor, portanto, a corregulação pode ser também enquadrada como uma *espécie do gênero autorregulação regulada*, na qual há divisão mais ou menos equânime de tarefas e responsabilidades entre o Estado e o regulador privado. Conforme o caso, a atuação cooperativa dos particulares pode resultar de um ato de *delegação prévia* do Estado ou de um reconhecimento *a posteriori*, quando então as normas privadas adquirem foro de oficialidade. Existe, ainda, a possibilidade de que a lei preveja um *dever de autorregulação*, de modo a preservar a imunidade de algumas liberdades fundamentais, mas em harmonia com outros interesses essenciais da coletividade. Em alguns casos, razões pragmáticas ligadas à estrutura de determinados mercados podem justificar a opção por uma autorregulação privada, porém obrigatória e centralizada, sujeita a intensa regulação estatal.” (BINENBOJM, 2015, p.302-303).

¹²⁷ Nas palavras de Binenbojm (305-306): “Cumpre reconhecer, todavia, que os resultados da cooperação não serão necessariamente positivos, tendo em vista a possibilidade de constituição de cartéis ou outros acordos com impactos similares, destinados a limitar ou anular a concorrência, com efeitos, principalmente, sobre os preços e a qualidade de produtos e serviços. Entretanto, as potencialidades da cooperação devem ser priorizadas e estimuladas, sobretudo devido à maior tendência de cumprimento de normas quando os destinatários as demandam ou participam de sua elaboração, enquanto resultado de um processo de autovinculação. Em tais casos, a cooperação tem sido apta a produzir um conjunto reforçado de normas comportamentais que proporcionam maior transparência e segurança jurídica a todos os envolvidos na regulação.”

Não é demais enfatizar que, além das normas “oficiais” emanadas pelo Estado e pelo Direito Internacional, alguns autores reconhecem também a existência de normas emanadas pelo setor privado. E tais normas, importante destacar, não se limitam aos códigos e regulamentos internos elaborados pelas próprias ETNs, mas vão além para abranger um conjunto de práticas e condutas de determinados segmentos econômicos, muitas vezes chamadas de *Lex Mercatoria*¹²⁸.

Por esse motivo, a *Lex Mercatoria* é tratada por vezes também como um instrumento da autorregulação, que historicamente precede e influencia normas oficiais do Estado e do próprio Direito Internacional Privado (FARIA, 2002), ainda que sejam formadas a partir de práticas consensuais, menos formais e mais flexíveis, por determinados grupos¹²⁹ (COMPARATO; 2014).

Por outro lado, também pode ser considerada enquanto um modo de se utilizar o direito por uma determinada classe, historicamente identificada, que facilite transações comerciais e favoreça o processo de acumulação de riqueza, sem maiores embaraços, muito mais do que enquanto uma forma de autorregulação da atividade empresarial propriamente dita, como bem colocado por Eros Grau (2008), com esteio em Francesco Galgano:

¹²⁸ Sobre o surgimento da *Lex Mercatoria* e sua posterior interação com as normas emanadas pelos Estados, José Eduardo Faria (2002,p.160-161) esclarece nos seguintes termos: “Forjada a partir dos séculos XI e XII com base nas necessidades dos comerciantes europeus e navegadores empenhados em abrir novos mercados, de contar com uma ordem jurídica que servisse aos seus interesses onde quer que atuassem, a *Lex Mercatoria* é um conjunto de regras e princípios costumeiros reconhecidos pela comunidade empresarial e aplicado nas transações comerciais internacionais independentemente de interferências governamentais. Tendo aparecido muito tempo antes do advento do Estado moderno, esse ‘Law Merchant’ lida com um grupo particular de pessoas (os mercadores) em locais específicos (feiras, mercados, portos etc.); é totalmente distinto dos direitos locais, feudais, reais e eclesiásticos; tem um caráter auto-regulador em escala transnacional; é administrado não por juízes profissionais, mas pelos próprios comerciantes, utilizando como critério básico o princípio da equidade (no sentido medieval de *fairness*); e se destaca pela vinculação e segurança propiciada aos contratos, pela diversidade de procedimentos para o estabelecimento, a transmissão e o recebimento dos créditos e pela rapidez e informalidade da adjudicação (...). Com o tempo, porém, a economia internacional se expandiu, a comunidade empresarial se diversificou internamente e as práticas e costumes comerciais se tornaram cada vez mais complexos, perdendo assim a transparência e a previsibilidade originárias. A partir do Estado moderno, seu ordenamento jurídico progressivamente incorporou o “direito dos mercadores” e a evolução do comércio mundial abriu caminho para o aparecimento do Direito Internacional Privado.”

¹²⁹ Como enaltece Fábio Konder Comparato (2014, p.74): “Além disso, nos negócios mercantis, o novo direito dos mercadores (*ius mercatorum*) desenvolveu-se em torno de contratos consensuais, despidos de toda solenidade; contratos esses que, por isso mesmo, podiam ser concluídos rapidamente e em grande número. No direito feudal, bem ao contrário, os contratos eram sempre solenes, celebrados perante o notário e, muita vez, perante a autoridade eclesiástica. Daí a importância excepcional que assumiu desde logo no mundo burguês a palavra dos contratantes, como garantia absoluta de cumprimento do negócio.”

O *ius mercatorum* – observa Francesco Galgano (1980/ 39 e ss.) –, antes de referir uma parte do direito, é expressão que significa *um modo particular de usar o direito*: chama-se *ius mercatorum* porque é criado pela classe mercantil e não porque regule a atividade dos mercadores. Essa criação responde à necessidade de substituir-se o direito romano, voltado à conservação, por um novo direito, que propiciasse a *acumulação de riqueza*, ao mesmo tempo permitindo que a *estabilidade* das relações jurídicas, que aquele preservava, fosse transformada em *mutabilidade*. A busca da acumulação de riqueza, de outra parte, conduziu ao surgimento do princípio da liberdade das formas jurídicas, em oposição ao rigorismo formal do direito romano. Esse novo direito é, assim, expressão da prevalência das razões do comércio sobre as razões da propriedade. (GRAU,2008, p. 65).

Uma das características mais notáveis dessa Lex Mercatoria seria o fato de se produzir a partir do consenso e de possuir uma flexibilidade maior do que aquela apresentada pela formatação jurídica formalista em relação àquela estrutura herdada do sistema jurídico anterior ao Estado moderno (leia-se: direito romano ou ainda um direito feudal). Essa flexibilidade, incorporada e endossada pelo ordenamento jurídico do Estado moderno, é um ponto favorável à formação das relações negociais e que, portanto, não pode ser desconsiderado.

Com efeito, alguns autores enaltecem a importância e a influência dessas normas advindas da Lex Mercatoria ainda na atualidade, não apenas como um produto histórico que precede o Estado-moderno, mas no bojo do próprio sistema de produção capitalista e de uma economia de mercado já globalizada, ao passo em que permanecem como auxílio à própria formação e eventual incorporação pelas normas estatais emanadas pelo Estado-nação, que busca, por meio dessa positivação, a harmonização daquela pluralidade normativa.¹³⁰

¹³⁰ Nesse sentido, como exposto por Eros Grau (2010, p.274-275): “4. Em suma: (i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado; (iii) este, direito posto pelo Estado, surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos. 5. A globalização financeira conduz, no entanto, ao esgarçamento, à deterioração da capacidade estatal de por o direito (= direito posto). Os mercados financeiros globalizados passam a ser regulados por outros sujeitos que não o Estado. O *mínimo normativo* indispensável ao seu funcionamento é estabelecido à margem dele, como *lex mercatoria* auto-regulatória. O que neste ponto desejo observar é o fato de, no plano do direito privado, o Código Civil ser codificação de preceitos normativos que ordenam relações sociais entre pessoas, simplesmente; surge quando o Estado deles se apropria, produzindo direito posto. Além desses, porém, também dos preceitos aplicáveis aos que praticam atos de comércio apropria-se o Estado, inserindo-os no quadro do direito positivo. O substrato do sistema de Direito Comercial é integrado por dois tipos de normas: (i) aquelas originárias dos próprios comerciantes, em sua prática - a *lex mercatoria*, assim chamada porque por eles próprios produzida - e (ii) aquelas nascidas de autoridades exógenas aos comerciantes. O Estado ‘recebe’ as primeiras, produzindo originariamente as segundas para, ao legitimá-las, compor aquela harmonia sem a qual não há mercados. Ora, o fato de o Direito Comercial ser fruto de formação autônoma, no âmbito de uma classe, permite o seu desenvolvimento no plano internacional, em obediência às suas próprias

No mais, para além dos tipos de normas aplicáveis (ou estudo das fontes normativas), o estudo sobre como se dá a autorregulação concretamente considerado dependeria também de outros fatores, como as especificidades de um dado mercado nacional, identificação do segmento de mercado (por exemplo, mercado financeiro ou bancário, mercado da aviação, mercado da indústria de automóveis, etc.), bem como da utilidade pública dada a bens e serviços veiculados no âmbito daquele mercado.

Essa não deixa de ser uma das preocupações para o Direito Concorrencial¹³¹, conforme Calixto Salomão Filho (2001), inclusive em relação a questão da implementação de um sistema de concorrência que, guiado por valores e princípios democráticos, possui um caráter eminentemente instrumental ao aplicar modelos jurídicos para a economia, em setores específicos do mercado – modelos estes que são passíveis de aprimoramento de acordo com a experiência econômica de cada sociedade¹³².

exigências. Isso ocorre, em tempo de globalização financeira, de modo exacerbado. Paradoxalmente, no entanto, isso se dá precisamente no momento em que ao Estado se atribui a responsabilidade pela *performance* das economias nacionais. De todo modo, embora sempre tenha sido assim, desde o surgimento do Estado moderno, é a contraposição entre as idéias de *Lex Mercatoria*, de uma banda, e de nomos da terra, lugar e direito (geo-direito), de outra, que hoje nos coloca diante de desafio fascinante.”

¹³¹ Aliás, eis a grande diferença entre a regulação e o direito antitruste que, segundo a ótica do autor de Calixto Salomão Filho (2001, p. 30), a regulação possuiria um objetivo e uma função maiores, de estabelecimento de um verdadeiro sistema de concorrência, que exigem uma intervenção ainda maior no âmbito econômico. Como destaca o autor: “Em termos bem simples a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativista costuma chamar de atos de controle e de fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restrinja ao controle, mas preocupe-se com a verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência.”

¹³² Como defendido pelo autor, alhures (2001, p.33-34): “A formação democrática de valores e regras deve ser coletiva. “Coletiva” não significa necessariamente estatal. Pode referir-se a grupos maiores ou menores de pessoas. Isso não significa que esse conhecimento seja teórico ou artificial. O *Digesto* romano, obra jurídica mais duradoura e influente da história da Humanidade, nada mais é que a compilação estruturada de casos práticos. Essa definição da relação entre valores e conhecimento da sociedade é bastante cristalina no campo econômico. Como visto, a proteção da concorrência leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor “concorrência” influi, portanto, duplamente sobre a realidade – primeiro modelando-a e, em seguida, permitindo o seu conhecimento. Essa última frase cria uma aparente perplexidade. O normal parece ser o processo inverso – primeiro conhecer e depois modelar. Não assim no direito concorrencial. A regra jurídica aí é eminentemente instrumental. A afirmação da concorrência como valor fundamental (modelagem) garante a liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor. Ele, então, descobrirá sozinho a solução mais adequada para as suas necessidades. Aplicada genericamente, essa afirmação da força cognitiva do Direito implica uma transformação do próprio Direito. Transformação necessária, pois o Direito tem um importante papel cognitivo. Um sistema jurídico que pretende possibilitar à sociedade corrigir a si mesma precisa necessariamente permitir a essa sociedade conhecer a si própria. Em um sistema jurídico assim idealizado as regras jurídicas mudam necessariamente de natureza. Não é mais possível que prevaleçam as regras mandamentais do antigo Estado Liberal. O ordenamento jurídico passa a ser formado, precipuamente, de regras

A proposta do presente estudo não é de aprofundamento de um segmento de mercado específico, mas sim de compreensão da própria concepção de mercado. No máximo, da criação de mercados nacionais e de sua intrincada relação com a economia global e sobre a possibilidade de regulação das atividades econômicas realizadas por meio dele, a partir de uma análise ampla, geral e de certa forma abstrata.

Essa ressalva é importante, pois, uma ideia de Lex Mercatoria e sua relação com a regulamentação estatal atual, indubitavelmente, estaria mais próxima de práticas e condutas compartilhadas por determinado segmento do mercado, por grupos que lidam com atividade econômica a partir de um modelo jurídico específico – localizados em um dado contexto histórico, econômico, social e cultural – do que enquanto normas perenes, imutáveis, e que se aplicam universalmente por “mercadores” abstratamente considerados.

Esse esclarecimento passa a ser importante, na medida em que, em razão dos efeitos peculiares de uma globalização em seu aspecto econômico e financeiro mais recente na história do mundo, alguns setores específicos da economia apresentam um desafio (e uma resistência) ainda maior para a atuação do Estado.

Neste último ponto, é que aquela dificuldade apontada no início da seção 2.3.3 se evidencia com mais clareza, e redundando em severas críticas a forma como certos segmentos de mercado podem ser mais ou menos regulados, para atendimento interesses de grupos específicos – quando, em verdade, deveriam sofrer maior controle ou até mesmo restrição. Um desses segmentos, apenas para indicar como exemplo, seria o setor financeiro.

institucionais e procedimentais. A mudança institucional é, então, obtida não por um experimentalismo político vazio de valores e de discussão política, mas sim de um bem estruturado e debatido conjunto de valores e regras institucionais. As regras institucionais e procedimentais contêm em si valores democraticamente estabelecidos e debatidos. Por outro lado, não predefinem a solução mais conveniente. Ao mesmo tempo em que dão estabilidade ao sistema e garantias ao cidadão, permitem o experimentalismo social e institucional. O Direito assim concebido leva à – e não decorre da – solução mais justa. É o sistema a um só tempo mais seguro – pois tem instituições seguras – e mais flexível, já que permite seu próprio aperfeiçoamento. É exatamente isso que procura fazer a teoria jurídica do direito concorrencial. Garantindo a instituição (concorrência) e seu efetivo desenrolar através de regras comportamentais e estruturais (que são procedimentais na medida exata em que não impõe um resultado, efeito ou comportamento, mas apenas garantem que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e equânime, sem prevalência de uns sobre outros), essa teoria pretende assegurar a possibilidade de os agentes econômicos coordenarem suas relações da forma mais justa e eficiente. A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental da regulação. Na sua aplicação deve o Estado agir com energia, garantindo a existência de concorrência (é sempre bom lembrar, concorrência não se confunde com mercado. Requer, isso sim, diluição forçada do poder econômico).”

Assim, antes de se considerar qual ou quais normas de direito se aplicam a à atividade de ETNs, é importante perceber que essas relações terminam por ser reguladas por diversas normas que não emanam apenas do Estado, mas também por atores sociais diferentes do Estado, em diversos níveis. Deste modo, as suas ações serão enquadradas também a partir de uma ótica de Direito Internacional – em especial de Direitos Humanos – e também pelas normas éticas adotadas pelo setor de mercado que eventualmente estejam inseridas.

3 LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL DE ETNS

3.1 ÉTICA E A ATIVIDADE EMPRESARIAL

A compreensão sobre a economia de mercado global e a possibilidade de regulação jurídica das atividades econômicas foram conceitos desenvolvidos ao longo das seções anteriores. A partir disso, a indagação que surge é se, para além da possibilidade de regulação jurídica da economia, haveria algum *patamar mínimo* ético relacionado à atividade empresarial de ETNs, em nível global ou transnacional.

De volta ao discurso do Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus¹³³ que, na ocasião, enfatizou a necessidade de adoção de estratégias de enfrentamento da pandemia envolvendo a sociedade como um todo (empresas, Estado, sociedade civil, academia), finalizando-o com o que poderia ser o epitome da *fraternidade* em uma nova era de relações humanas: “E vamos cuidar um do outro, porque precisamos um do outro”¹³⁴(WHO, 2020).

Mas, até que ponto essa reflexão, de cunho eminentemente ético, seria transmutada em uma preocupação jurídica? Qual a relevância dessa ética, aparentemente abstrata e idealista, se comparada com a atividade empresarial, guiada pela eficiência e pelo pragmatismo econômico que, a princípio, desconsidera aspectos morais?

Inicialmente, cumpre indicar que as palavras *ética* e *moral*, muitas vezes, são tratadas como sinônimas. Não cabe, nos estreitos caminhos do presente estudo, abordar a questão terminológica que é suscitada. Adota-se, no entanto, uma possibilidade de compreensão da Ética enquanto uma ciência dos costumes (dotada, portanto, de objeto, método e regras) que versa sobre a moral (seu objeto), e que serve para reflexão sobre a finalidade da conduta humana¹³⁵.

¹³³ V. nota 1, introdução.

¹³⁴ No original: “I have said from the beginning that countries must take a whole-of-government, whole-of-society approach, built around a comprehensive strategy to prevent infections, save lives and minimize impact. (...) And let’s all look out for each other, because we need each other.”

¹³⁵ Nesse sentido, válida a compreensão de Renato Nalini (2009, p. 21): “Ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. É uma ciência, pois tem objeto próprio, leis próprias e método próprio, na singela identificação do caráter científico de determinado ramo do conhecimento. O objeto da Ética é a moral. A moral é um dos aspectos do comportamento humano. A expressão moral deriva da palavra romana *mores*, com o sentido de costumes, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática. Com exatidão maior, o objeto da ética é a moralidade positiva, ou seja, ‘o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem’. A distinção conceitual não elimina o uso corrente das duas expressões como

Neste sentido é que, em Aristóteles (1991), já era possível conceber um sentido ou um propósito maior para a conduta. O ser humano orienta-se para um fim (ou bem maior). Essa finalidade, pela ótica aristotélica, seria a felicidade (*eudaimonia*), que por sua vez não se confunde com prazeres do corpo, riquezas terrenas e honras, mas a virtude, a qual seria realizada a partir de uma vida equilibrada. A finalidade da conduta humana vai muito além da busca de uma satisfação do indivíduo, pois abrange a atuação do indivíduo no campo político, em âmbito coletivo, enquanto cidadão¹³⁶.

Em razão do debate suscitado sobre a conduta humana e sua finalidade coletiva é que, no contexto da sociedade de economia de mercado global, abre-se o debate sobre se um padrão comportamental, um sentido, uma gama de valores para guiar a atividade econômica realizada no âmbito do mercado – enfim, uma *ética empresarial* – deveria visar a melhoria de vida das pessoas em sociedade.

Esse questionamento se torna ainda mais relevante a partir da constatação de grandes desigualdades econômicas e sociais, as quais abalam sobremaneira as relações humanas na economia de mercado. Apenas para evidenciar essa desigualdade, Branko Milanovic (2016) comparou os rendimentos reais de diversos grupos de pessoas, de 1998 a 2008, a partir de dados e estimativas realizadas por diversas instituições multilaterais e grupos econômicos de abrangência global.

Nesse contexto, Milanovic (2016) apresenta dois grupos de *vencedores* da globalização: o primeiro, formado pela classe média global (maioria localizada na China e países asiáticos), composto por pessoas que saíram da extrema pobreza graças a fenômenos preponderantes da década de 1990 – notadamente, a revolução

sinônimas. A origem etimológica de Ética é o vocábulo grego ‘ethos’, a significar ‘morada’, ‘lugar onde se habita’. Mas também quer dizer ‘modo de ser’ ou ‘caráter’. Esse ‘modo de ser’ é a aquisição de características resultantes da nossa forma de vida. A reiteração de certos hábitos nos faz virtuosos ou viciados. Dessa forma, ‘o ethos é o caráter impresso na alma por hábito’. Como os hábitos se sucedem, ornar-se por sua vez fonte de novos hábitos. O caráter seria essa segunda natureza que os homens adquirem mediante a reiteração de conduta. Sob essa vertente, ‘moral’ e ‘ética’ significam algo muito semelhante. Por isso a aparente sinonímia das expressões ‘valor moral’ e ‘valor ético’, ‘normas morais’ e ‘normas éticas’. Todavia, a conceituação de ética ora adotada autoriza distingui-la da moral, pese embora aparente identidade etimológica de significado. *Ethos*, em grego, e *mos*, em latim, querem dizer costume. Nesse sentido, a ética seria uma teoria dos costumes. Ou melhor, a ética é a ciência dos costumes. Já a moral não é ciência, senão objeto da ciência. Como ciência, a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis.”

¹³⁶ Como sintetiza o filósofo grego Aristóteles (1991, p.2): “Ora, como a política utiliza as demais ciências e, por outro lado, legisla sobre o que devemos e o que não devemos fazer, a finalidade dessa ciência [Ética] deve abranger as das outras, de modo que essa finalidade será o bem humano. Com efeito, ainda que tal fim seja o mesmo tanto para o indivíduo como para o Estado, o deste último parece ser algo maior e mais completo, quer a atingir, quer a preservar. Embora valha bem a pena atingir esse fim para um indivíduo só, é mais belo e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as cidades-Estados.”

tecnológica, abertura de mercados dos países em desenvolvimento, mão-de-obra relativamente barata e altamente especializada – e conseguiram um aumento de suas rendas reais, ainda que relativamente inferiores se comparados com a renda, educação e *status* da classe média de países industrializados (especialmente localizados no Ocidente); o segundo, extremamente seletivo, integrado por plutocratas globais (em especial, o centésimo do centésimo do 1% da população mais rica¹³⁷). Por outro lado, os principais *perdedores* da globalização estariam entre a classe média dos países desenvolvidos (Europa, Estados Unidos) e pessoas em extrema pobreza em países em desenvolvimento (principalmente localizados na América Latina e África). Como coloca Milanovic em números impactantes (2016, p. 41-42, tradução nossa¹³⁸):

Em 2013, de acordo com a lista de bilionários da Forbes, havia 1.426 indivíduos no mundo cujo patrimônio líquido era igual ou superior a US \$ 1 bilhão. Esse pequeno e seletivo grupo, junto com seus familiares, representa um centésimo de um centésimo do 1% global. O total de seus ativos é estimado em US \$ 5,4 trilhões. De acordo com um relatório do Credit Suisse de 2013 (p.5, tabela 1), a riqueza do mundo é estimada em US \$ 241 trilhões. Isso significa que esse grupo minúsculo de indivíduos e suas famílias controlam cerca de 2% da riqueza mundial. Em outras palavras, esses bilionários possuem o dobro da riqueza que existe em toda a África.

Apesar da igualdade jurídica preconizada desde o liberalismo oitocentista, parece que uma consequência intrínseca ao sistema de produção capitalista é a desigualdade econômica e social, agravada nas últimas décadas¹³⁹. Sob aspecto

¹³⁷ Digno de nota que, segundo esse estudo, mesmo entre os mais ricos, houve uma grande diferença entre rendimentos. Isto é, mesmo dentro do 1% mais ricos do planeta, existe uma grande diferença entre a base (cerca de 70 milhões de pessoas) e o topo (cerca de 1500 indivíduos).

¹³⁸ No original: “In 2013, according to the *Forbes* list of billionaires, there were 1,426 individuals in the world whose net worth was equal to or greater than \$1 billion. This small and select group, together with their family members, represents one-hundredth of one-hundredth of the global 1 percent. Their total assets are estimated at \$5.4 trillion. According to a 2013 Credit Suisse report (p.5,table 1), the world’s wealth is estimated at \$241 trillion. This means that this super-tiny group of individuals and their families controls about 2 percent of world wealth. To put it differently, these billionaires own twice as much wealth as exist in all of Africa.”

¹³⁹ Como afirma Avelãs Nunes (2003): “O capitalismo surgiu como a ‘civilização das desigualdades’. Como sublinhou Adam Smith, ‘sempre que há muita propriedade, há grande desigualdade. Por cada homem rico haverá, pelo menos, quinhentos homens pobres, e a propriedade de uns poucos pressupõe a indignância de muitos’. Quer dizer: a desigualdade econômica é uma característica inerente às sociedades burguesas, apesar de estas terem vindo proclamar que todos os homens (mesmo os trabalhadores) são livres e iguais perante a lei. A economia política, que nasceu com o capitalismo como ‘ciência da burguesia’, dando-se conta de que a miséria crescia a par da riqueza, procurou, desde o início, ‘legitimar’ essa desigualdade, apontando-a como dado inelutável, inerente à ‘natureza das coisas’, resultante das leis naturais que regulam a economia, leis que os homens não poderiam alterar, por serem leis de validade absoluta e universal, válidas em todos os tempos e em todos os lugares como as leis da física (por isso o capitalismo é, para os clássicos ingleses, o fim da história...) e perante

social, ainda, como colocado por Stiglitz (2017), nesse movimento das relações transnacionais, quem mais saiu prejudicado não foi a empresa (e seu alto grau de adaptabilidade), muito menos o Estado (com sua estrutura mais rígida e difícil mobilidade), mas o elo mais frágil de toda a cadeia produtiva: o trabalhador sem condições financeiras e sem qualquer mobilidade¹⁴⁰ (STIGLITZ, 2017).

Assim, é que se pergunta: diante de tamanhas desigualdades e das novas formatações econômicas transnacionais, se existiriam limites éticos a esse protagonismo pelas ETNs no âmbito dos mercados. O quanto seriam possíveis dentro da ótica capitalista o emprego de mecanismos redistributivos e imperativos de justiça social. O que se pretende, afinal, com os mercados? Essas são perguntas realizadas por diversos economistas, filósofos e juristas nas últimas décadas (por exemplo, BRANCO,2012; SEN,2004; MILOSEVIC,2016; STIGLITZ,2017; DE LUCCA, 2009, entre outros).

Sem dúvida, os aspectos sociais e econômicos negativos desse movimento econômico transnacional, que ocorre por meio dos mercados, são permitidos graças ao descolamento da ética e moral em relação à atividade política e empresarial, para favorecimento econômico de grupos específicos, dificultando inclusive o estabelecimento de uma coerência e unidade para o ordenamento jurídico em âmbito nacional, de cada Estado¹⁴¹ (PERLINGIERI, 2002).

as quais não teria sentido falar de justiça e injustiça, porque o que é natural é justo. Ao explicar a acumulação primitiva do capital e que, num dos seus aspectos essenciais, se traduziu na enorme concentração de capital nas mãos de uma nova classe social (a burguesia), Adam Smith recorreu a uma teoria que, como observou Marx, desempenha aqui papel idêntico ao da teoria do pecado original na teologia: sendo todos os homens iguais, acumulam e enriquecem os que são trabalhadores (industriosos), poupados (parcimoniosos) e inteligentes; estão condenados a ser pobres os que são preguiçosos, perdulários e incapazes (pouco inteligentes). E esta teoria smithiana da "previous accumulation" (inspirada na teologia protestante, "essencialmente uma religião burguesa" recorda Marx) serviria depois para 'explicar' e 'justificar' as desigualdades que o capitalismo industrial acentuou, glorificando os vencedores e degradando os perdedores e os pobres. Se a riqueza era entendida como um a Graça de Deus, a pobreza só poderia entender-se como a denegação da Graça divina. A mendicância foi mesmo considerada um delito punido pelo Estado.

¹⁴⁰ Como indicado pelo autor: "The promise of globalization had been corrupted. In the absence of cooperation among countries in taxation has to be shifted to those that are immobile, who can't take advantage of globalization to move to where they pay little or no taxes – and unskilled workers are the least mobile. They thus suffered thrice – from lower wages, from the shift of the relative burden of taxation onto them, and from the cutback in government services that results when corporations escape paying their fair share of taxation. It is no wonder that many workers are less than enthusiastic about globalization." (STIGLITZ, 2017, p. 40).

¹⁴¹ Como apontado por Pietro Perlingieri (2002, p. 22): "Em um coerente e adequado sistema das fontes, deveria ser garantida a efetiva atuação da opção política. A atual crise do primado política é especial, porque tal primado é aparente e formal. É completa a mesclagem entre o poder político e o poder econômico, entre a política como protagonista da economia e política como lugar de negócios. O homem da política tende a representar não apenas os interesses de terceiros, mas, sobretudo, os próprios: ele é protagonista do desenvolvimento econômico e é "acionista" deste desenvolvimento. Uma

Para aqueles que pensam que essa pergunta é demasiadamente filosófica e descabida no âmbito da Economia, Amartya Kumar Sen (1988) faz a pertinente observação de que a Economia foi historicamente enquadrada no campo de estudos da Ética, estudada enquanto uma Ciência Moral, assim como lamenta a postura de tentativa de dissociação da Economia e Ética. Como esclarece o autor:

Outra característica surpreendente é o contraste entre o caráter autoconscientemente “não ético” da economia moderna e a evolução histórica da economia moderna, em grande parte como um desdobramento da ética. Não foi apenas o chamado “pai da economia moderna”, Adam Smith, um professor de filosofia moral na Universidade de Glasgow (reconhecidamente uma cidade bastante pragmática), mas o assunto de economia foi por muito tempo visto como ramo da ética. O fato de que economia costumava ser ensinada em Cambridge até recentemente, como parte dos exames de graduação para Ciência Moral, não é mais do que um exemplo de diagnóstico da natureza da economia. Na verdade, na década de 1930, quando Lionel Robbins em seu livro influente *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, argumentou que “não parece logicamente possível associar os dois estudos [economia e ética] em qualquer forma, mas meras justaposições”, ele assumiu uma posição que não estava na moda na época, embora esteja agora. (SEN, 1988, p. 2, tradução nossa¹⁴²)

Para Sen (2013), o conteúdo ético é insito às escolhas econômicas e jurídicas. Como defende o autor, qualquer política pública ou planejamento por parte do Estado relacionado à Economia não pode ser dissociado de uma visão de desenvolvimento humano mais ampla, enquanto um processo de expansão das chamadas *liberdades reais*, que estão muito além dos ganhos financeiros ou da renda auferida pelas pessoas. Há necessidade de se garantir meios para eliminação dos obstáculos que

época de perda de moralidade e de decadência: a ética dos negócios prevalece. As disposições legislativas, e não apenas aquelas nacionais, são preparadas com base nos estudos feitos pelas sociedades multinacionais ou por quem de qualquer modo nelas tem interesses prevalentes. A representação política tende a transformar-se em uma representação fictícia e a deixar que poucos os mais fortes e organizados decidam por todos. Com o advento da lei do mais forte, é inevitável que o direito e Justiça estejam em crise.”

¹⁴² No original: “Another surprising feature is the contrast between the self-consciously ‘non-ethical’ character of modern economics and the historical evolution of modern economics largely as an offshoot of ethics. Not only was the so-called ‘father of modern economics’, Adam Smith, a Professor of Moral Philosophy at the University of Glasgow (admittedly, a rather pragmatic town), but the subject of economics was for a long time seen as something like a branch of ethics. The fact that economics used to be taught at Cambridge until fairly recently simply as a part of ‘the Moral Science Tripos’ is no more than an instance of the traditional diagnosis of the nature of economics. In fact, in the 1930s when Lionel Robbins in his influential book *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, argued that ‘it does not seem logically possible to associate the two studies [economics and ethics] in any form but mere juxtapositions, he was taking a position that was quite unfashionable then, though extremely fashionable now.”

prejudicam ou reduzem de forma substancial as escolhas do indivíduo, a exemplo da fome, impedimentos para participação política, fome extrema, entre outros.

No entanto, cumpre ressaltar que a Ética, enquanto estudo de padrões de conduta em prol do aprimoramento do indivíduo e da sociedade, bem como os vocábulos que gravitam este universo (como justiça, liberdade, igualdade, solidariedade, fraternidade e direitos humanos), vem sendo constantemente atacada na atualidade, de modo geral¹⁴³, e desconsiderada em toda sua seriedade e sentido, como se ficção fosse, na medida em que a humanidade enfrenta uma crise de ordem moral¹⁴⁴, mais do que propriamente jurídica (NALINI, 2020; PERLINGIERI, 2002).

¹⁴³ Como destaca Nalini (2020, p. 14): Não raro, as proclamações morais mais enérgicas proveem de pessoas que nunca levaram ética a sério. Compreensível, por isso, que muitos já não acreditem na validade desse propósito. Trivializou-se o apelo à Ética, para servir a objetivos os mais diversos, nem todos eles compatíveis com o seu significado. Perdeu-se, no trajeto, fidelidade ao núcleo conceitual que a palavra pretende transmitir. Além disso, a utilização excessiva de certas expressões compromete o seu sentido, como se o emprego frequente implicasse em debilidade semântica. Ética, no Brasil, sofre de anemia. Já se disse que ela é anoréxica! Fenômeno que parece ocorrer também com outros vocábulos, quais sejam justiça, liberdade, igualdade, solidariedade, fraternidade e direitos humanos. O mesmo caminho trilha o verbete sustentabilidade: os mais desatinados detratores da natureza usam e abusam dessa concepção que não levam a sério, mas com a qual mascaram a busca de dinheiro e poder, objetivos que levam o ser humano a assumir a face mais cruel de sua animalidade. A invocação exagerada a tais vocábulos, em contextos os mais diversos, conseguiu banalizar seu conteúdo. Encontram-se em todos os pronunciamentos, ensaios e manifestações. Debilitam-se as fronteiras de sentido e eles passam a ser conceitos ociosos. Todos querem se valer do prestígio de seu conteúdo. Ante a mera pronúncia de tais verbetes, os ouvidos se refugiam na blindagem da insensibilidade. Os apelos já não se mostram suscetíveis de causar emoção. A repetição tende a reduzir possível impacto. Acredita-se desnecessária a reiteração. Tanto se diz o mesmo, quanto se age ao contrário. Ora, aquilo que parece servir para tudo, na verdade, para nada mais serve. Os conceitos reiterados por vezes que não inspiram confiança, longe de gerarem assimilação, causam efeito inverso. Ouvir falar em ética irrita, cansa, incomoda. Chateia e esvazia o auditório. A reação vai da insensibilidade ao desprezo. Há quem chegue a exprimir desconforto físico ao ouvir falar em ética. Ética é ficção, é abstração, nada tem de efetivo que possa motivar mudança de hábitos arraigados. Ocorre com essas palavras tão frequentes e por isso tão gastas, uma perda de substância semântica. Em regra, o núcleo comum a todos esses verbetes enfermos é sua evidente carga emotiva. São expressões que se impregnam de sentimento. Distanciam-se do racional. Adicione-se tratar-se de locuções de enunciado nada singelo. Encerram a complexidade própria às questões filosóficas. Seu uso frequente reforça a convicção “de que o objeto próprio da filosofia é o estudo sistemático das noções confusas. Com efeito, quanto mais uma noção simboliza um valor, quanto mais numerosos são os sentidos conceituais que tentam defini-la, mais confusa ela parece”.

¹⁴⁴ Nesse sentido: **1** - Renato Nalini (2020, p.15): “O essencial é reconhecer: nunca foi tão urgente, como hoje se evidencia, reabilitar a ética em toda a sua compreensão e alcance. A crise da humanidade é uma crise de ordem moral. Os descaminhos da criatura humana, refletidos na violência, na exclusão, no egoísmo e na indiferença pela sorte do semelhante, assentam-se na perda de valores morais. Alimentam-se da frouxidão de conduta. A insensibilidade no trato com a natureza denota a contaminação da consciência humana pelo vírus da mais cruel insensatez. A humanidade escolheu o suicídio ao destruir seu hábitat. É paradoxal assistir à proclamação enfática dos direitos humanos, simultânea à intensificação do desrespeito por todos eles. De pouco vale enfatizar a dignidade da pessoa, inculpada como princípio fundamental da República, se a conduta de cada qual não se pauta por ela.”; **2** – Perlingieri (2002, p.23-24): “A justiça derrotada – É impossível verificar o que de relevante aconteceu nestes últimos anos na justiça civil e na cultura jurídica, tão condicionadas no nosso país por um desenvolvimento econômico nem sempre apreciável pela qualidade e assim (tão) profundamente diversificado e desequilibrado. Não é suficiente evidenciar a grave diferença entre as garantias formais e potenciais e aquelas que concretamente encontram atuação na jurisprudência

Deste modo, ao verificar as atividades econômicas no âmbito do mercado, e de uma aparente invasão da lógica de consumo, de supervalorização da obtenção de lucro e de troca de vantagens em áreas que nunca foram (ou, ao menos, não de forma expressa e aberta) “de mercado”, é que se torna relevante perguntar se é possível atribuir um preço a absolutamente tudo e qualquer bem ou relação humana. Essa indagação é bem apresentada por Michael Sandel (2012, p.16):

O grande debate que está faltando na política contemporânea diz respeito ao papel e ao alcance dos mercados. Queremos uma economia de mercado ou uma sociedade de mercado? Que papel os mercados devem desempenhar na vida pública e nas relações pessoais? Como decidir que bens podem ser postos à venda e quais deles devem ser governados por outros valores que não os de mercado? Onde não pode prevalecer a lei do dinheiro?

Para Sandel (2012) enquanto uma economia de mercado serve como ferramenta para organização da atividade produtiva (semelhante ao visto na seção 1 deste estudo), uma sociedade de mercado seria um modo de vida em que valores de mercado permeiam aspectos da atividade humana, ou seja, as relações sociais são reformuladas a partir da própria imagem do mercado. Assim, surge a indagação se todos os bens e serviços são submetidos àquela lógica de eficiência exclusivamente em prol da lucratividade do empreendimento.

vivente, na história de todos os dias, que é, sim, história da empresa, dos problemas produtivos, distributivos e financeiros, mas é também história dos desfavorecidos, dos tantos marginalizados, por escolha ou por necessidade, do ciclo produtivo. Patologias velhas e novas têm raízes sempre e apenas na desatenção para com os marginalizados e, por outro aspecto, para com aqueles que tendem a monopolizar informação e produção – e agora também a formação – para governar não somente o mercado. É necessário que, com força, a questão moral, entendida como efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor em relação a qualquer razão política da organização da vida em comum, seja resposta ao centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça. A Justiça está derrotada quando a sociedade tende a se consolidar no desvalor dos particularismos individuais ou dos grupos na recomendação desvirtuada, no interesse a lucrar sempre, mesmo que seja sob a forma de propina. Quando tende a extorquir ou, o que é ainda pior, quando é obrigada a utilizar formas ilícitas para obter o que lhe compete; quando tende a se consolidar no sistema de repartição e do loteamento entre grupos, dos empregos nos bancos às cátedras universitárias, sem nenhum respeito pelo mérito e pelas competências de cada um. As épocas de decadência moral e civil são aquelas nas quais a justiça civil é a grande derrotada. E a esperança desaparece somente se também a inteligência for completamente envolvida no transformismo acrítico e da conveniência, perdendo o gosto e a legitimação à contribuição crítica e autocrítica. A crise, infelizmente, é tal e tão grave que se insinua entre os componentes da Justiça, especialmente advogados e magistrados; tal e tão grave é, também, a crise da docência e da pesquisa, principalmente no setor das ciências humanas e sociais. A pouca seriedade dedicada à própria formação e à terceiros, a desenvoltura decadente que circunda todas as formas de recrutamento cada vez mais privilegiando o nepotismo, e a perda de credibilidade das instituições contribuem à ineficiência, frustrando toda e qualquer ilha fundada na dedicação.”

O autor ilustra esse pensamento através de uma série de casos práticos ocorridos principalmente no contexto do mercado americano¹⁴⁵, embora a lógica possa ser estendida para qualquer outro, uma vez que sua crítica se baseia justamente no seguinte ponto: enquanto sociedade global, é desejável alijar o aspecto ético que serve como limite ou *patamar mínimo* para as atividades empresariais no âmbito do mercado?

De certo modo, como indicado por Rolf Kuntz (2002)¹⁴⁶, essa pergunta desemboca no dilema no tratamento de *tradables* e *non-tradables*: entre tratar determinados bens e serviços como essenciais e indispensáveis para o bem estar em

¹⁴⁵ Dentre os exemplos trabalhados pelo autor, destacam-se os seguintes: a) comercialização de lugares em filas, inclusive em eventos públicos gratuitos; b) incentivos financeiros oficiais para estimular/desestimular condutas pessoais (e.g: pagar para ler um livro; cuidar da saúde; deixar de procriar ou ceder o direito a outra pessoa; venda de permissão de matar um animal raro ou para poluir o meio ambiente); c) mercado de órgãos, aluguel de amizades, compra e venda de discursos prontos para eventos sociais; admissão de alunos de acordo com o potencial financeiro da família (leilão de admissão); d) mercado de apostas em morte, relacionadas a seguro de vida; e) utilização do corpo para veiculação de propagandas (“outdoor humano”), etc.

¹⁴⁶ Nas palavras de Rolf Kuntz (FARIA; KUNTZ, 2002, p.15-18): “Mas que acontece quando se privatizam a assistência médica e a produção de aço? As consequências, em cada caso, são obviamente muito diferentes. Se a privatização for para valer, a empresa siderúrgica passará a viver apenas de recursos particulares. O capital será fornecido por acionistas, o financiamento será completado por emprestadores e o preço dependerá das condições do mercado. A administração levará em conta os custos e a lucratividade, e seu objetivo primário será a sustentação da empresa. A responsabilidade comercial será fixada em contratos e a empresa será cobrável, em cada caso, segundo condições contratuais pouco variáveis na maior parte do mundo. Os direitos do cliente serão resguardados de acordo com as práticas normais do comércio. Valerão os contratos e, em casos duvidosos, haverá recursos à legislação específica. A obrigação básica, de um lado, será entregar o produto na quantidade combinada, com a especificação prevista e no prazo definido pelas partes. A contrapartida, de outro lado, será realizar o pagamento na moeda combinada, ou de curso legal, no prazo e no local acertados. Quando um serviço médico ou educacional é prestado por uma empresa, as condições do negócio são parecidas com as do aço, mas com provável diferença quanto ao grau de concorrência. Produto siderúrgico é negociado internacionalmente, num mercado talvez menos concorrencial que o da soja, mas, ainda assim, marcado pela competição. A assistência médica e ensino são, tipicamente *non-tradables*. Bastaria esse dado para caracterizar uma diferença não desprezível. Ainda assim, porém, restaria a semelhança básica entre bens e serviços produzidos para o mercado. A distinção mais importante, e a menos discutida, é outra. O vendedor de serviço médico ou educacional, pode ter, diante do cliente, responsabilidade comercial análoga à do fabricante de chapas grossas. Ninguém espera que uma siderúrgica abasteça uma fábrica de automóveis, ou de navios, se o cliente não tiver um bom cadastro comercial ou, simplesmente, não dispuser do dinheiro para pagar pelo produto. É preciso ter liquidez para permanecer no mercado, e ninguém, até hoje, conseguiu apresentar um sério argumento contra essa afirmação. Mas é preciso ter liquidez para reclamar assistência médica, ou para ter acesso à educação indispensável à vida normal? Quando ensino e medicina são serviços de mercado, sim. Como comprador, qualquer um pode cobrar da empresa de ensino ou de assistência médica o serviço devido, de acordo com os padrões contratuais e, ainda, segundo as normas comerciais e civis em vigor. Nenhuma dessas empresas pode, por exemplo, rejeitar um cliente por motivo de raça, mas pode recusar a prestação do serviço por falta de dinheiro. Um hospital não poderá, sem risco legal, negar atendimento de emergência a um cliente, mas tentará, de qualquer forma, obter um depósito ou alguma garantia no momento do ingresso. Se alguém contestar a gravidade real da situação, o paciente provavelmente não será recebido. Simplesmente não é parte do pacto, para retomar a linguagem de Rosanvalon, a obrigação de atuar no mercado sem cobrar, a não ser em casos muito especiais, determinados por lei.”

sociedade (*non tradeables*), e outros que servem para maior comodidade ou que não integram aquele conjunto essencial (*tradeables*). A partir do pensamento, se todos os bens fossem considerados pela lógica de mercado (*tradeables*), o acesso a eles estaria limitado às condições financeiras das pessoas.

Pelo regramento jurídico, poderíamos equiparar, por exemplo, a atividade empresarial da produção de uma chapa de aço e a prestação de serviços de saúde ao tratá-los como bens regidos pela lógica de mercado – o que soaria um impropério, se analisada a questão sob um prisma ético, uma vez que atividades tendentes a fins e com graus de relevância totalmente diferente para a sociedade.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL E A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA (RSE)

Um desdobramento da análise da Ética relacionada à atividade empresarial é o estudo da função social da empresa e da Responsabilidade Social da Empresa (RSE). Como ponto de partida a esse estudo, recorrente a ideia de que o principal objetivo da empresa seria o resultado financeiro emanado do capital nela investido¹⁴⁷. Durante o século XX, essa concepção foi levada ao extremo por autores neoliberais como Milton Friedman, que defendia o lucro enquanto única responsabilidade social da empresa, o que vem sendo contestado na atualidade¹⁴⁸.

¹⁴⁷ E, como pontuado por Fábio Konder Comparato (2014, p.101-102): “Acontece que a realidade do poder jamais foi considerada na teoria econômica clássica, o que conduziu a uma permanente deformação de perspectivas. Tudo parecia resolver-se **naturalmente**, isto é, como sustentado originariamente pelos fisiocratas (do grego *physis*, natureza), pela própria natureza das coisas. Daí a importância desmesurada que assumiu, entre os economistas clássicos, a noção de mercado, o local de encontro das demandas e ofertas de bens e serviços. Postulou-se que no mercado o poder seria a exceção e a livre concorrência a regra. Contra essa versão distorcida da realidade econômica no mundo moderno, insurgiu-se com toda razão Karl Marx. Ele colocou o poder econômico no centro da vida social, em posição de influência dominante, não só sobre a vida econômica especificamente, mas também sobre a realidade política, o direito, a religião e todas as demais manifestações culturais. A esse poder, Marx deu a denominação genérica de **o capital**, título de sua obra máxima. Na análise marxista, o capitalismo funda-se todo nesse poder, sendo que sua expansão mundial, nos últimos séculos dependeu, essencialmente, de uma permanente concentração e acumulação do capital. Para se ter uma ideia do que isso significa, atente-se para o fato de que, no início do século XXI, o volume global de negócios das 150 maiores empresas multinacionais e transnacionais do mundo superava o PIB de 150 países e equivalia a quase 30% do produto mundial. Essa proporção não parece ter se reduzido ulteriormente”.

¹⁴⁸ A frase e o sentido empregado por Milton Friedman são invocadas com frequência na literatura especializada, vide: 1 – Sayeg e Balera (2011, p. 130): “Nessa linha filosófica, Friedman afirma que “a única responsabilidade social de uma empresa é gerar lucro”. Para os capitalistas liberais, a extensão e a magnitude da externalidade negativa não vêm ao caso: desde que conformes à lei positiva, são negócios. Até o conflito bélico pode ser um negócio atraente, como denuncia Galbraith referindo-se à Guerra do Vietnã, observando que “era profissionalmente apropriado que tanto os serviços militares como a indústria de armamentos aceitassem e endossassem o conflito. Repetindo: isso era tido como certo. Mais uma vez, a falsa diferenciação entre o setor público e o privado. Eis aí, claramente evidente,

Quanto à terminologia adotada, apesar de compartilharem o mesmo fundamento ético, é possível realizar uma distinção, conforme sugerido por Caio Pacca e Marcelo Benacchio (2019): a *Função Social* é uma categoria jurídica, prevista na legislação, enquanto norma jurídica aberta, que impõe deveres anexos possíveis de serem exigidos juridicamente; enquanto a *Responsabilidade Social da Empresa*, por outro lado, é uma prática voluntária, que guarda relação com a reputação organizacional, e dota a empresa de maior flexibilidade para direcionamento de recursos de acordo com sua realidade econômico-financeira¹⁴⁹.

Nesta senda de ideias é que se justifica, igualmente, as reflexões realizadas por Newton De Lucca (2009) em relação à amplitude da função social e da RSE, isto é, a defesa da possibilidade de incorporação jurídica de uma ética empresarial, bem como a ampliação da já conhecida função social da empresa¹⁵⁰.

o interesse da empresa nos contratos a serem ganhos”.; 2 – Nadia Bernaz (2017, p. 89): “Beyond legal arguments, and as Weissbrodt and Kruger have noted, even Nobel Prize winner Milton Friedman, who famously wrote that the only social responsibility of business is to make profits, would most likely agree that business ought to refrain from committing genocide and using forced labour. Thus, since corporations have rights and duties under international law, and they can bring international claims, they can be considered subjects of law, albeit of a different nature than states”.

¹⁴⁹ Nas palavras de Caio Pacca e Marcelo Benacchio (2019, p.143): “Conquanto haja uma inquestionável aproximação semântica entre as noções de função social e responsabilidade social da empresa como consequência da cristalização da promoção da dignidade humana e do desenvolvimento sustentável, como paradigma ético, ainda persiste uma divergência na exata extensão de suas significações. A função social da empresa, por ser categoria jurídica própria, expressamente prevista na legislação, como norma aberta, enseja a imposição, às empresas, de deveres anexos, que se traduzem em custos de difícil previsão e mensuração, exigindo um contingenciamento a posteriori e cuja execução, se forçada, nenhum ou pouco proveito assegurará à reputação organizacional. Por outro lado, a responsabilidade social empresarial, ainda que se reverta em vantagem estratégica às empresas no cenário da competição global pós-moderna, mantém seu fundamento ético, sob o paradigma da ética da responsabilidade proposto por Weber. Ao se apresentar como prática totalmente voluntária, a concepção de responsabilidade social assegura à empresa confortável margem de manobra na definição, a priori, da parcela de recursos que desejará investir em tais ações, podendo ajustar seu planejamento às condições de mercado e à sua saúde econômico-financeira.”

¹⁵⁰ Como consignado por Newton De Lucca (2009, p. 327): “Mas, quando se alude à responsabilidade social da empresa, em que sentido deverá ser tomada tal expressão? Será que a única responsabilidade da empresa é obter lucro, aproveitando de forma cada vez mais eficiente seus recursos organizacionais e aumentando, em consequência, o maior retorno possível aos seus sócios, na linha do que sustentam alguns autores como Milton Friedman, Neil Charberlain e Hanry Manne? Será que o simples fato de pagar tributos em dia, de gerar empregos, de pagar salários supostamente justos e de melhorar as condições de trabalho para seus empregados significa que a empresa está cumprindo a sua função social? Será que a empresa que investe recursos em atividades de natureza predominantemente sociais estaria prejudicando sua capacidade de competir e desatendendo aos interesses de seus sócios, que nela ingressaram para obter lucros e não para a prática de gestos de benemerência, na esteira do pensamento dos retrocitados autores? Ora, a resposta a tais questionamentos só poderá ser, evidentemente, negativa. Sem embargo de toda a discussão possível sobre o sentido e o alcance das expressões *função social* e *responsabilidade social* das empresas, seria uma completa insensatez separá-las da idéia de que os empresários chamados a cumpri-las deverão, necessariamente, praticar uma série de atos tendentes ao favorecimento e ao amparo da comunidade na qual e para a qual essas empresas atuam.”

Segundo Newton De Lucca (2009), não basta apenas cumprir as legislações trabalhistas e previdenciárias, mas há necessidade da empresa assumir um *dever ético*: internamente, deverá adotar uma política empresarial que propicie ao trabalhador um desenvolvimento profissional e humano, meios para a melhoria da sua condição de vida e da família, garantia da participação nos lucros e na tomada de decisões da empresa; externamente, deverá manter relação ética com a clientela, consumidores, fornecedores, a comunidade em que atua e com o meio ambiente com o qual interage. Busca-se uma ampliação da responsabilidade dos empresários e de empresas, para além da responsabilidade civil e tributária, o engajamento social para atendimento das necessidades de consumidores, bom relacionamento com sua comunidade, qualidade de vida para trabalhadores e a proteção do meio ambiente – exemplo de uma tentativa de positivação deste pensamento, para além da Constituição, é o projeto de lei 7.160/2002, que previa uma modificação ao art. 966 (conceito de empresário) do Código Civil brasileiro, de relatoria de Ricardo Fiuza¹⁵¹.

Em razão da relevância da empresa na atualidade, enquanto instituição social dotada de grandes poderes econômicos e possibilidades de impactar (positivamente ou negativamente) a comunidade em que atua, é que se justifica também o alargamento da sua responsabilidade, o qual não pode ser considerado como um prejuízo ou um entrave à atividade empresarial em si¹⁵² (MACIEL; RUIZ; OLIVEIRA, 2018).

¹⁵¹ Conforme indicado por Newton De Lucca (2009, p. 326-327): “O saudoso Deputado Ricardo Fiuza, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados, acolheu fundamentalmente a minha sugestão retro referida feita à Ouvidoria da Câmara dos Deputados e aprimorando-a, apresentou àquela Casa projeto de lei para modificação desse art. 966, com a seguinte redação: Art. 966. Considera-se empresário quem exerce habitualmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços § 1º Não se considera empresário quem exercer atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da atividade constituir elemento de empresa. § 2º O exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé e pelos bons costumes’ (cf.PL n.7160/2002)’. Verifica-se, assim, que a introdução desse § 2º no art. 966 do Código Civil pátrio no sentido de que o exercício da atividade de empresário observará os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, caso venha a efetivamente ocorrer, representará um avanço na legislação brasileira no reconhecimento de que a empresa, no exercício de sua atividade, deve assumir juridicamente, uma responsabilidade social.”

¹⁵² Como destacam Renata Mota Maciel, Renata Ruiz e André Oliveira (2018, p.325): “A partir desse aspecto institucional da empresa, somado aos dispositivos descritos na Constituição e na ordenação jurídica brasileira, é possível compreender a empresa, no direito brasileiro, como instituição, cuja maior importância transcende à esfera econômica, na medida em que abarca interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos seus empregados e dos demais cidadãos que dela dependem ou com ela dividem o mesmo espaço social. É preciso reconhecer, ainda, que a função social da empresa não busca aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários, e nem pretende fazer da empresa uma extensão do Estado no cumprimento de suas obrigações.”

Já no que toca especificamente a RSE, o economista Aldo Olcese Santonja (2009) entende que, enquanto instrumento voluntário, atuaria na vanguarda da reformulação do modelo capitalista liberal, encorajada a partir da adoção de um novo paradigma valorativo das empresas no século XXI, qual seja, de empresa responsável e sustentável, que objetiva sua continuidade no tempo. Essa ótica, sem dúvida, parte de uma visão ética sobre o protagonismo das ETNs no contexto da globalização. Como discorre o autor:

Do ponto de vista ético, o maior poder das empresas em decorrência do fenômeno da globalização acarreta uma maior responsabilidade pelo estado do sistema físico-social em que operam. Da mesma forma, a sociedade como um todo, contando com as possibilidades proporcionadas pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e das telecomunicações, exige que as empresas se comportem de acordo com esta responsabilidade, sendo a empresa, sem dúvida, uma das instituições sociais mais importantes e com maior poder de influenciar, positivamente ou não, o sistema econômico, natural e social. Nesse sentido, não há dúvida de que parte da responsabilidade pela situação atual desse sistema recai sobre a empresa. Mas não podemos pensar que os impactos negativos da empresa foram conscientes ou culpar a empresa como instituição. O que devemos pensar é que a concepção tradicional de empresa é filha de seu tempo, ou seja, do paradigma cultural predominante. O novo paradigma da empresa responsável e sustentável tem antecedentes claros que devem ser levados em consideração. (SANTONJA, 2009, p.40, tradução nossa¹⁵³).

Com efeito, os valores tradicionais da empresa não seriam exclusivos de um período histórico e nem estariam excluídos do cenário empresarial atual, mas apenas deixam de ser preponderantes, calcados em um paradigma puramente racionalista, e sofrem certa mitigação e mudança, a partir de um novo sentido: a consciência sobre a importância dos sentimentos e relações interpessoais no contexto empresarial.

¹⁵³ No original: “Desde un punto de vista ético, el mayor poder de las empresas fruto del fenómeno de la globalización conlleva una mayor responsabilidad sobre el estado del sistema físico-social en el que operan. Asimismo, la sociedad en su conjunto, apoyándose en las posibilidades que les aporta el desarrollo de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, está exigiendo que las empresas se comporten de acuerdo a dicha responsabilidad. La empresa es, sin duda, una de las instituciones sociales más importantes y con un mayor poder de influir, positiva o no tan positivamente, en el sistema económico, natural y social. En este sentido, no cabe duda de que sobre la empresa recae parte de la responsabilidad de la situación actual de dicho sistema. Pero no podemos pensar que los impactos negativos de la empresa hayan sido conscientes ni culpabilizar a la empresa como institución. Lo que hemos de pensar es que la concepción tradicional de la empresa es hija de su tiempo, es decir, del paradigma cultural predominante. El nuevo paradigma de la empresa responsable y sostenible tiene unos claros antecedentes que es conveniente tener en cuenta”

Santonja (2009), influenciado principalmente pelos conceitos de “empresa viva”¹⁵⁴ e “empresa inteligente”¹⁵⁵, apresenta o que seria uma justaposição aos valores tradicionais da empresa do século XX¹⁵⁶ com os novos valores trazidos pelo questionamento ético, que se expressam por meio de um novo paradigma de atuação das empresas, caso desejem permanecer como um projeto mais perene. Esse novo paradigma, segundo o autor, apresenta suas dicotomias, que devem ser sopesadas e equilibradas¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Conceito elaborado pelo executivo holandês Arie de Geus, conhecido por seu papel executivo e de planejamento na ETN Royal Dutch Shell, que estabeleceu em seu estudo quatro características para a Empresa Viva: 1 – sensibilidade ao seu entorno; 2 – Coesão e forte sentido de identidade e pertencimento; 3 – tolerância a novas ideias; 4 – conservadorismo em temas financeiros (SANTONJA, 2009).

¹⁵⁵ Conceito elaborado por Peter Michael Senge, cientista de sistemas americano, professor do MIT, segundo o qual há cinco disciplinas ou domínios pessoais necessários para uma organização ser considerada inteligente: 1 – modelos mentais; 2 – Construção de uma visão compartilhada; 3 – aprendizagem em equipe; 5 – pensamento sistêmico (SANTONJA, 2009).

¹⁵⁶ Segundo Santonja (2009), os valores tradicionais da empresa seriam, em apertada síntese: a) busca pelo próprio bem da empresa; b) competitividade extrema como chave para o sucesso da empresa; c) a visão idealizada de tomada de decisões por uma perspectiva puramente racional; d) noção de que a partir do conhecimento técnico, é possível o controle absoluto de resultados, inclusive sobre o comportamento e decisões de integrantes da empresa, considerados como meras engrenagens de um mecanismo perfeito; e) Eficiência: ideia de fazer bem e com o mínimo consumo de recursos que, levado ao extremo, reduz a abertura para criatividade, aprendizado e inovação; f) sobrevalorização da imagem do empresário e da empresa, a partir de uma perspectiva externa (opiniões e percepções de clientes, parceiros, administração, etc), desconsiderando as próprias opiniões, critérios e crenças internas; g) comunicação unidimensional, como forma de persuasão; h) hierarquia, a partir de uma concepção mecanicista da realidade, de diversos níveis e elementos estruturais; i) uniformidade: diferentes pontos de vista são ignorados, levando-se em consideração a posição na hierarquia (quem tem que pensar está no topo, quem tem que executar tarefas com eficiência é quem está na base).

¹⁵⁷ Essa justaposição de valores é esmiuçada por Santonja (2009) em relação aos seguintes aspectos: **a) Bem comum e bem privado:** há necessidade de uma sinergia para, a partir de uma análise sobre os benefícios e malefícios trazidos aos seres humanos e ao planeta como um todo, verificar o como as empresas estão contribuindo e de que maneira poderão corrigir o curso de suas ações; **b) Colaboração e competitividade:** há necessidade de uma maior ênfase a colaboração, troca de ideias para trazer novos conhecimentos e soluções, de modo que a empresa deve administrar a tensão entre a necessidade de competir e de colaborar; **c) Emocional e racional:** sem esquecer a importância da racionalidade, há necessidade de que as empresas não negligenciem o aspecto emocional das relações humanas, que são essenciais para o desenvolvimento de capacidades importantes para seus integrantes, como a criatividade, comprometimento, entusiasmo, entre outros; **d) Confiança e controle:** apesar do controle ser essencial para a gestão de uma empresa, a sua ideia implícita é de que não há confiança, de modo que se torna necessário evitar excessos a fim e se criar um ambiente propício à construção de confiança dos integrantes da empresa e das demais pessoas afetadas pelos projetos da empresa (*stakeholders*); **e) Aprendizagem e eficiência:** a eficiência, apesar de fundamento da teoria econômica, focaliza o presente e obscurece oportunidades, pois retarda a capacidade de convivência com a pesquisa, risco e a incerteza relacionados à aprendizagem que, em última análise, é essencial para empresas que pretendem uma maior longevidade; **f) Coerência e imagem:** coerência e a imagem estão atreladas à reputação. O valor imagem, que é um importante ativo estratégico da empresa, não pode eclipsar a coerência (de suas ações, valores e princípios) nas suas relações. Isto é: a empresa, assim como as pessoas, deve ter uma preocupação com sua reputação, mas não deve buscar fórmulas para “maquiar” a imagem que representam, como se fosse uma mera embalagem; **g) Diálogo e comunicação:** a comunicação deve ser feita interna e externamente com transparência, a partir de um diálogo aberto, entre os diferentes públicos envolvidos,

Por fim, na ótica de Santonja (2009), há cinco características fundamentais exigidas para a atuação das empresas na atualidade – os quais, repisa-se, ao serem adotados, trazem as ETNs para um novo perfil de atuação que se coaduna com a expectativa gerada pela sociedade para essas empresas –, a saber: 1 – Abertura e sensibilidade para com o meio ambiente; 2 – Sentido de comunidade; 3 – Capacidade inovadora; 4 – Consideração a longo prazo; 5 – Criação de valor.

De modo geral, sobre a aplicação da RSE, digno de nota que vem sendo tratada de maneira difusa, descentralizada, a partir das mais variadas propostas – que podem envolver empresas, associações empresariais, ONGs e até mesmo Estados – restringindo-se, como regra, a um sistema de adesão voluntária¹⁵⁸, que poderá partir da elaboração de *códigos de conduta*, *submissão a instrumentos fiscalizatórios externos*¹⁵⁹, e a procedimentos de *certificação*¹⁶⁰ (BERNAZ, 2017).

Enquanto uma iniciativa de autorregulação das ETNs em âmbito global¹⁶¹, notável e ambiciosa é a tentativa de estabelecer *parâmetros mínimos* por meio de guias e documentos jurídicos elaborados por instituições e organizações multilaterais. Nesse sentido, caminharam a ONU (em âmbito global) e a Comunidade Europeia (em âmbito regional), ao adotarem, respectivamente, os *Princípios orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos* (2011)¹⁶² e o documento intitulado *Promover um*

sobre o que pretende e quais resultados aspira alcançar; **h) Holarquia¹⁵⁷ e hierarquia:** estrutura e hierarquia são essenciais para a empresa. No entanto, em um ambiente de rápidas mudanças, há necessidade de abertura para estruturas temporárias que possam responder às demandas, de modo que uma empresa responsável e sustentável deve combinar uma forte hierarquia com a possibilidade de surgimento e desaparecimento de estruturas temporárias baseadas em lideranças não hierárquicas; **i) Diversidade e uniformidade:** as empresas necessitam que os integrantes compartilhem valores e critérios. No entanto, isso não significa a supressão de culturas, valores e compreensões diferentes. A própria diversidade acaba se tornando benéfica para a criatividade.

¹⁵⁸ Na atualidade, existem diversas associações técnicas que lidam com parâmetros e propostas para se aferir o quanto estão promovendo os valores assumidos pelos respectivos parâmetros, a exemplo do Instituto Ethos, em âmbito nacional, que pode ser consultado no seguinte sítio: www.ethos.org.br.

¹⁵⁹ Alguns exemplos indicados por Bernaz (2017) são: *a) com a participação do Estado:* Princípios Voluntários sobre Segurança e Direitos Humanos (Voluntary Principles on Security and Human Rights) e a Iniciativa para Transparência das Indústrias Extrativistas (Extractive Industries Transparency Initiative – EITI) ; *b) sem a participação do Estado:* Iniciativa Global de Reportes (Global Reporting Initiative - GRI), Associação do Trabalho Justo (Fair Labor Association – FLA), Iniciativa de Comércio Ético (Ethical Trading Initiative – ETI).

¹⁶⁰ Segundo Bernaz (2017), a certificação seria um processo segundo o qual uma ETN, ou um produto, é reconhecido por uma entidade independente que estabelece critérios em áreas como Direitos Humanos e proteção ambiental, a exemplo da certificação *Fairtrade*, promovido pela associação Fair Trade International, a *SA8000*, pela Social Accountability International (SAI), Processo de Kimberley (Kimberley Process Certification Scheme ou KP).

¹⁶¹ Nesse sentido, por exemplo, Bernaz (2017), Ruggie (2013).

¹⁶² Por exemplo, pelo Princípio 16 dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, o qual incentiva o estabelecimento de códigos de conduta e políticas relacionadas a direitos humanos enquanto instrumentos básicos de ETNs. Como assinala Nadia Bernaz (2017, p.212): “UN

*quadro europeu para a responsabilidade social das empresas (2001)*¹⁶³, também conhecido como *Livro Verde da Comissão Europeia*. Ambos documentos recomendam, no mínimo, a adoção de códigos de conduta e políticas de direitos humanos.

Para a Comissão Europeia (2001), a RSE deve ser promovida sobretudo pelas ETNs, não devendo ser considerada como um encargo, mas sim como um investimento, aplicando-se inclusive para suas atividades além do território europeu ao longo de toda a sua cadeia de produção. Trata-se de um incentivo muito mais próximo da criação de valor, enquanto novo perfil das empresas, como sugerido por Santonja (2009).

O reflexo desse pensamento, no Brasil, por sua vez, resultou tanto em iniciativas, quanto na incorporação jurídica a partir positivamente da RSE em diplomas legais e administrativos – a exemplo do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), estabelecido pelo Decreto n. 7.037/2009 e atualizado pelo Decreto n. 7.177/2010; bem como o Decreto n. 9.571/2018, que estabeleceu diretrizes nacionais para Empresas e Direitos Humanos – ainda que não se possa ignorar exista uma crítica forte por parte da advocacia de ONGs e profissionais ligados à defesa dos Direitos Humanos em relação à efetividade e ausência de comprometimento com a implementação daquelas diretrizes¹⁶⁴.

Guiding Principle 16 recommends that all business enterprises adopt a ‘human rights policy’. When not paired with any external monitoring mechanism, codes of conduct and human rights policies represent the most basic form of self-regulation. The Business and Human Rights Resource Centre keeps a list of companies with human rights-oriented codes of conduct or human rights policies. The list shows great diversity in the naming of these documents. For example, ArcelorMittal, Barclays, Chevron, Coca-Cola, Disney, Gap, GoldCorp, H&M, Marriott, Monsanto, Ritz-Carlton, Standard Chartered and Tesco have all opted for a ‘Human Rights (Policy) Statement’, while British Airways, Chiquita, Colgate-Palmolive, Dell, Jujitsu, Glencore, Lego, Nokia, Panasonic, PepsiCo, Société Générale, Sony, Timberland and Volvo have favoured the ‘Code of Conduct’ phraseology. Declinations of phrases such as ‘Ethics Policy’, ‘Code of Business Ethics’ or ‘Code of Corporate Ethics’ are also popular choices made for instance by Alstom, Bouygues, Daewoo, Ericsson, Gucci and L’Oréal”.

¹⁶³ No referido documento, apresentou-se uma síntese do que seria a RSE: “A responsabilidade social das empresas é, essencialmente, um conceito segundo o qual as empresas decidem, numa base voluntária, contribuir para uma sociedade mais justa e para um ambiente mais limpo. Numa altura em que a União Europeia procura identificar os seus valores comuns através da adopção de uma Carta dos Direitos Fundamentais, são cada vez mais numerosas as empresas europeias que reconhecem de forma gradualmente mais explícita a responsabilidade social que lhes cabe, considerando-a como parte da sua identidade. Esta responsabilidade manifesta-se em relação aos trabalhadores e, mais genericamente, em relação a todas as partes interessadas afectadas pela empresa e que, por seu turno, podem influenciar os seus resultados” (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2001, p. 4).

¹⁶⁴ Nesse sentido, por se tratar de tema relevante, mas que ultrapassa os limites do presente estudo, recomenda-se a leitura de DUPRAT, Deborah; DIAS, Edmundo Antônio; TRENTIN, Melisanda; LOPES, Raphaela. Para uma política nacional de Direitos Humanos e Empresas no Brasil: Prevenção, Responsabilização e Reparação. Brasília, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2018.

Apesar do RSE ter natureza voluntária, a partir de iniciativas difusas e em níveis diferentes (nacional, regional ou global), sem considerar muitas vezes o contexto cultural em que aplicado (por exemplo, um código de conduta de uma empresa europeia poderá ter dificuldades em aplicar as mesmas normas no mercado africano em que atua), forçoso reconhecer que o principal incentivo para esse tipo de regulação é reputacional¹⁶⁵, o qual, como já destacado, é fundamental para a atividade empresarial na atualidade.

Nesse sentido, válido recobrar um exemplo emblemático de abuso a Direitos Humanos, ocorrido no final de 2020, com a ETN de origem francesa *Carrefour*. em novembro de 2020, dois seguranças brancos terceirizados espancaram até a morte João Alberto Silveira Freitas, um senhor negro de quarenta anos, dentro do supermercado, acompanhados pela gerente (HOMEM, 2020). A repercussão social sobre o ato foi tão grave que, em seguida, a população local realizou protestos, a empresa foi oficialmente retirada do índice ESG de boas práticas e sustentabilidade promovidos pela *Standard & Poor's Dow Jones* (S&P) em parceria com a B3¹⁶⁶, resultando em uma desvalorização de 5% na bolsa brasileira, em torno de R\$ 2 bilhões em valor de mercado (MOURA, 2020).

Por fim, a delimitação da função social em âmbito nacional e a eventual incorporação de conceitos da RSE, em si, não necessariamente se confundem com os esforços de atribuição da responsabilidade jurídica de ETNs em âmbito global, por meio dos Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse ponto, digno de nota a distinção proposta por Nadia Bernaz (2017, p. 3, tradução nossa¹⁶⁷):

¹⁶⁵ Como descreve Bernaz (2017, p. 210): "Many authors advance the weakness of public regulation at the international level as an explanation for the rise of so-called transnational private regulation. The argument goes that because international public regulation is weak and too general to be directly applicable to a particular sector, let alone a particular company, businesses resorts to taking matters into their own hands and creating their own forms of regulation. The main incentive for voluntarily regulating themselves is companies' concern over their reputation in the areas of human rights and the protection of the environment. Hence, engaging in the production of private regulation is a way to mitigate reputational risks and eventually increase profits."

¹⁶⁶ Empresa que oferece a infraestrutura e tecnologia para funcionamento da Bolsa de Valores brasileira, essencial para o mercado financeiro.

¹⁶⁷ No original: "Business and human rights as a field of study is about how business may negatively impact human rights and the various ways in which such violations can be prevented and addresses, including how business can be held accountable. Corporate social responsibility (CSR) is related field of study. It rests on the idea that business has responsibilities beyond profit maximisation and towards society at large. It often consists in encouraging companies to adopt and share best practices and it includes notions such as corporate philanthropy. CSR is also about creating value. Hence, the scope of CSR is wider than the scope of business and rights. The point of business and human rights is not to create value but to prevent business from violating human rights or being complicit in violations primarily committed by others, usually governments. Business and human rights is more modest in scope than

Direitos Humanos e Empresas como campo de estudo trata de como os negócios podem impactar negativamente os direitos humanos e as várias maneiras pelas quais essas violações podem ser evitadas e tratadas, incluindo como as empresas podem ser responsabilizadas. A responsabilidade social da empresa (RSE) é um campo de estudo relacionado. Baseia-se na ideia de que as empresas têm responsabilidades além da maximização do lucro e para com a sociedade em geral. Muitas vezes consiste em incentivar as empresas a adotar e compartilhar as melhores práticas e inclui noções como filantropia corporativa. A RSE também significa criar valor. Portanto, o escopo da RSE é mais amplo do que o escopo dos negócios e dos direitos. O objetivo Direitos Humanos e Empresas não é criar valor, mas evitar que as empresas violem os direitos humanos ou sejam cúmplices de violações cometidas principalmente por terceiros, geralmente governos. Direitos Humanos e Empresas é mais modesto em escopo do que RSE e têm objetivos menos ambiciosos. Além disso, porque não se baseia em considerações éticas ou 'valores', mas em normas de direitos humanos identificadas, é indiscutivelmente mais fácil de circunscrever, embora haja alguma discordância neste ponto.

Assim, a RSE possui um grau de abrangência e difusão maior que a responsabilidade jurídica estrita, deixando suas marcas na realidade social, motivo pelo qual não poderia deixar de ser abordado e indicado enquanto um instrumento válido, mas que não se confunde com a função social (especialmente considerada em âmbito nacional), tampouco com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (e as tentativas de criação de *patamares mínimos* de atuação das ETNs), embora guardem afinidade e interação entre eles.

3.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROPOSTA ÉTICA HUMANISTA

O ordenamento jurídico brasileiro tem como ponto de partida a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), instrumento normativo que será foco deste item, que esclarece o porquê de entendê-la enquanto uma proposta *ética humanista* para orientar a regulação da atividade empresarial.

Diz-se que há uma proposta *ética*, na medida em que há uma opção política preconizada pela CF/1988 relacionada a quais valores deverão ser tomados em consideração para a conduta humana. E mais: na CF/1988, é nítida a adoção de uma concepção *ética humanista*, visto que estabelece um ideal de *sociedade fraterna*, segundo a qual a pobreza e desigualdades que afligem o gênero humano, em especial

CSR and has less ambitious goals. Moreover, because it is not based on ethical considerations or 'values', but on identified human rights norms, it is arguably easier to circumscribe, though there is some disagreement on this point"

sociais e econômicas, vão na contramão dos valores da justiça social e de igualdade nela previstos¹⁶⁸. Busca-se sobretudo a realização do bem-estar social e desenvolvimento humano.

De modo geral, tanto as condutas quanto a própria produção normativa, enquanto partes integrantes da realidade social, são balizadas a partir de valores insculpidos nos princípios, com os quais interagem reflexivamente¹⁶⁹(PERLINGIERI, 2002). Esses princípios constituem a estrutura do ordenamento jurídico, os quais não podem ser negligenciados em sua aplicação, sob pena de se prejudicar a própria unidade do ordenamento¹⁷⁰. Na compreensão de Perlingieri (2002, p.5):

¹⁶⁸ Trata-se de concepção expressamente prevista no preâmbulo da CF/1988, reproduzido a seguir: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (BRASIL, 1988). Além do preâmbulo, recomenda-se a leitura dos artigos da Constituição Federal de 1988, sobre o bem-estar e desenvolvimento: 1, III e IV; 3 e seus incisos; 23, parágrafo único; 186, inciso IV; 193; 219; 230.

¹⁶⁹ A esse respeito, Perlingieri (2002, p. 2): “O conjunto de princípios e de regras destinado a ordenar a coexistência constitui o aspecto normativo do fenômeno social: regras e princípios interdependentes e essenciais, elementos de um conjunto unitário e hierarquicamente predisposto, que pode ser definido, pela sua função, como ‘ordenamento’ (jurídico), e, pela sua natureza de componente da estrutura social, como ‘realidade normativa’. A transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos (diversos daquele aspecto normativo em sentido estrito) significa a transformação da ‘realidade normativa’ e vice-versa. A afirmação, ao contrário, da autonomia da ciência jurídica e as conseqüentes tentativas de definir a chamada ‘realidade jurídica’ como alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, econômica ou política é herança que ainda pesa muito sobre os juristas e sobre o ensino do Direito. Isso levou à criação de uma cultura formalista, matriz de uma ‘teoria geral do direito’ sem (explícitas) ‘infiltrações’ de caráter político, econômico, sociológico: como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia.”

¹⁷⁰ Por este pensamento, seria inconcebível a não aplicação dos princípios e valores incorporados pelo ordenamento jurídico a partir da Constituição, em especial aqueles que tenham esteio no conceito de dignidade humana, a pretexto de se respeitar uma suposta divisão interna do direito (por exemplo, Direito Privado e Direito Público). Nesse sentido, por exemplo: **1** – Maria Celina Bodin de Moraes(1993, p.24): “Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em conseqüência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um ‘mondo in frammenti’, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário.”; **2** – Cançado Trindade (2003, p. 42): “Também contra a distinção rígida entre Direito Público e Direito Privado se insurgem as necessidades de proteção do ser humano, com maior força ante a atual diversificação das fontes de violações de seus direitos. A rigidez da distinção entre o público e o privado não resiste aos imperativos de proteção dos direitos humanos, por exemplo, nas relações inter-individuais (e.g: violência doméstica) e nos atentados perpetrados por agentes não-identificados, conglomerados econômicos, órgãos de comunicação, e outros entes não-estatais. Só mediante o enfrentamento dos atentados perpetrados por estes agentes (não estatais) evitar-se-á que o atual paradigma de proteção se torne insuficiente e anacrônico, entendendo-se que mesmo nestas hipóteses permanece o Estado responsável por omissão, por não tomar medidas positivas.”

O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora.

A CF/1988 estrutura a economia a partir de normas jurídicas, enquanto princípios e regras¹⁷¹. Os princípios são dotados de um conteúdo ético, pois possuem, para além da capacidade de influenciar a elaboração de outras normas jurídicas sobre o tema, o condão de orientar condutas, destacar a finalidade e os objetivos que se pretende atingir enquanto sociedade, a partir da eleição de valores específicos, os quais trazem um conteúdo mínimo e possíveis limites para atividade empresarial. Em síntese a esse pensamento, afirma Luís Roberto Barroso (2013, p.226): “Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o plano jurídico”.

No âmbito constitucional, a atividade econômica possui uma regulação jurídica que se inicia a partir da chamada *Constituição Econômica*¹⁷², a qual, por se tratar de um recorte muito específico, estabelece uma determinada ordem (jurídica) da economia, por meio de uma organização de instituições relacionadas às relações econômicas, bem como estabelecimento das respectivas normas para atividades econômicas, em especial a atividade empresarial.

¹⁷¹ Digno de nota a importância dada aos princípios na atualidade jurídica. Como destaca Barroso (2013, p.226-227): “Após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria do Direito a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o plano jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito, para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.”

¹⁷² Sobre esse aspecto ou recorte muito específico da Constituição, Vital Moreira pontua (1979, p.41-42): “A constituição econômica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta. Assim, da constituição econômica de, por exemplo, uma ‘economia capitalista orientada’ fazem parte não só as normas que asseguram a propriedade e disposição privada dos meios de produção e outros direitos fundamentais econômicos (liberdade de empresa, liberdade de trabalho), mas também aquelas que determinam o papel do mercado e do estado na orientação do processo econômico, aquelas que definem os princípios fundamentais da organização econômica *stricto sensu* (associações econômicas), das finanças do estado, sob o ponto de vista da sua relevância econômica (‘constituição financeira’), do estatuto da empresa nos seus aspectos externos e internos (‘constituição da empresa’), da posição do trabalhador (‘constituição do trabalho’).”

De fato, a CF/1988 sistematizou os principais elementos de uma *Constituição Econômica* de modo a concentrá-los em um título específico para a ordem econômica e financeira (Título VII), inaugurando princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I), delineados no art. 170¹⁷³, os quais sugerem a realização de uma hermenêutica específica para as relações econômicas, sem descuidar que esta deverá ser realizada também em consonância com o todo¹⁷⁴ (SOUZA, 1989). Vale destacar que, apesar desses avanços, sob influência do neoliberalismo e para evitar dissenso político, a sua estrutura discursiva adota técnica que emprega excessiva delegação de temas relevantes para o legislador ordinário.¹⁷⁵

Essa estrutura normativa da ordem econômica brasileira, de cunho fortemente principiológico, segundo Grau (2010), aplica-se às atividades econômicas em sentido

¹⁷³ Neste sentido, reproduz-se o teor da norma constitucional: “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. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (BRASIL, 1988).

¹⁷⁴ Conforme destaca Washington Peluso Albino de Souza (1989, p. 23-24): “A Carta de 1988 introduziu várias inovações que podem ser apontadas a começar pela divisão do *título* em *capítulos*, como dissemos acima, porém igualmente, por destinar o Cap. I aos ‘Princípios Gerais da Atividade Econômica’, em lugar da simples referência a ‘princípios’, incluída no artigo introdutório. Com esta medida de natureza técnica, contribuiu mais claramente para a caracterização da ‘Constituição Econômica’, pois embora esta não signifique a intenção de uma Carta à parte, destacada do texto geral que, naturalmente, mantém-se íntegro, oferece à temática da ‘Ordem Econômica’ elementos para embasamento de ‘teoria geral’, ou de ‘fundamentos’ próprios. Estes, sem se chocar com o texto geral, permitem referências a uma hermenêutica específica. Efetivamente, a interpretação do texto da Constituição Econômica, ou seja, do título da ‘ordem econômica’, há de se basear nos princípios da técnica de legislar sobre o tema econômico e de interpretá-lo juridicamente, fazendo-o em referência aos elementos gerais da Carta em que está inserido.”

¹⁷⁵ Washington Peluso Albino de Souza (1989, p. 24) indica: “Apesar destes aspectos positivos, exige ponderação o fato de o legislador constituinte se ter mostrado tímido nas afirmativas, recorrendo ao velho estratagema de relegar à lei ordinária ou especial o verdadeiro ‘comando’ e mantendo-se na expressão programática. Como se sabe, uma das características da moderna técnica de legislar constitucionalmente é a de superar tais expedientes. Tanto que institutos como o da ‘inconstitucionalidade por omissão’ ou o próprio ‘mandado de injunção’, incluído nesta Carta, são dados como remédios contra aquele recurso protelatório dos efeitos das conquistas introduzidas na Lei Fundamental. Realmente, o legislador de 1988 caracterizou-se por essa timidez, pois para os 22 artigos e 51 incisos, nada menos de 34 têm sua aplicação relegada a 39 leis. Essa delegação de competência da Lei Maior à legislação secundária caracteriza-se como uma espécie de alienação de competência constituinte, e, embora tal técnica tenha sido consagrada no constitucionalismo clássico, a verdade é que por ela se chegou ao caminho capaz até mesmo de anular os preceitos constitucionais pela indefinida elaboração legal, quando não por textos que sob a alegação de atender à realidade e à viabilidade, acabam por desfigurar o sentido originário do discurso constitucional”.

lato¹⁷⁶ e atua principalmente no campo do *dever-ser*, não propriamente enquanto uma descrição fiel da realidade econômica e social brasileira – ou seja, serve como orientação geral para as atividades tanto do setor público, quanto do setor privado. No entanto, o que se pretende proteger com esses princípios não é a atividade do setor público ou do setor privado em si, pois, como destacam Sayeg e Balera (2011) busca-se uma tutela *multidimensional*¹⁷⁷ que visa garantir a todos uma existência digna, em um sentido de interesse universal (SAYEG; BALERA, 2011).

Ainda, em auxílio a uma leitura mais atenta sobre essa ordem econômica, interessante a proposta de distinção semântica formulada por Washington Peluso Albino de Souza (1989), de que *fundamento* seria a razão de uma preferência, a causa, e *princípio*, por sua vez, um ponto de partida do processo interpretativo. Assim é que os fundamentos da ordem econômica – de um lado, a valorização do trabalho humano e, de outro a livre iniciativa – conectam-se com os objetivos pretendidos pela própria CF/88, notadamente o de assegurar a todos uma existência digna, enquanto os princípios dela emanados – como soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente – serviriam como ponto de partida para efetivação dessa ordem.

De fato, é notório que todas as normas têm, como teleologia, o supraprincípio da dignidade humana, de tal modo que não se pode pretender a realização de qualquer princípio sem que se considere também a dignidade como questão ética

¹⁷⁶ Nas palavras de Eros Grau (2010, p. 107-108): “Finalmente, no que concerne ao art. 170, *caput*, nele a expressão *atividade econômica* conota o gênero, e não a espécie. O que afirma o preceito é que toda a *atividade econômica*, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*, repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, etc. Nenhuma dúvida pode restar, entendo, quanto à circunstância de, aí, a expressão assumir a conotação de *atividade econômica em sentido amplo*”.

¹⁷⁷ Como indicam Sayeg e Balera (2011, p. 156 -157): “A referência, no Artigo 174 da Constituição Federal, aos setores público e privado da economia, não limita a ordem econômica a tais setores, que são público e privado frente aos agentes econômicos, não face aos tutelados pela ordem econômica — que são todos e tudo. Logo, o que se verifica é que a ordem econômica rege os setores privado e público da economia, isto é, tendo os particulares e o Estado como agentes econômicos, o que não se confunde com a tutela multidimensional incidente, a partir do Direito Econômico, com o fim de garantir a todos uma existência digna, tal como consta do *caput* do Artigo 170 da Constituição Federal. Enfatadamente, por força da Lei Universal da Fraternidade aplicada ao capitalismo, o fim da ordem econômica é a concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões em cadeia de adensamento, assegurando vida plena ao homem livre e a todos os homens do planeta: é a busca do correspondente objeto da dignidade da pessoa humana e planetária. Desse fim se depreende que a ordem econômica não está a tutelar nem só o interesse privado, nem só o interesse público, mas a todos e a tudo, incluindo o interesse universal.”

central (BARROSO, 2013; NALINI, 2020¹⁷⁸). Como sumarizado por Marcelo Benacchio (2018b, p. 244) “a dignidade da pessoa humana, portanto, é um paradigma de compreensão e definição dos demais valores da ordem econômica”.

Assim, independente da área, e para além da antiga construção jurídica que preconizava a dicotomia entre direito público e privado, herdada do direito romano, há um novo modelo interpretativo das relações jurídicas, justamente pela necessidade de se buscar a efetividade daqueles valores nas relações do cotidiano (TEPEDINO, 2008; MORAES, 1993; PERLINGIERI, 2002). Aliás, essa compreensão rejeita uma visão mais estreita do direito privado e de não intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive na função redistributiva pelo Estado. Como destaca Maria Celina Bodin de Moraes (1993, p. 26):

No Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é: os valores existenciais – no vértice do ordenamento, jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de “despatrimonialização” do direito privado, em razão da prioridade atribuída; pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

Nesta senda, vale mencionar tese segundo a qual, pelo destaque constitucional conferido à dignidade, funda-se uma ordem econômica que não se resume aos imperativos e valores do capitalismo liberal, tampouco de imposições econômicas pela economia global, mas sim a adoção normativa pelos valores de um capitalismo humanizado¹⁷⁹, a partir de uma perspectiva *jus humanista* sobre o Direito Econômico,

¹⁷⁸ Como ressaltado por Nalini (2020, p.15): “O tema dignidade está presente na República do Brasil, desde que foi inspiração do constituinte para pavimentar toda a vida pública. É o supraprincípio irrecusável, que depende de cada um ser efetivamente observado. Tanto que autonomia e dignidade são intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricadas, como pondera Thadeu Weber: ‘A dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia. E este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética’”.

¹⁷⁹ Consoante síntese de Sayeg e Arruda Júnior (2016, p.331-332): “Em assim sendo, se analisada corretamente a estrutura jurídica do capitalismo no Brasil, forçoso reconhecer que a disciplina jurídica do capitalismo adotada na Constituição Federal não é o capitalismo liberal, nem o capitalismo que fundamenta a globalização econômica, mas sim um capitalismo humanista, no sentido de reconhecer a supremacia dos direitos humanos sobre a ordem jurídica nacional, numa perspectiva humanista do Direito Econômico. Exatamente neste último aspecto que reside o capitalismo humanista: por meio do marco teórico da fraternidade, baseado numa filosofia ‘jus humanista’ que adota o adensamento das estruturas de liberdade, igualdade e fraternidade como sustentáculo de um capitalismo em prol da

o qual emprega o adensamento de estruturas de liberdade, igualdade e fraternidade como sustentáculos, direcionado inclusive para a atuação transnacional das ETNs (SAYEG; ARRUDA JUNIOR, 2016).

Neste sentido, como colocado por Marcelo Benacchio (2018b, p.249):

A ordem constitucional da econômica efetua a eleição dos objetivos que devem ser alcançados, assegurando o exercício da livre iniciativa pelas empresas, cuja liberdade é utilizada para inovação e aumento do processo de produção de bens e serviços desde a direção da atividade econômica e, igualmente, formulando uma moldura de limites a essa liberdade econômica voltada ao equilíbrio das relações econômicas a exemplo da proteção dos direitos dos trabalhadores, do meio ambiente e dos consumidores.

Deste modo, para além de uma ordem econômica liberal (calcada no princípio da livre iniciativa, propriedade privada) é que o Estado brasileiro busca um tñue equilíbrio com princípios que visam sobretudo a preservação da dignidade humana, a partir da defesa do direito dos trabalhadores, do meio ambiente e consumidores, os quais também devem ser considerados e respeitados pelas ETNs.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, é notável a incorporação desses valores a partir de uma *ética humanista universalista* (como será visto na seção 3.4) incorporada por meio dos Direitos Humanos. Longe de constituir mera retórica, essa centralidade na dignidade humana possui esteio em uma construção jurídica internacional, a qual irradia seus efeitos para todo o ordenamento jurídico dos Estados signatários, que comungam de um sentido ético, que é adotada pelo Estado brasileiro, a partir da CF/1988¹⁸⁰.

humanidade. Oportuno também enfatizar que, ao reconhecer a propriedade e a liberdade como direitos naturais, a partir da visão de Locke, certo é que o capitalismo humanista se harmoniza com o humanismo antropofiliaco e com a Lei Universal da Fraternidade, aspectos jurídicos e filosóficos que permeiam as relações econômicas. Por isso que as empresas transnacionais devem respeitar a ordem jurídica capitalista humanista, para que suas atividades econômicas estejam de acordo com a Constituição Federal e respectiva ordem econômica constitucional, especialmente, na inserção dos direitos humanos em todas as suas dimensões nas suas relações internas e externas, a bem de tudo e de todos, sem qualquer tipo de exclusão. Do ponto de vista prático é difícil, mas não impossível, que as empresas transnacionais e respectivos dirigentes e colaboradores sigam as diretrizes constitucionais, cabendo encontrar uma forma prática e eficiente na rotina da empresa, de inserir a principiologia capitalista humanista recepcionada pela Constituição Federal nas suas atividades econômicas e em todas as suas relações internas e externas."

¹⁸⁰ Na dicção de Sayeg e Balera (2011, p. 31-32): "A síntese necessária dessa tensão dialética encarrega a fraternidade da solução de acomodação entre liberalismo e democracia, infiltrando-a, por meio do equilíbrio reflexivo, como um parâmetro de proporcionalidade que contempla a consciência jus-humanista (...) Tal consciência global consubstancia o espírito objetivo que exige um planeta de homens livres, iguais e fraternos, além de objetivamente pacífico, inclusivo e emancipador, estruturado em uma ordem jurídica monista de direitos humanos que prevalece sobre qualquer ordem jurídica nacional e internamente adotada. Com efeito, no Brasil, esse conteúdo significativo está registrado no Artigo 4º, II, da Constituição Federal, que reconhece a prevalência dos direitos humanos nas relações

3.4 DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: LIMITAÇÕES PARA ATIVIDADE EMPRESARIAL

3.4.1 Delimitação dos Direitos Humanos

Não há como refletir sobre o estado atual de *Direitos Humanos e Empresas* sem, antes, indicar o que seria a construção do conceito de pessoa (e sua dignidade), a partir de uma perspectiva ética, e ressaltar que essa compreensão, incorporada pelos Direitos Humanos, guarda estreita relação com o ordenamento jurídico brasileiro, que também a incorporou a partir da adoção de uma estrutura principiológica, sobretudo com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

De rigor, indispensável apontar que o estudo dos Direitos Humanos envolve o reconhecimento de um multiverso de termos, muitas vezes empregados como sinônimos, para se referir a distintas relações. Nesse sentido, balizada doutrina indica como mais recorrentes os termos *Direitos do Homem*, *Direitos Fundamentais* e *Direitos Humanos* (SARLET, 2018; RAMOS, 2014, COMPARATO, 2013; WEIS, 2013; SAYEG, BALERA, 2011; SILVEIRA, ROCASOLANO, 2010; 2007, PECES-BARBA, 1987).

Paulo Bonavides (2011) esclarece que o emprego do termo Direitos Fundamentais está atrelado a uma doutrina publicista alemã¹⁸¹, relacionada à construção de direitos no âmbito do Direito Constitucional, enquanto os termos Direitos Humanos e Direitos do Homem foram mais utilizados por juristas anglo-americanos e latinos, inspirados nos diplomas normativos internacionais.

Segundo Ingo W. Sarlet (2018), o debate terminológico não se trata de mera querela acadêmica, visto que, ressalvados os casos em que o direito em estudo assume o mesmo conteúdo, um direito poderá ter uma interpretação e aplicação

internacionais. Tal premissa deixa evidente a determinação constitucional de que o Brasil integre o planeta como um país humanista, se posicionando por decreto aos olhos do mundo como um Estado humanista. É tal a força dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em nosso direito interno positivo que, de acordo com o Artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, os que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional — em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros — terão poder equivalente ao das emendas constitucionais. O Artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe ainda que o Brasil propugnará por um tribunal internacional de direitos humanos ao qual, por óbvio, também há de submeter-se internamente. O citado Artigo confirma a prevalência de uma ordem jurídica planetária monista de direitos humanos sobre nossa soberania nacional e deixa claro em seu conteúdo significante que nós, brasileiros, nos submetemos a ela. Guimarães confirma o monismo planetário de direitos humanos.”

¹⁸¹ A exemplo de Konrad Hesse, Carl Schmitt, Georg Jellinek.

diferentes para cada matéria. Para ilustrar, indica-se que um determinado direito fundamental (e.g: direito de ir e vir), poderá ter tratamento, interpretação, instrumentos jurídicos e aplicação distintos, se considerados pelo prisma do Direito Constitucional (de cada Estado), que poderá ser totalmente diferente daquele apresentado pelos Direito Internacional dos Direitos Humanos – ainda que, como o próprio autor reconhece, esteja ocorrendo um processo simultâneo de harmonização dessas esferas, desde o pós-segunda guerra, na medida em que diversas constituições se inspiraram na Declaração de Direitos Humanos da ONU de 1948 (DUDH), bem como a própria declaração se inspirou em constituições existentes à época¹⁸².

Sobre uma possível distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, indica-se Sayeg e Balera (2011, p. 91):

Como se vê, os direitos humanos não se confundem com os direitos fundamentais, estes mais restritos e representam a positivação constitucional daqueles e de outros valores tidos como fundamentais, promulgados pelo Estado para maior segurança de concretização. Os direitos humanos os antecedem e são abrangentes, determinados por direito natural — logo, são inatos ao homem e a todos os homens, não se confundindo com os fundamentais, no rol dos quais o Artigo 5º da Constituição Federal autoriza, por exemplo, a prisão civil do depositário infiel, em dispositivo manifestamente colidente com os direitos humanos.

Desta forma, nos limites deste estudo, compreende-se o termo *Direitos Humanos* de maneira ampla, tanto enquanto direitos reconhecidos por meio de tratados em âmbito internacional, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto os que possam preexistir, independente de tratados, como direitos não

¹⁸² Como esclarecido por Sarlet (2018, p. 29-30), nos seguintes termos: “Em que pese as duas expressões(‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) sejam comumente utilizadas como sinônimas, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção de que a expressão ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional(internacional). A consideração de que a expressão ‘direitos humanos’ pode ser equiparada à ‘direitos naturais’ não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, nesse sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana –, mas, neste caso, de direitos não positivados.”

positivados ou direitos naturais, ou ainda aqueles incorporados pelo ordenamento jurídico de cada Estado. E essa concepção se enquadra ao contexto dos *Direitos Humanos e Empresas* que, por versar sobre uma área relativamente recente do conhecimento jurídico, encontra-se em franca expansão e formulação nas últimas décadas.

3.4.2 Proposta ética humanista universalista dos Direitos Humanos

A concepção dos Direitos Humanos, enquanto mecanismo jurídico de proteção da dignidade com esteio na solidariedade humana¹⁸³, é fruto de uma longa evolução política, cultural e filosófica no seio da sociedade ocidental. Desta forma, importante compreender minimamente as influências culturais que cercam essa centralidade na dignidade humana e a sua pretensão universalista.

Em que pese os Direitos Humanos sejam uma construção jurídica recente na história da humanidade, nascem de um debate ético secular¹⁸⁴ e amadurecem no contexto do direito internacional público, cujo objeto é a relação jurídica horizontal entre Estados-nação e a sua soberania.

Na atualidade, desde o advento da DUDH, ganham sua autonomia pelo chamado *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, inclusive porque o objeto de sua proteção ultrapassa aquela relação entre Estados, para alcançar a tutela do próprio ser humano em sua dignidade, garantida pela incorporação da noção de direitos inatos e inalienáveis, os quais independem da discricionariedade dos Estados,

¹⁸³ Segundo Comparato (2013) há dois grandes fatores de solidariedade humana: a solidariedade técnica, pela padronização de modos de vida, homogeneização das formas de trabalho, produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação; bem como a solidariedade ética, fundada no respeito aos direitos humanos e que estabelece a base para uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva.

¹⁸⁴ Como aponta Comparato (2006, p. 435): “Graças à influência fecunda e regeneradora desses grandes valores éticos, foi sendo construído, andar por andar, o grandioso edifício do sistema universal dos direitos humanos. Em correspondência ao processo de progressiva coalescência da camada humana, que recobre toda a superfície do planeta, de modo a supor, como disse Teilard de Chardin, uma noosfera à biosfera, foram reconhecidos sucessivamente, como titulares desses direitos, os indivíduos, os grupos sociais mais carentes, os povos e, por fim, a humanidade. Cada uma dessas sucessivas categorias de direitos humanos fortalece o respeito aos direitos pertencentes à categoria imediatamente anterior. Assim, sem o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou o dos direitos dos povos à democracia, não se garante o respeito aos direitos individuais, de caráter civil e político. Sem o reconhecimento dos direitos dos povos à autodeterminação e ao desenvolvimento, não se garante o direito à democracia. Sem o reconhecimento dos direitos da humanidade, todos os direitos dos povos carecem de uma adequada proteção.”

na medida em que são interligáveis, interdependentes, e *reconhecidos*¹⁸⁵ internacionalmente (CANÇADO TRINDADE, 2003; COMPARATO, 2006; WEIS, 2013; PIOVESAN, 2007; RUGGIE, 2013; SAYEG, BALERA, 2011).

A consolidação dos direitos humanos é uma questão que, em si, pressupõe a necessária transcendência das fronteiras do Estado-nação, por meio da internacionalização de direitos, os quais são construídos historicamente, enquanto uma tentativa de limitação ou contenção dos abusos e arbitrariedades dos próprios Estados contra o ser humano, que se torna um verdadeiro sujeito de direitos. Consoante Gregorio Peces-Barba (1987, p.265, tradução¹⁸⁶):

A internacionalização dos direitos fundamentais é o último momento de seu processo de evolução histórica no mundo moderno. É o que vivemos hoje e por isso todos os textos relevantes são do século XX e, em geral, pós-Segunda Guerra Mundial. Essa nova dimensão começa com a consciência da insuficiência da proteção no nível estadual, que sempre pode encontrar seu limite na razão do Estado. Supõe uma violação do princípio da soberania nacional, o que obsta à rejeição de qualquer poder superior ao Estado, que não reconhece como superior. A internacionalização requer um poder ou autoridade capaz de impor aos Estados ou grupos que violaram um direito humano a sanção correspondente. Estamos perante uma nova dimensão do direito internacional, que se abre assim ao reconhecimento da pessoa singular como sujeito jurídico. O segundo motivo que justifica esse esforço decorre da experiência dos Estados membros da comunidade internacional, que veem como a luta por alguns direitos humanos cujas violações transcendem as fronteiras dos Estados e requer a colaboração intergovernamental para o efetivo enfrentamento de sua proteção.

¹⁸⁵ Digno de nota a firmeza na colocação de Ruggie em sua introdução, sobre a importância daquele diploma enquanto ideal e do uso proposital do termo “recognizing” (reconhecimento) de direitos, ao invés de “criação de direitos”, embora destaque a dificuldade ainda atual de efetividade no plano internacional pelo complexo sistema global de direitos humanos. “The idea of human rights is both simple and powerful. The operation of the global human rights regime is neither. The simplicity and power of human rights reside in the idea that every person is endowed with ‘inherent dignity’ and ‘equal and inalienable rights.’ The essence of rights is that they are considered entitlements, not granted by the grace or at the discretion of others. Hence, international human rights instruments speak of ‘recognizing’ rights, not creating them. The international human rights regime was built on this precept, beginning with the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the UN General Assembly in 1948 “as a common standard of achievement for all peoples and all nations.” (RUGGIE, 2013, xxviii - xxix).

¹⁸⁶ No original: “La internacionalización de los derechos fundamentales es el último momento de su proceso de evolución histórica en el mundo moderno. Es el que estamos viviendo en la actualidad y por eso todos los textos relevantes son del siglo xx y, en general, posteriores a la segunda guerra mundial. Esta dimensión nueva arranca con la toma de consciencia de la insuficiencia de una protección en el ámbito estatal, que siempre puede encontrar su límite en la razón de Estado. Supone una ruptura del principio de soberanía nacional, que es un obstáculo al rechazar cualquier poder por encima del Estado, que no reconoce superior. La internacionalización necesita un poder o una autoridad capaz de imponer a los Estados o a los grupos que hayan violado un derecho humano, la sanción correspondiente. Estamos ante una nueva dimensión del Derecho internacional, que se abre así al reconocimiento de la persona individual como sujeto jurídico. La segunda razón que justifica este esfuerzo parte de la experiencia de los propios Estados miembros de la comunidad internacional que constatan como la lucha por algunos derechos humanos cuyas violaciones trascienden las fronteras estatales, necesita una colaboración intergubernamental para afrontar eficazmente su protección”.

De fato, inicialmente, não possuía caráter vinculativo, e muitas vezes era considerado como mera “carta de intenções”, referido instrumento foi essencial para a consolidação de valores, possuindo uma dupla função de servir como guia ou inspiração para elaboração das demais normas (de direito internacional e direito interno), bem como, em si, orientar padrões mínimos (ou *standards*) para a conduta humana – ou um novo *ethos*, como colocado por Cançado Trindade (2003), enquanto “síntese do humanismo político da liberdade” (BONAVIDES, p. 573), ou uma nova “ética universal” (PIOVESAN, 2007, p. 136) – preconizado no pós-segunda guerra mundial.

Neste diapasão, lúcida a ponderação de Paulo Bonavides (2011, p.574)

Erra todo aquele que vislumbra no valor das Declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se explicaria a essência das Constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do direito público – a interna e a externa. A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.

Em seguida, em um esforço de trazer uma concretude aos Direitos Humanos é que, na esfera internacional, a partir da criação de tribunais internacionais, em especial pelos sistemas regionais de direitos humanos, há um movimento de formação e consolidação jurisprudencial, o qual orienta a conduta de Estados para essa nova realidade, considerado como uma mitigação de soberania em favor da defesa desses direitos (RAMOS, 2014)¹⁸⁷.

Em sua acepção teleológica, os Direitos Humanos estão calcados no enaltecimento do ser humano e do pleno desenvolvimento de sua personalidade¹⁸⁸ –

¹⁸⁷ Nesse diapasão, indica André de Carvalho Ramos (2014, p.31-32): O princípio da soberania dos Estados sofre cada vez mais com a internacionalização dos direitos humanos, uma vez que os compromissos internacionais são genéricos e vagos, como normas de direitos humanos que são. As centenas de condenações de vários Estados tidos como democráticos e respeitadores de direitos humanos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, por certo não foram previstas por ser líderes. Além disso, a temática dos direitos humanos, por sua indeterminação, é apreciada em foros não tradicionais, como se vê nas dezenas de casos de direitos humanos no Tribunal de Justiça da União Europeia, vocacionado para a implementação do Direito da Integração, entre outros. Por outro lado, é também possível encontrar insatisfação e irrisignação da parte dos demandantes perante as instâncias internacionais quando a decisão internacional não reconhece a violação de direitos humanos ou fixa reparação insuficiente.

¹⁸⁸ Vale lembrar que o termo “personalidade” é termo que surgiu no contexto das tragédias teatrais. Do grego *prósopon*, traduzido pelos romanos por *persona*, inicialmente como sentido próprio de rosto ou

e, aqui, vale ressaltar que se enquadra perfeitamente a incorporação filosófica da concepção de desenvolvimento de Amartya Sen (2013), sobre as potencialidades humanas que somente são alcançadas se aliadas as ameaças de fome, extrema pobreza, e garantidos o acesso à educação, saúde, e participação política – sem, no entanto, descuidar de que esse desenvolvimento deverá ser propiciado em consonância com um ideal de que o todo (sociedade) não está acima da dignidade de cada indivíduo. Esse ideal é centrado no *conceito de pessoa*.

Na ótica de Fábio Konder Comparato (2013), a elaboração teórica desse conceito de pessoa, que implica na noção de que cada ser humano tem direito a ser igualmente respeitado pelo simples fato de sua humanidade – isto é, de que cada indivíduo considerado possui dignidade por *ser humano* –, passou por cinco etapas históricas: a primeira etapa teve na antiguidade o seu desenvolvimento, a partir da compreensão da lei escrita como meio de proteção do indivíduo contra arbítrios do governo ou grupo social, primeiro, pela justificativa divina inspirada na lei escrita judaica, na noção grega de lei escrita (*nomos êngraphos*) e lei não escrita (*nomos ágraphos*)¹⁸⁹, em paralelo a uma compreensão que se afastou do sagrado, centrado mais na natureza (*physis*), aprofundada por sofistas e estoicos¹⁹⁰; a segunda etapa, calcada na igualdade dos homens pelo universalismo cristão¹⁹¹; a terceira etapa, enquanto sujeito de direitos universais, anteriores e superiores a toda ordenação estatal, a partir da filosofia kantiana; a quarta etapa consiste no reconhecimento de que o homem dirige sua vida em função de suas preferências valorativas (ou valores éticos), que estimula uma tensão dialética entre, de um lado, os direitos humanos formadores de um sistema correspondente a hierarquia de valores prevaletentes em meio social, e de outro, ordenamento positivo, nem sempre coincidente com aquele sistema; a quinta etapa, no século XX, enquanto movimento oposto a crescente despersonalização ou reificação das relações humanas decorrentes da industrialização e do fenômeno do totalitarismo, a partir da filosofia da vida e o pensamento existencialista¹⁹².

máscara, que individualizava o papel de cada personagem, e posteriormente aprofundada com os estoicos que, para explicar a unidade do ser humano (forma e essência), lançaram mão também dos conceitos de *hypóstasis* (no latim, correspondente de *hypóstasis*, no sentido de substrato ou suporte individual de algo), conforme expõe Comparato (2013).

¹⁸⁹ Como visto em Eurípedes, Sófocles, Aristóteles e Platão.

¹⁹⁰ Como visto em Zenão de Cítio e o orador romano Cícero.

¹⁹¹ A exemplo de Boécio, São Tomás de Aquino, Graciano.

¹⁹² Como em Ortega y Gasset, Martin Heidegger.

Sem dúvida, essa segunda etapa relacionada ao cristianismo e sua pretensão universal, descrita por Comparato, teve grande impacto cultural para a humanidade, a tal ponto que, por exemplo, Ricardo Sayeg e Wagner Balera (2011), sustentam a tese no sentido de existir uma “Lei Fundamental da Fraternidade, que nos conduz com liberdade e igualdade para a democracia e a paz” (SAYEG, BALERA, 2011, p.14), estabelecida e fundamentada antropologicamente¹⁹³ pelo amor de Jesus Cristo.

Desta feita, o ser humano se tornou uma verdadeira medida de todas as coisas. Pela ótica humanista, a finalidade do Direito seria a preservação de condições para sua realização pessoal. Como bem sintetizado por Carlos Ayres Britto (2012, p. 20):

De fato, o desenrolar do tempo tem situado o gênero humano no centro do universo. Da proclamação de que “o homem é a medida de todas as coisas” (Protágoras) ao “cógito” de René Descartes, passando pela máxima teológica de que todos nós fomos feitos à imagem e semelhança de Deus, o certo é que a pessoa humana passou a ser vista como portadora de uma dignidade inata. Por isso que titular do “inalienável” direito de se assumir tal como é: um microcosmo. Devendo-se-lhe assegurar todas as condições de busca da felicidade terrena.

No entanto, vale lembrar o temperamento sugerido por Sayeg e Balera (2011) a essa “medida de todas as coisas”, uma vez que os autores rechaçam uma a visão humanista antropocêntrica – no sentido de que o homem, enquanto centro do universo, deve satisfazer seus interesses de maneira individualista, hedonística e sem qualquer limite à liberdade – e propõe, em seu lugar, uma visão *humanista antropofiliaca*¹⁹⁴. Como apontam os autores:

A máxima antropocêntrica de que “o homem é a medida de todas as coisas” é atribuída a Protágoras; porém, “na Antiguidade os homens são valorizados por suas posses, qualidades e por seus feitos heroicos, não se incluindo

¹⁹³ Diz-se antropologicamente, pois, na ótica dos autores, há uma experiência cultural inegável. Nas palavras de Sayeg e Balera (2011, p. 80-81): “Se o direito é cultura e experiência, não há como desconsiderar dois mil anos de inegável e relevante evolução histórica e antropológica na formação da consciência universal do cristianismo. Ninguém pode desprezar a influência da cultura cristã na formação da atual civilização, mormente a ocidental em que vivemos. O calendário da história humana é dividido em antes e depois de Jesus Cristo, e é Ele o protagonista, sem demérito de outros grandes agentes, na construção da consciência universal da fraternidade — base antropológica do humanismo integral exposto nas presentes reflexões jurídicas.”

¹⁹⁴ Antropofílico na medida em que sugere o tratamento fraterno, que não se limita à igualdade de gênero, ou seja, não basta tratar a todos como iguais, mas deve-se acima de tudo tratar a todos como irmãos. Como assinalam Sayeg e Balera (2011, p. 73-74): “Esta é a missão do homem e do universo: trilhar o caminho. Para tanto, Jesus prega a atitude do homem propondo um mandamento novo, segundo o qual todos devem ser tratados como irmãos. Tal fraternidade nestas reflexões não é teocêntrico, nem muito menos um retrocesso ao fundamentalismo cristão medieval. Tampouco representa a aceitação do humanismo antropocêntrico individual-burguês: é, sim, um humanismo antropofílico com uma nítida proposta de relacionamento universal, abrangente e incluyente entre os homens, entre tudo e todos, que se concretiza pelo amor fraterno.”

nessa concepção os pobres, as mulheres e os escravos”. Esse modo de ver, com traços humanistas, referia-se ao homem “contanto que seja cidadão”, como ressaltou Aristóteles, dissociando-o da integralidade do gênero humano, em especial dos menos favorecidos materialmente. Jesus Cristo vai além e, com sua mensagem de fraternidade universal, instaura o humanismo antropofílico em face de todo o gênero humano, que é decifrado para o direito em sua concepção de direito natural com os ensinamentos aristotélicos de São Tomás de Aquino (...) (SAYEG; BALERA, 2011, p. 63)

Pela exposição, pode-se aduzir que: 1 – Direitos Humanos tem por objetivo a proteção da dignidade humana; 2 – Direitos Humanos possuem uma *proposta ética universalista*, na medida em que pretendem uma tutela jurídica da dignidade de tudo e de todos, pelo simples fato da existência humana; 3 – a dignidade é centrada no conceito de pessoa e fraternidade, com forte na experiência cultural ocidental; 4 – o debate sobre Direitos Humanos está em constante construção e aprimoramento.

3.4.3 Patamares mínimos globais: entraves filosóficos, políticos e culturais

Apesar da pretensão universalista dos Direitos Humanos, o próprio conceito de pessoa e sua dignidade não deixa de ser fruto de uma construção filosófica e cultural específica, que floresceu ao longo de séculos no seio da sociedade ocidental e, muitas vezes, destoa de outras concepções consideradas regionais.

Por existir uma pletera de concepções filosóficas, culturais e econômicas a respeito dos Direitos Humanos, há certa dificuldade em se atingir consenso, sobretudo em relação a *patamares mínimos* para a atuação de ETNs. Além disso, a própria tese de cisão dos direitos civis e políticos em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, foi fruto do dissenso político entre nações, que perdurou por décadas. A esse propósito, indica Jack Donnelly (2013, p.40, tradução nossa¹⁹⁵):

Nas discussões internacionais, tornou-se quase um reflexo falar de “direitos civis e políticos” e “direitos econômicos, sociais e culturais”. Embora eu também ocasionalmente use essas categorias, elas são seriamente enganosas. Uma divisão dicotômica de qualquer realidade complexa tende a ser grosseira e facilmente má interpretada para sugerir que as duas categorias são antitéticas. Isso é especialmente verdadeiro porque essa

¹⁹⁵ No original: “In international discussions it has become almost a reflex to talk of “civil and political rights” and “economic, social, and cultural rights.” Although I too occasionally use these categories, they are seriously misleading. A dichotomous division of any complex reality is likely to be crude and easily (mis)read to suggest that the two categories are antithetical. This is especially true because this particular dichotomy was born of political controversy, first in working class political struggles in the nineteenth and early twentieth centuries and then in Cold War ideological rivalry. The argument against economic and social rights, however, has also been philosophical. And it is of considerable immediate political relevance, especially in the United States.”

dicotomia particular nasceu da controvérsia política, primeiro nas lutas políticas da classe trabalhadora no século XIX e no início do século XX e depois na rivalidade ideológica da Guerra Fria. O argumento contra os direitos econômicos e sociais, no entanto, também foi filosófico. E é de considerável relevância política imediata, especialmente nos Estados Unidos.

Com efeito, para viabilizar a elaboração de documentos internacionais em âmbito global, adotou-se, na seara internacional, uma técnica de não perquirição sobre a natureza filosófica do ser humano, cujo objetivo era evitar dissenso e abarcar uma visão mais pragmática de mundo¹⁹⁶. Contudo, as diferenças culturais, mesmo nessas circunstâncias e com o recurso à referida técnica, afetam as relações entre as ETNs e Estados que, devido às respectivas experiências, tendem a ser mais favoráveis ou menos a determinadas espécies de direitos. Como ilustra John Ruggie (2013, p.73, tradução nossa¹⁹⁷):

Apesar da proclamada universalidade dos direitos humanos, a cultura política do país de origem de uma empresa parecia afetar os direitos que ela reconhecia. As multinacionais europeias eram mais propensas do que suas contrapartes americanas a fazer referência aos direitos à saúde e a um padrão de vida adequado. Eles também foram mais propensos a afirmar que suas políticas de direitos humanos vão além do local de trabalho para incluir seu impacto nas comunidades onde operam. As empresas americanas e japonesas tendem a reconhecer um espectro mais restrito de direitos e detentores de direitos. O direito mais citado pelas empresas chinesas na época – e foi apenas por 5 em uma amostra de 25 – foi o direito ao desenvolvimento, que poucos governos ou empresas ocidentais reconhecem. Além disso, mesmo entre empresas domiciliadas no mesmo país e operando no mesmo setor, o segmento de mercado doméstico específico também parecia moldar suas políticas de direitos humanos. Por exemplo, a pesquisa FG500 indicou que alguma forma de monitoramento da cadeia de suprimentos era comum. Curiosamente, era sabido que marcas

¹⁹⁶ Essa dificuldade é bem evidenciada por Jack Donnelly (2013), que indica, na ocasião da elaboração da DUDH, parte dos países debatia sobre a natureza filosófica dos Direitos Humanos (se deveria ou não constar no texto final da declaração um Direito Natural advindo de Deus ou da própria “natureza humana”, por exemplo) e que culminou num impasse que só foi deixado de lado para que fosse viabilizada sua votação.

¹⁹⁷ No original: “Despite the proclaimed universality of human rights, the political culture of a company’s home country seemed to affect which rights it recognized. European multinationals were more likely than their American counterparts to reference the rights to health and to an adequate standard of living. They were also more likely to state that their human rights policies extended beyond the workplace to include their impact on the communities where they operate. U.S. and Japanese firms tended to recognize a narrower spectrum of rights and rights holders. The most widely cited right by Chinese companies at the time – and that was by only 5 in the sample of 25 – was the right to development, which few Western governments or companies recognize. Moreover, even among companies domiciled in the same country and operating in the same sector, the particular home market segment also seemed to shape their human rights policies. For example, the FG500 survey indicated that some form of supply-chain monitoring was common. Anecdotally, it was known that premium brands like Nike, trading on cachet, tended to have more ambitious supply-chain standards and protocols than value brands such as Walmart, where price points dominate. Because it is not uncommon for the same supplier to manufacture for different brands, different workers in the same factory, say in China, Bangladesh, or Honduras, therefore might be covered by different standards.”

premium como Nike, negociando com prestígio, tendiam a ter padrões e protocolos de cadeia de suprimentos mais ambiciosos do que marcas de valor como o Walmart, onde os preços dominam. Como não é incomum para o mesmo fornecedor fabricar para marcas diferentes, trabalhadores diferentes na mesma fábrica, digamos na China, Bangladesh ou Honduras, portanto, podem ser cobertos por padrões diferentes.

Sobre o dilema enfrentado pelos Direitos Humanos em relação ao seu conceito na atualidade, em uma adequada síntese, Isabel Cabrita (2011) apresenta relevantes considerações no sentido de que toda a construção da dignidade humana não deixa de ser fruto de uma concepção humanista ocidental e que esta, por vezes, possui peculiaridades muitas vezes não conciliáveis com uma concepção de outras regiões do mundo¹⁹⁸.

Neste senda, válida a crítica realizada por Boaventura de Souza Santos (1997), na medida em que os Direitos Humanos enquanto representados por aquela pretensão universal nos moldes ocidentais, tenderão a operar como localismo globalizado (ou, como arma do ocidente, como colocado no conflito cultural de Samuel P. Huntington, lembrado pelo autor), de modo que, para evitar este desfecho e servirem como verdadeira saída para uma sociedade global, deveriam realizar uma ressignificação do conceito de Direitos Humanos a partir do multiculturalismo propiciado pela globalização em sua feição cosmopolita, enquanto uma proposta de política cultural de direitos humanos contra hegemônica, que proporcionará um maior equilíbrio entre a legitimidade local e a competência global.

Primeiramente, cumpre esclarecer que, para o autor, há três tensões dialéticas fundamentais da modernidade: a primeira, entre regulação social e a emancipação

¹⁹⁸ Nas palavras da autora: “É difícil aceitar que o conceito de direitos humanos é um conceito ocidental ao qual as outras tradições culturais se limitam a reagir, aceitando-o total ou parcialmente ou rejeitando-o por completo. No entanto, é com esta realidade que temos que viver. Ou seja, não existe *de facto* uma moral universal. A *evidência* dos direitos humanos está ligada a um determinado contexto cultural, o do Mundo Ocidental. O principal problema da ideia de direitos humanos é que não oferece uma noção convincente sobre a natureza humana. O que se quer dizer com isto é que o conceito de natureza humana proposto pelo movimento internacional dos direitos humanos é um conceito *normativo* e não científico. Efectivamente, a noção de natureza humana que fundamenta o conceito de direitos humanos não resulta de nenhum consenso universal sobre as necessidades e os desejos dos seres humanos. As outras tradições culturais (*v.g.* Islão, China, Índia e África), apesar das diferenças entre elas, tendem a dar mais valor às *comunidades* ou *grupos* do que aos indivíduos, assim como aos *deveres* em detrimento dos direitos. No próprio Mundo Ocidental, os críticos dos direitos humanos salientam que esta ideia está na origem de um *individualismo exagerado*, para o qual o homem só tem direitos e não, também, deveres, e alertam para a tendência em confundir direitos com *preferências, desejos e satisfações particulares*. Dado que não se adivinha um fim próximo para as actuais controvérsias, consideramos que os defensores dos direitos humanos enfrentam um enorme desafio: provar que os direitos humanos constituem o *Caminho* para a construção da melhor sociedade política, aquela em que se governa para o *bem de todos*” (CABRITA, 2011, p. 205).

social¹⁹⁹; a segunda, entre Estado e Sociedade Civil²⁰⁰, que resulta também no dilema entre as gerações de direitos humanos, isto é, a um só tempo em que são exigidos direitos civis e políticos contra o Estado (1ª geração), também são exigidos direitos econômicos, sociais e culturais (2ª e 3ª gerações), dos quais o Estado é seu principal garantidor; e em terceiro, o Estado-nação e a globalização²⁰¹.

A globalização, além de caracterizada pela rivalidade local-global em um sistema mundo (como esmiuçado na seção 1.3 deste estudo), apresenta quatro modos de produção, a saber: a) localismo globalizado²⁰²; b) globalismo localizado²⁰³;

¹⁹⁹ Essa primeira tensão, para o autor, perdeu sua força criativa no fim do século XX, a partir da crise do Estado regulador/Estado providência, somado também a crise da emancipação social advinda do declínio da Revolução social e do socialismo enquanto paradigma da transformação Social radical.

²⁰⁰ Em que o Estado, de um lado, apresenta-se como Estado minimalista, mas sua essência é maximalista, e de outro lado a sociedade civil, que se autoreproduz a partir de leis e regulações sem limites, a não ser as regras democráticas de produção.

²⁰¹ Nas palavras do autor: "Por fim, a terceira tensão ocorre entre o Estado-nação e o que designamos por globalização. O modelo político da modernidade ocidental é um modelo de Estados-nação soberanos, coexistindo num sistema internacional de Estados igualmente soberanos - o sistema interestatal. A unidade e a escala privilegiadas, quer da regulação social quer da emancipação social, é o Estado-nação. O sistema interestatal foi sempre concebido como uma sociedade mais ou menos anárquica, regida por uma legalidade muito ténue, e mesmo o internacionalismo da classe operária sempre foi mais uma aspiração do que uma realidade. Hoje, a erosão selectiva do Estado-nação, imputável à intensificação da globalização, coloca a questão de saber se, quer a regulação social quer a emancipação social, deverão ser deslocadas para o nível global. É neste sentido que já se começou a falar em sociedade civil global, governo global e equidade global. Na primeira linha deste processo está o reconhecimento mundial da política dos direitos humanos. A tensão, porém, por um lado, no facto de, tanto as violações dos direitos humanos, como as lutas em defesa deles continuarem a ter uma decisiva dimensão nacional, e, por outro lado, no facto de, em aspectos cruciais, as atitudes perante os direitos humanos assentarem em pressupostos culturais específicos. A política dos direitos humanos é basicamente uma política cultural. Tanto assim é que poderemos mesmo pensar os direitos humanos como sinal do regresso do cultural, e até mesmo do religioso, em finais de século. Ora, falar de cultura e de religião é falar de diferença, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?"(SANTOS, 1997, p. 17).

²⁰² Segundo Boaventura de Souza Santos (1997): "Consiste no processo pelo qual determinado fenómeno local é globalizado com sucesso, seja a actividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em língua franca, a globalização do fast food americano ou da sua música popular, ou a adopção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicações dos EUA."

²⁰³ Segundo Boaventura de Souza Santos (1997) "Consiste no impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, as quais são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais. Tais globalismos localizados induzem: enclaves de comércio livre ou zonas francas; desflorestamento e destruição maciça dos recursos naturais para pagamento da dívida externa; uso turístico de tesouros históricos, lugares ou cerimoniais religiosos, artesanato e vida selvagem; dumping ecológico ("compra" pelos países do Terceiro Mundo de lixo tóxico produzidos nos países capitalistas centrais para gerar divisas externas); conversão da agricultura de subsistência em agricultura para exportação como parte do "ajustamento estrutural"; etnicização do local de trabalho (desvalorização do salário pelo facto de os trabalhadores serem de um grupo étnico considerado "inferior" ou "menos exigente")."

c) cosmopolitismo²⁰⁴; d) “patrimônio comum”²⁰⁵. Os primeiros são formas de globalização hegemônicas (ou, de “cima para baixo”), e os dois últimos globalização contra hegemônicas (ou, “de baixo para cima”).

Segundo o autor, os direitos humanos, ao mesmo tempo que enfrentam, nesse contexto de enfraquecimento do Estado-nação soberano e que também oferece risco à coexistência no bojo de um sistema global interestatal, uma oportunidade de servirem como uma saída para a sociedade global, desde que prevaleça os modos de produção de uma globalização contra hegemônica, isto é, o cosmopolitismo e o “patrimônio comum”²⁰⁶.

²⁰⁴ Conforme esclarecimento de Boaventura de Souza Santos (1997) “As formas predominantes de dominação não excluem aos Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados a oportunidade de se organizarem transnacionalmente na defesa de interesses percebidos como comuns, e de usarem em seu benefício as possibilidades de interação transnacional criadas pelo sistema mundial. As actividades cosmopolitas induem, entre outras, diálogos e organizações Sul-Sul, organizações mundiais de trabalhadores (a Federação Mundial de Sindicatos e a Confederação Internacional dos Sindicatos Livres), filantropia transnacional Norte-Sul, redes internacionais de assistência jurídica alternativa, organizações transnacionais de direitos humanos, redes mundiais de movimentos feministas, organizações não governamentais (ONGs) transnacionais de militância anticapitalista, redes de movimentos e associações ecológicas e de desenvolvimento alternativo, movimentos literários, artísticos e científicos na periferia do sistema mundial em busca de valores culturais alternativos, não imperialistas, empenhados em estudos sob perspectivas pós-coloniais ou subalternas, etc, etc.”

²⁰⁵ Nas palavras de Boaventura de Souza Santos (1997): “O outro processo que não pode ser adequadamente descrito, seja como localismo globalizado, seja como globalismo localizado, é a emergência de temas que, pela sua natureza, são tão globais como o próprio planeta e aos quais eu chamaria, recorrendo ao direito internacional, o patrimônio comum da humanidade. Trata-se de temas que apenas fazem sentido enquanto reportados ao globo na sua totalidade: a sustentabilidade da vida humana na Terra, por exemplo, ou temas ambientais tais como a protecção da camada de ozono, a preservação da Amazônia, a Antártida, a biodiversidade ou os fundos marinhos, Induo ainda nesta categoria a exploração do espaço exterior, da lua e de outros planetas, uma vez que as interacções físicas e simbólicas destes com a terra são também patrimônio comum da humanidade. Todos estes temas se referem a recursos que, pela sua natureza, têm de ser geridos por fideicomissos da comunidade internacional em nome das gerações presentes e futuras.”

²⁰⁶ Como pontua Boaventura de Souza Santos: “A marca ocidental, ou melhor, ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada em muitos outros exemplos: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única excepção do direito colectivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos económicos, sociais e culturais e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito económico. Mas há também um outro lado desta questão. Em todo o mundo milhões de pessoas e milhares de ONG's têm vindo a lutar pelos direitos humanos, muitas vezes correndo grandes riscos, em defesa de classes sociais e grupos oprimidos, em muitos casos vitimizados por Estados capitalistas autoritários. Os objectivos políticos de tais lutas são frequentemente explicita ou implicitamente anticapitalistas. Gradualmente foram-se desenvolvendo discursos e práticas contra-hegemónicas de direitos humanos, foram sendo propostas concepções não ocidentais de direitos humanos, foram-se organizando diálogos interculturais de direitos humanos. Neste domínio, a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceptualização e prática dos direitos humanos de um localismo globalizado num projecto cosmopolita.”(SANTOS, 1997, p.20-21).

Apesar do estudo de Boaventura ter sido elaborado no final do século XX, a questão permanece relevante e discutida ainda na atualidade, a exemplo do debate acadêmico entre as diferentes visões de Direito Econômico Internacional – e.g: de um lado, concepções de justiça segundo Rawls e Kant, e de outro, de Confúcio com as respectivas interpretações marxistas-maoístas. Nesse sentido, menciona-se o diálogo entre estudiosos ocidentais e orientais, promovido pelo periódico especializado *Journal of International Economic Law (JIEL)*²⁰⁷.

Não é escopo do presente estudo esmiuçar as diferenças culturais específicas, mas apenas ilustrar que essa questão cultural surge no curso da globalização e que influenciam as escolhas sobre o conteúdo e respectiva implementação de direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, bem os possíveis limites constitucionais e de direitos humanos introduzidos em cada Estado

Assim, a questão cultural por trás dos Direitos Humanos, sem dúvida, é um ponto que desperta interesse e afeta diretamente as relações econômicas e o alcance dos Direitos Humanos, em especial positivados no plano internacional, de modo que se torna bem-vinda a ampliação do debate e a tentativa de consenso, sobretudo para elaboração de *patamares mínimos de atuação empresarial* e a sua respectiva implementação pelos Estados em nível global.

3.4.4 Direitos Humanos e Empresas: um projeto viável em construção

Uma das principais preocupações do Direito Internacional dos Direitos Humanos é impedir a ameaça ou prejuízo concreto à dignidade humana perpetrados pelos Estados. Entretanto, devido ao protagonismo que as ETNs vem assumindo na economia de mercado global, bem como a ampliação do debate sobre Direitos Humanos e sua positivação (em âmbito nacional e internacional), é que surge a

²⁰⁷ Como indica Ernest-Ulrich Petersmann (2018, p. 214-215): “Globalization requires reviewing IEL [International Economic Law] and its power-driven traditions, especially at a time when authoritarian and populist rulers (e.g. in China, Russia, Turkey, and the USA) seek to sideline European values by ‘realist power politics’ privileging domestic interest groups. I agree with my Chinese interlocutors that path-dependent European IEL narratives—including my ‘German arguments’ in favor of constitutional, cosmopolitan, and human rights approaches to IEL – deserve to be challenged (e.g. from African, American, and Asian perspectives) no less than the pathological power politics of autocratic rulers and of UN/WTO diplomats disfranchising citizens. Towards that end, the proposed ‘JIEL debates’ may help citizens to use their moral powers for limiting the abuses of power in the global economy. Unless citizens accept more republican responsibility for protecting the global public goods (*res publica*) of the universal recognition of human rights and of a market-driven, welfare enhancing division of labour, intergovernmental UN/WTO governance risks continuing to neglect human rights and sustainable development (SD) to the detriment of billions of unnecessarily poor, disempowered or exploited people.

seguinte indagação: deveria existir uma responsabilidade jurídica internacional às ETNs pela violação de Direitos Humanos em suas atividades empresariais? (RUGGIE, 2013; CANÇADO TRINDADE, 2003; TEPEDINO, 2008; MORAES, 1993; BENACCHIO, 2018a; SAUVANT, 2015; SAYEG, ARRUDA JUNIOR, 2016; BERNAZ, 2017).

Na ótica de Nadia Bernaz (2017), existem dois motivos que justificam esse questionamento: o primeiro, é que se tornou lugar comum indicar o peso político e financeiro de ETNs no âmbito internacional, reforçado especialmente por relatórios de ONGs a respeito das violações cometidas direta ou indiretamente no exercício da atividade empresarial; segundo, que essas violações se tornam ainda mais prováveis nos países acometidos pela reiterada negligência a Direitos Humanos por parte do Estado e de outros grupos não estatais (e.g: grupos paramilitares), cujo alcance pelo Direito Internacional é limitado, de modo que a estratégia de exposição reputacional (*naming-and-shaming*), que não funciona adequadamente para tais grupos, poderia ser mais efetiva para ETNs, na medida em que a atividade empresarial depende da boa imagem para sobrevivência do próprio empreendimento²⁰⁸.

De fato, são diversos os casos de transgressões aos Direitos Humanos perpetrados por ETNs²⁰⁹. Alguns dos casos mais notórios arrolados por John Ruggie

²⁰⁸ Como bem pontua Bernaz (2017, p. 93): “Beyond subjectivity, an important question from a business and human rights perspective is whether corporations have human rights responsibilities under international law. As mentioned in the previous section, the discussions about corporate duties under international law has focused in recent years on human rights duties. There are two main reasons for this. First, it has now become commonplace to say that corporations, in particular multinational corporations, have gained a prominent place on the international stage due to their financial and political weight. In a context of growing influence of large companies, non-governmental organisations have started to document human rights violations committed by these companies or with their complicity, in developing countries. From an advocacy point of view, the argument is that since corporations make large profits, they ought to abide by human rights law. In other words, with power come responsibilities. Second, and linked to the first reason, severe human rights violations often occur in countries where human rights are routinely violated by the state, or by non-state actors such as paramilitary groups. Neither states nor rebel groups can be compelled to abide by their international obligations and they may be influenced by advocacy groups only in a limited way. Naming-and-shaming strategies are arguably more efficient with regard to companies than with regard to states. Indeed, public image is directly linked to a company’s performance and, ultimately, survival. The argument goes that exposing corporate violations of human rights will make business react and change the way they operate.”

²⁰⁹ Importante indicar que, nos limites do estudo de Ruggie (2013), o Direito Internacional dos Direitos Humanos se restringem aos direitos positivados por declarações e tratados realizados no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo pela “Carta Internacional de Direitos Humanos”, consubstanciada por três documentos principais: 1 – Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948; 2 – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 3 – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e respectivo protocolo facultativo. Essa distinção é importante, pois o estudo que se pretendeu aqui não foi de identificação de cada espécie de direito humano, mas apenas a noção de que existem direitos humanos que visam à proteção do ser humano em aspectos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais, que podem ser aviltados tanto por Estados quanto por ETNs.

são: 1 – *Nike*: na década de 1990, a empresa sediada nos Estados Unidos, foi acusada de utilizar-se de trabalho infantil e impor péssimas condições de trabalho por meio de suas subsidiárias asiáticas, em especial no Paquistão; 2 – *Union Carbide*: em 1984, a empresa sediada nos Estados Unidos, também por meio de sua subsidiária indiana, foi responsável pelo vazamento de compostos químicos na região de Bophal, que resultou em um desastre ecológico, a morte e deterioração de milhares de vidas; 3 – *Royal Dutch Shell*: a empresa anglo-holandesa, por meio de uma *joint venture*²¹⁰ com a estatal nigeriana, estabeleceu um modelo de exploração petrolífera prejudicial ao meio ambiente e de quase nenhum retorno para as comunidades locais, inclusive acusada do acirramento de disputas entre grupos étnicos rivais, que culminaram em instabilidade civil e na acusação e no auxílio à atividade militares de retaliação ao povo Ogoni, na década de 1990; 4 – *Yahoo*: em 2004, um jornalista foi preso, após utilizar-se de seu correio eletrônico do provedor Yahoo, sem identificação e sem dados pessoais, para envio de artigo que expunha a manipulação da imprensa pelo governo chinês, graças ao serviço de monitoramento de mensagens oferecido pela empresa americana.

Nada obstante esses exemplos históricos, a ameaça ou possível transgressão a Direitos Humanos é uma realidade atual, conforme destacam os relatórios elaborados pela *Business & Human Rights Resource Centre*²¹¹, que expuseram, por exemplo, salários baixos, discriminação e trabalho infantil de refugiados sírios praticados pela atividade empresarial do setor têxtil turco, ocorridas a partir 2015 (BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, 2020).

Em uma tentativa de resposta a essas situações é que, nas últimas décadas, progressivamente aumenta-se a necessidade de estudos de qualidade sobre o tema *Direitos Humanos e Empresas*, que possam delimitar mais assertivamente as responsabilidades de cada ator social, em especial das ETNs.

Contudo, afora os casos de graves violações contra Direitos Humanos, especialmente contra o direito à vida, à liberdade de não ser submetido a regime de escravidão ou tortura – que constituem crimes internacionais com possibilidade de responsabilização de indivíduos, e não de Estados –, as ETNs não possuem uma

²¹⁰ Trata-se de um modelo empresarial em que duas ou mais empresas buscam esforços em comum, sem que haja a perda da identidade e individualidade como pessoas jurídicas das participantes.

²¹¹ ONG especializada no acompanhamento de acusações a empresas por violações de Direitos Humanos, reconhecida por Ruggie (2013) como uma das que possui um dos maiores bancos de dado para o assunto.

responsabilidade jurídica bem delineada em tratados internacionais (RUGGIE, 2013; BERNAZ, 2017).

Na seara internacional, a relação entre Estados e empresas para proteção dos Direitos Humanos foi pouco explorada, embora não se possa dizer recente. Desde a década de 1970, a ONU, no contexto daquela conturbada década e pelo escândalo político do caso Salvador Allende²¹², estabeleceu por meio do Conselho Econômico e Social (Ecosoc), o Centro de Empresas Transnacionais²¹³ e a Comissão sobre Empresas Transnacionais, os quais participaram de uma fase inicial que desenvolveu estudos sobre a importância dos investimentos estrangeiros promovidos por meio da atividade empresarial de ETNs. Naquele contexto é que surgiu a ideia de regulação da atividade empresarial transacional a partir de um esboço de “Código de Conduta”²¹⁴, enquanto um patamar mínimo em nível global, inclusive como forma de estabelecer controle e legitimação daquela atividade, que sofria críticas em especial por parte de países em desenvolvimento (SAUVANT, 2015).

O primeiro dilema na elaboração do Código de Conduta da ONU era sobre quem recairiam as obrigações (se apenas para Estados, ou para ETNs ou ainda para ambos). Sob um ponto de vista jurídico, parecia inconcebível o estabelecimento de obrigações para ETNs, pelo simples fato de que o Direito Internacional é fundado em relações de soberania e horizontalidade entre Estados, e não na relação entre Estados e empresas. Além disso, havia relutância para reconhecimento de atores

²¹²Como narra Bernaz (2017, p. 164): “The 1970’s were a time of great change marked by a series of crises, scandals and conflicts which had a profound influence in the West: the oil crisis; the ensuing economic crisis; the wave of expropriation of Western foreign capital from developing countries; the end of the fixed exchange rates system; the Watergate scandal; the coup against the democratically elected President of Chile, Salvador Allende; the Arab-Israeli War, and the eventual retreat of US troops from Vietnam, to name but a few. In the United States, US multinational company ITT’s role in the Chilean coup that lead to the dictatorship of Augusto Pinochet prompted the creation of a committee, chaired by Senator Church, within the US Senate Foreign Relations Committee. During its three years of existence the Church Committee documented dozens of accounts of corruption and ill-behaviour of US multinationals around the world. At the same time the US Securities and Exchange Commission also investigated corporate misconduct abroad. All this led to a legislative response in the United States, with the adoption of the controversial Foreign Corrupt Practices Act, and also to an embryonic change in corporate culture. This Change was limited and most of its corporate advocates favoured self-regulation rather than legislation. Despite these limitations, the 1970s mark the beginning of discussions on corporate social responsibility as a concept of relevance to modern global business”.

²¹³ Segundo Sauvnt (2015), o Centro de Empresas Transnacionais, apesar de criada em 1974, tornou-se operacional com base na resolução 1913 (LVII) do Ecosoc, de 5 de dezembro de 1974, iniciando seus trabalhos somente em novembro de 1975, e encerrou suas atividades em 1993, quando sua equipe técnica foi transferida para Genebra e incorporada pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).

²¹⁴ No original, “United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations”, mas para efeitos deste estudo será chamado simplesmente de Código de Conduta da ONU.

sociais assumindo obrigações e representatividade em uma esfera que antes era de exclusividade do Estados, sem contar com a discordância do próprio setor empresarial, que pretendia um formato mais flexível e de adesão voluntária, para não prejudicar a liberdade empresarial e de investimentos (BERNAZ, 2017; RUGGIE, 2013).

Segundo Karl P. Sauvant²¹⁵ (2015), para além daquele primeiro dilema, havia também uma dificuldade política de atingir consenso sobre as espécies e abrangência dos Direitos Humanos em pauta, devido aos interesses econômicos e políticos acirrados entre grupos distintos: primeiro, havia o choque de interesses entre Estados desenvolvidos²¹⁶, que estavam mais preocupados com a proteção de investidores, e Estados em desenvolvimento²¹⁷, que almejaram mitigar os efeitos negativos da

²¹⁵ Pontua-se que o autor atuou no âmbito das Nações Unidas em 1973, auxiliando na preparação do primeiro relatório abrangente dessa organização sobre Empresas Multinacionais no Desenvolvimento Mundial (Nações Unidas, 1973), antes de ingressar no recém-criado UNCTC como profissional júnior. Acompanhou as negociações do Código das Nações para o tema desde o início, inclusive quando exerceu a chefia do centro entre 1985–1988 e também quando se tornou responsável pela pesquisa do Centro, 1988–2000 na UNCTC (e, posteriormente, na Divisão de Investimentos da UNCTAD), conforme informações disponibilizadas pelo próprio autor em sua publicação.

²¹⁶ Indica Sauvant (2015, p. 22): “For *developed countries*, the situation was more complex. They were, worldwide, the principal home and host countries. However, as far as FDI flows *among* developed countries were concerned (the bulk of their outflows and inflows), these were covered by instruments negotiated in the framework of the OECD. In particular, they could rely on the 1961 Code of Liberalisation of Capital Movements (even though it allowed for exceptions). Such code provided for ‘a balanced framework for countries progressively to remove barriers to the movement of capital, while providing flexibility to cope with situations of economic and financial instability.’ This instrument was further supplemented in 1976 by the OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises, containing voluntary Guidelines for TNCs as well as decisions addressed to member governments concerning national treatment, conflicting requirements and international investment incentives and disincentives, and by the global ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, containing voluntary guidelines in the area of social policy. Developed countries could also draw on a network of Friendship, Commerce and Navigation Treaties that protected not only trade but also investment; these treaties were, sometimes, as with respect to the United States, directly enforceable in local states courts. With these instruments, developed countries had a regime in place that reflected their principal interest: the protection of investments of their firms abroad, which involves, in particular, the proper treatment of investors and investments in terms of national treatment, most-favored-nation treatment, fair and equitable treatment (interpreted as ‘minimum standard’), prompt, adequate and effective compensation upon expropriation, and the right to repatriate profits. Increasingly, national treatment at the pre-establishment phase of an investment was added to this list. This regime provided developed countries with access for their firms to the markets of other developed countries (at that time the world’s most attractive markets) and, through the well functioning, impartial judiciaries in developed countries, access to national dispute settlement if disputes should arise on account of inappropriate treatment of their investors or investments. Moreover, as their regulatory and judicial regimes could also deal with corporate misbehavior and since they had, in any event, the OECD Guidelines and the ILO Tripartite Declaration, developed countries had no pressing interest in establishing multilateral disciplines for (mostly their) TNCs.”

²¹⁷ Explica Sauvant (2015, p. 20 – 21): “At the time that the Code negotiations began, virtually all *developing countries* were overwhelmingly recipients of FDI, i.e., host countries: their outward FDI amounted to about 2% of world FDI outflows between 1980–1985, averaging little more than USD 1 billion during that period.²⁸ The basic interest of developing countries was therefore to minimize any negative effects of the engagement of TNCs in their territories, be they economic, social or political (see

conduta de ETNs, mas sem perder o espaço de decisão sobre políticas de desenvolvimento e de controle nacionais sobre investimentos estrangeiros, sobretudo no caso de adesão a acordos multilaterais; segundo, havia o peso ideológico relacionado aos países do bloco socialista que, apesar de apoiar em parte o posicionamento de Estados em desenvolvimento, tinham como objetivo retirar suas próprias empresas do alcance deste Código²¹⁸.

Assim, devido a dificuldades nas negociações, o projeto do Código de Conduta da ONU foi abandonado, em especial a partir de uma abordagem mais flexível e conciliatória por parte de John Gerard Ruggie, cientista político que foi um dos arquitetos do Pacto Global e dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, principais documentos internacionais desenvolvidos no âmbito da ONU sobre o tema. Ruggie participou ativamente dos trabalhos, de 1997 a 2001, na qualidade de assistente do secretário geral da ONU para planejamento estratégico e de 2005 a 2011, enquanto representante especial para questões de Direitos Humanos e empresas transnacionais, ambos durante o mandato do secretário-geral Kofi Annan²¹⁹.

Em seu estudo, Ruggie (2013) aponta que, no âmbito do Direito Internacional, os principais documentos de *soft law* sobre *Direitos Humanos e Empresas* surgiram a partir de documentos elaborados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), dentre os

the ITT incident). At the same time, developing countries were not interested in any multilateral disciplines that could tie their hands in relation to the treatment of foreign investors in their (in many cases newly achieved) sovereign jurisdictions. Rather, they preferred national regulation of TNCs, be it to deal with corporate abuses, to promote their own development or to pursue other public policy objectives, supported by international instruments. For that, they needed to maintain their national policy space in the investment area. Moreover, since they barely had any outward FDI flows, they had no particular interest in protecting their investors abroad. Hence, their basic interest was to arrive at an instrument that would prescribe multilateral rules of behavior *for transnational corporations* (headquartered in a relatively small number of developed countries).

²¹⁸ Relata Sauvant (2015, p. 21-22): "During the most active phase of the Code negotiations, virtually no socialist country permitted inward FDI, and their outward FDI was miniscule. For them, to quote Klaus A. Sahlgren, TNCs were 'poisonous flowers on the dungheap of a dying capitalism.' Moreover, to the extent that they had their own TNCs, they insisted that these enterprises should not be covered by the Code as they were subject to direct government control. Eventually, as discussed below, this led to difficulties in the context of the definition of TNCs, as the Western countries insisted that no difference should be made between them and privately owned firms. For the socialist countries (in line with the position of the Soviet Union), the negotiations were largely a political exercise that gave them the opportunity to embarrass the Western countries, although eventually broader interests came into play. Beyond that, they adopted a defensive position, namely to protect their own interest of not having their firms covered by the Code; and they supported the developing countries. China maintained a low profile during the Code negotiations.

²¹⁹ Informações disponíveis sobre o autor, recomenda-se: <https://www.hks.harvard.edu/faculty/john-ruggie>.

quais enumera: 1 – Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social (OIT), assinado; 2 – Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho (OIT); 3 – Linhas Diretrizes para as Empresas Multinacionais (OCDE), adotada em 1976, revisada em 2001 e 2011 – os quais serviram como inspiração, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), para elaboração do Pacto Global de 2000, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (2000) e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (2015). E, referidos documentos também são endossados pela Comissão Europeia, em âmbito regional, no contexto da Comunidade Europeia²²⁰.

Apesar da aproximação de ideias por meio do diálogo institucional, de certa forma, as diferenças culturais e filosóficas mencionadas no item anterior também afetaram negativamente as relações entre ETNs e Estados, no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de tal modo que, para Ruggie (2011), a melhor saída seria o fortalecimento da obrigação de Estados que fiscalizem a conduta de ETNs, junto com a proposta de promoção da RSE²²¹ pelas ETNs (sozinhas ou em parceria), em caráter voluntário, inclusive utilizando-se da fiscalização de ONGs ou associações que promovam uma análise técnica do desempenho e do impacto dessas ETNs nas respectivas comunidades de atuação.

Nesse sentido é que foi lançado, em 2011, os chamados *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*, a partir do relatório final de John Ruggie, focado em sua tríplice função: a) *Proteger*: a obrigação, por parte dos estados, de proteger os direitos humanos; b) *Respeitar*: as ETNs devem ser responsabilizadas socialmente para que respeitem os direitos humanos; e) *Reparar*: a necessidade de

²²⁰ Embora reconheçam o caráter de *soft law* dos referidos instrumentos, não deixam de destacar a importância de serem incorporados por meio de políticas comerciais. Como descrito “Livro Verde” da Comissão Europeia (2011, p.5): “A nível internacional, através das políticas comerciais e de cooperação para o desenvolvimento, a União Europeia participa directamente em questões relacionadas com o comportamento dos mercados. Uma abordagem europeia da responsabilidade social das empresas deverá reflectir, bem como integrar, o contexto mais lato de diversas iniciativas, tais como a UN Global Compact (2000), a Tripartite Declaration on Multinational Enterprises and Social Policy (Declaração Tripartida sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social, da OIT – 1998), as Guidelines for Multinational Enterprises (Orientações para as Empresas Multinacionais - 2000) da OCDE. Embora estas iniciativas não sejam vinculativas do ponto de vista jurídico, no caso das orientações da OCDE, beneficiam do compromisso por parte dos governos que as subscreveram para a promoção de uma efectiva observância dessas orientações pelas empresas – empenho, aliás, partilhado pela Comissão Europeia. O cumprimento das normas fundamentais da OIT (liberdade de associação, igualdade, abolição do trabalho forçado e erradicação do trabalho infantil) é um aspecto nuclear da responsabilidade social das empresas, pelo que se deverá reforçar o acompanhamento da aplicação dessas normas.”

²²¹ V. seção 3.2 deste estudo para diferenças entre RSE, função social e Direitos Humanos.

que existem meios judiciais e extrajudiciais adequados e eficazes, em caso de descumprimento destes direitos pelas ETNs.

Assim é que, poder-se-ia defender que os *Direitos Humanos e Empresas* surgem como um caminho ou novo paradigma normativo para ordenação jurídica da economia de mercado global, para estabelecimento de um patamar mínimo de condutas das ETNs (BENACCHIO, 2018a). Como esclarece Marcelo Benacchio (2018a, p.44):

A efetivação dos direitos humanos é o meio para ordenação jurídica do mercado internacional impedindo atos das empresas transnacionais com potencial violação àqueles. Essa situação já encontra previsão no âmbito das Nações Unidas por força dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011 e adotado pelo Brasil. O marco desses princípios envolve “proteger, respeitar e reparar” e devem ser implementados pelas empresas a partir de sua atuação diligente em matéria de direitos humanos. Assim, a proteção, o respeito e a reparação das violações aos direitos humanos pelas empresas no mercado internacional recebem dimensão jurídica, passando a ser um novo passo no desenvolvimento dos negócios e das atividades empresariais. Os direitos humanos, enquanto normas jurídicas, são o paradigma de regulação do mercado internacional globalizado de forma a evitar as situações desfavoráveis à implementação dos direitos humanos no exercício da atividade das empresas transnacionais.

Por outro lado, como descrito no estudo de Nadia Bernaz (2017), na seara do Direito Internacional, existem áreas específicas (e.g: Direito do Comércio Internacional²²², Direito Internacional dos Investimentos²²³), os quais, por não adotar a mesma principiologia e objetivos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, possuem uma enorme capacidade de afetá-lo em razão dos próprios sistemas desenvolvidos para resolução de eventuais conflitos entre Estados e entre Estados e

²²² Segundo Bernaz (2017), o Direito Internacional do Comércio refere-se ao conjunto de regras que governam às relações transacionais de comércio de bens e serviços. Apesar da grande relevância para ETNs, as negociações são estabelecidas em acordos comerciais entre Estados, e os mecanismos de disputa envolvem obrigações desses Estados, os quais por sua vez sofrem pressão pelos setores empresariais em sua política interna. Apesar da criação do Organização Mundial do Comércio (OMC), que visa estabelecer um ambiente de cooperação, bem-estar e crescimento econômico a partir da redução de barreiras e livre comércio, é notório o embate entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, por exemplo, em relação a patentes de medicamentos (que favorecem empresas com base em países desenvolvidos), e que dificultam o acesso à saúde, principalmente de pessoas em Estados em desenvolvimento. Nesse contexto, os direitos humanos são invocados incidentalmente, em muitos casos como uma justificativa para não cumprimento de acordos comerciais, de modo que são apreciados de forma bastante limitada.

²²³ Para Bernaz (2017), o Direito Internacional dos Investimentos, por outro lado, permite uma participação mais direta por parte das ETNs, em especial por meio de arbitragem entre investidores e Estados,

investidores – o que, na prática, pode reduzir o espaço de atuação dos próprios Estados em relação a implementação de suas agendas de Direitos Humanos.

Nada obstante o problema apontado por Bernaz (2017), a postura de instituições multilaterais que influenciam e acompanham a formulação daquelas áreas (formada especialmente por representantes de governos e também do setor financeiro privado, a exemplo do FMI e Banco Mundial), embora não tragam uma responsabilização jurídica categórica no âmbito internacional, caminham no sentido de cobrar uma atuação mais ativa, cooperativa, e de maior integração de esforços entre os diversos atores sociais, inclusive por parte das ETNs. Há um crescente uso do discurso por parte de membros (especialmente da equipe técnica e diretoria) dessas instituições, que denota uma grande preocupação sobre a efetivação de direitos humanos, independente da ação de um tratado ou regramento específico (GENUGTEN, 2015).

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que certos grupos relacionados ao estudo dos Direitos Humanos e Empresas entendem que esses esforços ainda são insuficientes, justamente pela ausência de vinculação das ETNs a um determinado território (HOMA, 2016). E, mesmo com essa questão, o grupo de estudos que sucedeu Ruggie demonstrou-se bastante influenciado por aquela abordagem, que enfatiza o acompanhamento dos mecanismos de reparação desenvolvidos localmente pelos atores sociais. Não demonstrou qualquer interesse em retomar as ideias do Código ou de elaboração de um tratado que atribuía responsabilidades jurídicas específicas diretamente às ETNs, conforme se constata pelo relatório de 2020:

Reconhecendo que a implementação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos inclui a implementação do pilar de acesso à reparação e encorajando os Estados a tomarem as medidas adequadas para melhorar e encorajar a responsabilidade corporativa e o acesso à reparação para vítimas de abusos de direitos humanos relacionados a negócios, Reafirmando que mecanismos judiciais independentes e eficazes estão no centro de garantir o acesso ao recurso e apelando aos Estados para fornecer mecanismos de reclamação judiciais e não judiciais eficazes e apropriados, juntamente com mecanismos judiciais enquanto parte de um sistema estatal abrangente para o recurso de abusos de direitos humanos relacionados a negócios e desempenhar um papel útil na conscientização ou na facilitação do acesso a mecanismos de reclamação não estatais, de acordo com os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, como parte de esforços abrangentes para fornecer remédio para os abusos a direitos humanos relacionados a empresas (...) Requisita ao Grupo de Trabalho, de acordo com seu mandato, a continuar a dar a devida consideração à implementação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos no contexto da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

(UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020, p. 188-191, tradução nossa²²⁴).

Além disso, vale lembrar que existe a possibilidade de responsabilização jurídica das ETNs a partir do direito interno, a qual deve ser realizada por uma nova ótica sobre as relações de direito privado, que incorpora valores e princípios dos Direitos Humanos e estende sua aplicação para as relações entre agentes privados, pela conhecida *eficácia horizontal*²²⁵ dos Direitos Humanos (SARLET, 2018; MARQUES, MIRAGEM, 2012).

²²⁴ No original: “Recognizing that the implementation of the Guiding Principles on Business and Human Rights includes implementation of the access to remedy pillar, and encouraging States to take appropriate steps to improve and encourage corporate accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse, Reaffirming that independent and effective judicial mechanisms are at the core of ensuring access to remedy, and calling upon States to provide effective and appropriate judicial and non-judicial grievance mechanisms, alongside judicial mechanisms, as part of a comprehensive State-based system for the remedy of business-related human rights abuses and to play a helpful role in raising awareness of or facilitating access to non-State-based grievance mechanisms, in line with the Guiding Principles on Business and Human Rights, as part of comprehensive efforts to provide remedy for business-related human rights abuses (...) Requests the Working Group, in accordance with its mandate, to continue to give due consideration to the implementation of the Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the 2030 Agenda for Sustainable Development.” (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020, p. 188-191).

²²⁵ Como lembram Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012, p. 200): “Estudos mais recentes da doutrina alemã indicam que, em virtude da *Drittwirkung* ou efeitos horizontais dos direitos humanos, vários institutos do direito público imigram para o direito privado. Assim, ensina Hanau que os agentes privados mais fortes, que estabelecem o conteúdo contratual, passaram a ter um ônus a mais em suas relações. Sempre que contratam com agentes mais fracos, cabe a eles provar que atuaram lealmente ao limitar a liberdade (por exemplo, de contratar e clausular) do mais fraco. É o que Hanau denomina ‘ônus argumentativo’ (*Argumentationlast*) daquele que determina o conteúdo do contrato, por exemplo, de adesão, arts. 423 e 424 do CC ou arts. 46 e 54 do CDC. Trata-se, segundo este autor, de uma exigência da nova *iustitia protectiva do direito privado*. A restrição na liberdade (fundamental) do mais fraco tem que ser proporcional e na medida do necessário, ou terá abusado do direito: instrumentalizando a liberdade do outro para seus fins. Já para verificar se o outro fica ou não vinculado, sugere *iustitia comutativa*, de forma que o mais fraco possa ter aqui novamente a chance de optar por se liberar. Em outras palavras, o respeito à autonomia do mais fraco deve preponderar.”.

4 CONCLUSÃO

Em relação à primeira pergunta, *sobre se o Direito estaria condicionado à Economia*, conclui-se que a resposta é negativa. Existe um profícuo diálogo entre Economia e Direito, que não se traduz na mera subordinação do Direito à Economia, muito menos em uma construção jurídica que seguiria, em tese, “ditames de mercado”. Em razão disso é que, na atualidade, há resistência à tentativa de subordinação irrestrita de direitos aos imperativos de eficiência e maximização de benefícios, enquanto critérios advindos de uma análise econômica supostamente isenta de valores (seção 2.1).

Diz-se supostamente isenta de valores, pois, como visto na seção 3.1, não há como dissociar o conteúdo ético da Economia: o que se faz, em verdade, é a priorização de valores distintos daqueles estabelecidos juridicamente, por exemplo, ao se afastar um critério de justiça social e aplicar outro, de eficiência econômica, que na prática resulta em benefício individual máximo.

De todo modo, a compreensão desses fenômenos não poderia existir sem os estudos relacionados tanto ao Direito, quanto à Economia, bem como às salutares tentativas de aproximação dessas áreas, a exemplo da leitura do Direito pelo prisma econômico – ainda que certas vertentes, como a Análise Econômica do Direito, buscassem um esvaziamento do conteúdo ético inerente ao Direito e a sua substituição por um critério de eficiência econômica, a partir de uma ótica utilitarista formal de maximização de benefícios.

Nesta esteira, ao concluir que o Direito não é condicionado pela Economia, há consequências práticas importantes: torna-se inconcebível, por exemplo, o argumento segundo o qual um determinado direito humano (como o direito ao trabalho digno), eleito em uma determinada sociedade, deva ser mitigado por supostamente trazer um efeito econômico inverso de redução de empregos pelo desinteresse de ETNs em contratar pessoas em um regime mais custoso. Em suma, trata-se de questão importante, na medida em que se busca afastar do Direito posturas tolerantes à degradação do ser humano e condescendentes com violações de Direitos Humanos, ainda que respaldadas em uma justificativa econômica.

A segunda indagação, *sobre se as atividades empresariais poderiam ser reguladas juridicamente pelo Estado*, nada mais é do que um consentâneo da primeira, visto que, se o Direito estivesse condicionado à Economia (e não houvesse

uma relação de intercâmbio), as atividades econômicas no âmbito do mercado moldariam as relações jurídicas em via de mão única, de tal sorte que a atuação do Estado seria uma mera consequência das decisões dos atores econômicos que atuam em mercado. Neste sentido é que caminhou, por exemplo, a tese liberal, incorporada pelo capitalismo em seu momento inicial (século XVIII) e largamente defendida durante o século XX, pelos chamados neoliberais.

Constatou-se que, justamente a partir da formação de uma economia de mercado global – e pelo desencanto com a experiência de Estado socialista (fora do capitalismo) e também do Estado Social (capitalista) – também se formou um discurso (neo)liberal de aversão a qualquer tipo de intervenção estatal, reforçado inclusive por estudos no âmbito da *Economia e Direito e Análise Econômica do Direito* (seção 2.1), e especificamente pela incorporação do pensamento da *Escola de Chicago* que, aceito em âmbito político, resultou na experiência de fenômenos jurídicos como a (des)regulação e (des)regulamentação da economia, que implicam na transferência de atividades econômicas para o setor privado e em consequências sociais negativas (e.g: precarização de áreas como educação, previdência, saúde, etc.), sobretudo no contexto de países em desenvolvimento, a exemplo do Brasil (seção 2.3).

Ocorre que, ao reconhecer os valores do capitalismo liberal, inseridos na economia de mercado – como a eficiência, individualismo, propriedade privada, liberdade e acúmulo de capital, etc. – os possíveis limites jurídicos à atividade empresarial, que partem de uma leitura humanista da Economia e do Direito, não admitem a sua primazia absoluta em detrimento da dignidade da pessoa humana – que, por sua vez, exige um olhar social, para alívio das mazelas e desigualdades inerentes ao próprio sistema –, sob pena de instrumentalização do ser humano e, de certa forma, ruína da própria economia de mercado.

Ademais, não se pode ignorar o fato de que existe sim uma estreita relação entre a estrutura jurídica estabelecida pelo Estado moderno e as empresas, que impede sejam consideradas como atores antagônicos. Isso porque é justamente a partir da ordem jurídica estatal que passam a existir garantias mínimas (e.g: direito de propriedade, execução de contratos) para as atividades econômicas realizadas no mercado (seção 2.2). Infundada, portanto, a indicação da prevalência das relações econômicas sobre as relações jurídicas – ou ainda dos interesses públicos (Estado) sobre os interesses privados (empresas) – visto que ambos os interesses, em última análise, gravitam em torno de um mesmo interesse: autopreservação do capitalismo.

Desta forma, há muito mais uma relação de complementaridade entre Estado e empresa, justamente para que a atividade empresarial possa ser desenvolvida sem maiores entraves ou abusos na economia de mercado, do que de conflito. O Estado não apenas pode, como deve regular a atividade empresarial.

Por fim, remanesce ainda uma indagação mais profunda, sobre a dificuldade do Estado (âmbito nacional), lidar com as relações transnacionais (seção 1.2), em meio a diversidade de atores sociais com interesses tão diversos (seção 1.3): *para além da regulação jurídica realizada em âmbito nacional, haveria algum limite jurídico ou patamar mínimo ético relacionado à atividade empresarial de ETNs, em nível global ou transnacional?*

No século XXI, as relações humanas são integradas por contradições e tensões dialéticas, formadas como uma espécie de síntese dos últimos séculos: de um lado, são muito mais rápidas, impessoais, estatísticas, sistêmicas e artificiais; de outro, consideradas a partir de um prisma formado por diferentes perspectivas subjetivas, formado por uma infinidade de interesses, valores e interpretações divergentes (seção 1.1). Assim, muito mais adequado compreender que tais relações – em toda sua dialeticidade – foram amalgamados em sociedade por conta da capacidade normativa do Direito que, enquanto produto cultural, molda a realidade social – e que, por sua vez, pela realidade social também é moldado (seção 3.3).

Quase como um paradoxo, é que a utopia de se viver em uma sociedade cosmopolita, pacífica, fraterna, em que as diferenças possam coexistir de maneira equilibrada e sustentável, ressoa no imaginário das pessoas e permanece bem viva, principalmente pela retomada da concepção humanista de uma sociedade global, calcada no conceito de pessoa formado em séculos de pensamento ocidental, o qual privilegia sobretudo a dignidade da pessoa humana.

Esse ideário – que permitiu o (re)pensar das relações humanas – foi assumido também em um nível jurídico e constitucional, por meio da proposta política de (re)construção do mundo a partir de um novo paradigma ético, e retomado no bojo do conturbado século XX, o qual presenciou grandes catástrofes e mudanças a partir do embate entre Estados totalitários e Estados democráticos, entre as ideologias capitalista e socialista, entre a Economia e o Direito, entre o global e o local; assim como apresentou a emergência de novos atores sociais para além do secular Estado.

Esse modelo ético, em seu conjunto de valores conformadores de condutas, também foi incorporado pelo universo jurídico, a partir dos Direitos Humanos (a nível

internacional) e da sua relação quase umbilical com as constituições (a nível nacional) – e da influência que essas exercem reciprocamente.

Desta forma, no contexto brasileiro, para além da autopreservação do capitalismo, com o advento da CF/1988, foram também incorporados valores de uma *sociedade fraterna*, a partir de toda uma estrutura principiológica ancorada no conceito de pessoa e sua dignidade, que é reforçado também pela principiologia adotada no centro de uma constituição econômica, de valorização do desenvolvimento humano.

Isto é, não há o abandono do sistema capitalista e dos valores do capitalismo, mas um distanciamento ideológico tanto do capitalismo liberal (que exalta a liberdade do indivíduo sem limites), quanto de um dirigismo econômico absoluto e ineficaz por parte do Estado social (que exalta o poder do Estado sem maiores limitações). O que se enfatiza, na atualidade, está além de ambos, na medida em que se busca a implementação de um capitalismo comprometido com a incorporação de uma proposta ética humanista universalista dos Direitos Humanos, que condensa valores a partir da sua centralidade na dignidade, com esteio na fraternidade (seção 3.4.2).

Neste contexto, a CF/1988, por meio de sua estrutura normativa, incorpora tanto o conceito de pessoa, quanto todo o discurso sobre a valorização do ser humano construído no âmbito dos Direitos Humanos, assumindo, portanto, uma proposta: 1 – *ética*, na medida em que elege valores, estabelece objetivos e visa orientar condutas, sobretudo em relação à atividade empresarial, antes mesmo de estabelecer qualquer instrumento de coerção – o que não exclui também a atribuição de responsabilidade jurídica para empresas, no mínimo por meio de obrigações anexas da função social da empresa; e 2 – *humanista*, pois lastreada em valores de uma sociedade fraterna, cujo valor supremo é a dignidade da pessoa humana.

Isto implica no reconhecimento de que o Estado, como palco político da democracia, em sua pluralidade de interesses políticos distintos e por vezes antagônicos, não reflete com exclusividade o interesse empresarial. Neste passo, o Estado, enquanto principal emanador de normas jurídicas, não seria uma mera extensão dos interesses de pessoas e grupos vinculados às atividades empresariais, mas um catalisador dos mais diversos interesses. Por isso que, diante da importância da empresa e do seu crescente poder econômico e impacto na comunidade, justificase inclusive a ampliação da responsabilidade social, para além do lucro – bem como a própria tentativa de implementação da RSE, como forma de se concretizar aqueles valores em prol deste projeto ético (seção 3.2).

Entretanto, mesmo com a pretensão universalista da ética humanista dos Direitos Humanos, há certa dificuldade de adesão de todos os Estados a este pensamento, em um nível global.

Sobre as relações globais ou transnacionais, pela razão de existirem diversos atores sociais que se relacionam com grande liberdade nos moldes de uma sociedade global para muito além dos limites territoriais (seção 1.3), é que também surgiram diferentes camadas de normas em nível transnacional para regulação das atividades econômicas (seção 2.4) – as quais podem vir ao encontro da ordem jurídica nacional ou de encontro, dependendo das circunstâncias, sobretudo da confluência ou não de interesses dos atores sociais envolvidos.

Há uma importante tentativa de harmonização das diversas camadas normativas e respectivos interesses subjacentes, a partir da atuação de organismos multilaterais (globais e regionais), a fim de estabelecer patamares mínimos éticos para a atividade empresarial de ETNs. Essa tentativa, em última análise, não resultou na elaboração de um instrumento único e específico que atribua responsabilidade jurídica a ETNs, muito menos que reconheça uma entidade central para resolução de eventuais controvérsias – como é cediço, vivemos diante de uma *pluralidade sem unidade*, ou ainda em face de uma *governança global sem governo global*.

No entanto, este movimento não apenas trouxe maior visibilidade para a atividade empresarial (sobretudo por meio do que hoje chamamos de *Direitos Humanos e Empresas*), como encoraja tentativas de resolução deste problema para muito além da atuação unilateral do Estado.

No palco do Direito Internacional dos Direitos Humanos é que se tem advogado pela necessidade de ir além daqueles diplomas de *soft law*, a partir da criação de instrumentos jurídicos internacionais com possibilidade de responsabilização jurídica direta de ETNs. Contudo, essa responsabilização, além de ser de difícil implementação pela própria estrutura jurídica do direito internacional – que foca na responsabilização de Estados e preserva a noção de paulatina implementação de direitos econômicos, sociais e culturais de acordo com a disponibilidade de recursos de cada Estado – permanece, ainda, um tanto restrita ao âmbito nacional.

Diante deste cenário, algumas fragilidades podem ser evidenciadas. O centro de decisões econômico-financeiras muitas vezes não coincide com o centro de decisões políticas do Estado-nação. Há uma mitigação da soberania nacional e do sentido democrático preconizado politicamente. A atuação do Estado também poderá

se colocar diametralmente oposta a um sistema internacional de Direitos Humanos. No entanto, forçoso reconhecer que somente a partir dele (Estado) é que, igualmente, evidenciada uma possibilidade de conformação e conciliação das diversas camadas de normas que não emanam dele. Realidade esta que, uma vez constatada, sem dúvida, traz mais indagações que propriamente respostas.

Como ressalvado, o sistema global preconizado pelos Direitos Humanos encontra suas próprias dificuldades de efetivação: 1 – para delinear objetivamente qual ou quais seriam os conteúdos dos direitos a serem tutelados, utilizando-se de formulas genéricas e extremamente amplas; 2 – para aplicação de sanções diretas a atores sociais distintos do Estado, como é o caso das ETNs; 3 – relega a responsabilização jurídica de ETNs grandemente a cargo dos Estados.

Além disso, se assumirmos, por exemplo, a tese de que uma das características da globalização é o processo de identificação e diferenciação a partir da rivalidade entre localidades (seção 1.3), há uma maior dificuldade de criação de mecanismos institucionais legítimos de validação e controle, em âmbito local, sobre interesses econômicos e culturais emanados de outras localidades, que visam sobretudo a prevalência de grupos de interesses divergentes da comunidade política local. Por exemplo, como impedir que um representante político, contrariamente aos interesses de eleitores locais, realize um abatimento tributário de uma ETN e uma flexibilização das relações trabalhistas ou, ainda, em casos mais graves, seja conivente com a violações de Direitos Humanos (e.g: *racismo*), apenas para mantê-la em atividade, a pretexto de receber investimentos para desenvolvimento nacional? Isso não demandaria apenas a vontade política e o exercício mínimo da cidadania, mas uma sólida estrutura de fiscalização e efetivação de normas que nem sempre o Estado, em especial nos países em desenvolvimento, possui.

Por outro lado, independente de quem supostamente assumiria o protagonismo no século XXI, mais importante é notar que as ETNs passam a assumir, sim, um papel cada vez mais relevante e de destaque nessa sociedade global e que há, no mínimo, o reconhecimento de uma responsabilidade social. À medida em que suas atividades e presença se expandem em diversos países, igualmente cresce a expectativa gerada pelas comunidades sobre as funções sociais a serem exercidas, especialmente no contexto de cada mercado (ou dos mercados).

As ETNs trazem, assim como os demais efeitos da globalização, aspectos desfavoráveis e favoráveis, isto é: se surgem como uma nova forma de organização

das relações de produção, impulsionada pela criatividade e grande adaptabilidade à realidade social de cada comunidade, que permite uma universalização de melhorias em aspectos tecnológicos, de produção de bens e fornecimento de serviços para atendimento de necessidades humanas a nível global; em contrapartida, ela também possui seus percalços. Assim como o Estado-nação perpetrou violências contra o ser humano, as ETNs também o fazem, diariamente, por meio de ações que destroem o meio ambiente, que desrespeitam as relações de trabalho, que degradam as relações políticas a nível nacional para atendimento de interesses econômicos privados, que negligenciam as necessidades de comunidades locais em que atuam, etc.

Embora não se defenda aqui a eficácia absoluta da RSE, enquanto instrumento da autorregulação – muito menos que este substitua a regulação da atividade estatal ou as tentativas de criação de uma regulação em nível global ou transnacional – é importante notar que as diversas formas de adesão voluntária, quando não se restringem aos meros códigos de conduta ou política de direitos humanos adotados internamente, e sim mesclados com instrumentos fiscalizatórios e certificações emanadas por outros atores sociais, tornam-se importantes aliados para a proteção dos Direitos Humanos, sobretudo pela razão prática do valor de imagem prezado pelas ETNs (seções 3.4.3, 3.4.4, e 3.3.2)

Apesar de existirem esforços e interesses comuns da humanidade, as diferenças políticas, filosóficas, e culturais em âmbito internacional continuam como um grande empecilho para a consolidação de *standards* – os quais, no entanto, não podem ser considerados como entraves absolutos, mas apenas como uma realidade a ser enfrentada no difícil processo fruto da própria dialeticidade das relações humanas e que jamais poderá negar o porvir de novas concepções. O projeto de coexistência dos *Direitos Humanos e Empresas* é uma construção recente e que demanda atenção e abertura para sua realização, enquanto uma possibilidade de melhoria para a humanidade como um todo.

Por fim, não se pode olvidar que tanto Estados quanto empresas atuam de acordo com suas próprias agendas e interesses, e essas nem sempre coincidem com o que se preconiza como interesse comum de todos (ou da humanidade), notadamente no que se relaciona com a agenda de Direitos Humanos do século XXI.

REFERÊNCIAS

- ALBROW, Martin. **The Global Age: State and Society beyond modernity**. Cambridge: Polity Press, 1996.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- BAKER, C. Edwin. The ideology of the Economic Analysis of Law. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton University, Vol. 5, No. 1, p. 3- 48, Autumn/1975. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2265019>. Acesso em: 04 set. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Traducción de Bernardo Moreno y M.^a Rosa Botrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2008.
- BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**. Translation: Sage Publications. Published by Sage Publications, 1992.
- BECKER, Gary S. A Theory of Marriage: Part I. **Journal of Political Economy**, vol. 81, No. 4, Published by The University of Chicago Press, p. 813-846, Jul. – Aug., 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1831130?origin=JSTOR-pdf&seq=1>. Acesso em: 29 jul. 2020.
- BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. 9th edition. Chicago, London: University of Chicago Press, 1976.
- BENACCHIO, Marcelo. A ordem jurídica do mercado na economia globalizada. In: LEMOS JORGE, André Guilherme; ADEODATO, João Mauricio; MACIEL, Renata Mota (Org.). **Direito Empresarial: estruturas e regulação**, vol. 1. São Paulo: UNINOVE, 2018a, p. 27-46.
- BENACCHIO, Marcelo. A ordem econômica constitucional e o exercício da livre iniciativa. In: LEMOS JORGE, André Guilherme; ADEODATO, João Mauricio; MACIEL, Renata Mota (Org.). **Direito Empresarial: estruturas e regulação**, vol. 2. São Paulo: UNINOVE, 2018b, p. 235-253.
- BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Org.). **Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 191-213.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BERNAZ, Nadia. **Business and Human Rights: History, law and policy: bridging the accountability gap**. Abingdon, New York: Routledge, 2017.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Manuel Couret. **Economics versus Human Rights**. New York: Routledge, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUSINESS & HUMAN RESOURCE CENTRE. **Syrian refugees: Abuse & exploitation in Turkish garment factories**. 2020. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/modern-slavery/syrian-refugees-abuse-exploitation-in-turkish-garment-factories/>. Acesso em: 07 out. 2020.

CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: um conceito em movimento**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. **Scientia iuris**, Londrina, v. 11, p. 73-84, 2007. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4148/3513>. Acesso em: 14 set. 2020.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica: New Series**, Vol. 4, No. 16, Published by Wiley on behalf of The London School of Economics and Political Science and The Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines, p. 386-405, Nov./ 1937. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-nature.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Law & Economics**, vol. III. Published by the University of Chicago Press, p. 1-44, October/1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **LIVRO VERDE: Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas**. Bruxelas, 2001. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20020416/doc05a_pt.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, moral e religião no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6th edition. Boston: Addison-Wesley, 2016.

- DE LUCCA, Newton. **Da Ética Geral a Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DONNELLY; Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3rd ed. Ithaca, London: Cornell University Press, 2013.
- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?: Estado, mercado e justiça na reconstrução capitalista**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GENUGTEN, Willem Van. **The World Bank Group, The IMF and Human Rights: A Contextualized Way Forward**. Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2015.
- GIDDENS, Anthony. The globalizing of Modernity. *In*: HELD, David; McGrew, Anthony (editors). **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. 2nd edition. Cambridge: Polity Press, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. Globalization – A Necessary Myth? *In*: HELD, David; McGrew, Anthony (editors). **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate**. 2nd edition. Cambridge: Polity Press, 2003.
- HOMA – CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS. **As obrigações dos estados de origem suas obrigações extraterritoriais nas violações de direitos humanos por corporações transnacionais**. 2016. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2016/06/AS-OBRIGAC%CC%A7O%CC%83ES-DOS-ESTADOS-DE-ORIGEM.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.
- HOMEM negro é espancado até a morte em supermercado do grupo Carrefour em Porto Alegre. **G1 Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 20 de nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/11/20/homem-negro-e-espancado-ate-a-morte-em-supermercado-do-grupo-carrefour-em-porto-alegre.ghtml>. Acesso em 22 jan. 2021.
- HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.
- HUNTINGTON, Samuel P. Transnational Organizations in World Politics. **World Politics**, Vol. 25, No. 3. Published by: Cambridge University Press, p. 333-368, Apr./1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2010115?seq=1>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- HUWART, Jean-Yves; VERDIER, Löic. **Economic Globalisation: Origins and Consequences**. OECD Insights, OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264111899-en>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. 9. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

JAMESON, Fredric. **The cultural Logic of Late Capitalism**. Durham: Duke University Press, 1991.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

KRUGMAN, Paul. **The return of depression economics and the crisis of 2008**. New York; London: W. W. Norton & Company, 2009.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LEWANDOSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, Regionalização e Soberania**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MACIEL, Renata Mota; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; OLIVEIRA, André Luiz Mattos de. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 17, n.2, p.313-330, jul./dez.2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728/5213>. Acesso em: 17 jan. 2021.

MACIEL, Renata Mota. O direito concorrencial nas Escolas de Chicago e de Freiburg. In: LEMOS JORGE, André Guilherme; ADEODATO, João Mauricio; MACIEL, Renata Mota (Org.). **Direito Empresarial: estruturas e regulação**, vol. 1. São Paulo: UNINOVE, 2018, v. 2, p. 235-253.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. International Protection of Consumers: the ILA'S recommendations and guidelines on the international consumer contracts and the role of IACL. **Macau Journal of Brazilian Studies**, v.1, 2018. Disponível em: <http://aebm.mo/en/2018Vol1Issue1/8>. Acesso em: 04 fev. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. Towards a global approach to protect foreign tourists: building governance through a new cooperation network on consumption and tourism issues. In: SIERRALTRA, Anibal; MARQUES, Claudia Lima (Org.). **International outcome, globalization and government**. 1.ed. Asunción: CEDEP, 2012.

MILANOVIC, Branko. **Global Inequality: a New Approach for the Age of Globalization**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Imobiliário, Agrário e Empresarial**, Ano 17, p. 21-32, julho-setembro/1993.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: para um conceito de constituição económica**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MOURA, Julia. B3 e S&P removem Carrefour de índice que mede responsabilidade social e ambiental. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 08 de dez. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/b3-e-sp-removem-carrefour-de-indice-que-mede-responsabilidade-social-e-ambiental.shtml>. Acesso em: 22 jan. 2021.

NALINI, Renato. **Ética Geral e Profissional**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2020.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, António José Avelãs. **A crise atual do capitalismo: o capital financeiro, neoliberalismo, globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, António José Avelãs. Neoliberalismo e direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 98, p. 423-462, 1 jan. 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67596/70206>. Acesso em: 14 set. 2020.

NYE, Joseph Samuel; KEOHANE, Robert Owen. Transnational Relations and World Politics: An introduction. **International Organization**, Cambridge, Vol. 25, No. 3, p. 329-349, Summer/1971a. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2706043>. Acesso em: 21 jul. 2020.

NYE, Joseph Samuel; KEOHANE, Robert Owen. Transnational Relations and World Politics: A Conclusion. **International Organization**, Cambridge, Vol. 25, No. 3, p. 721-748, Summer/1971b. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/2706066.pdf?refreqid=excelsior%3A59415d53163eefc899cf490572cc724b>. Acesso em: 21 jul. 2020.

PACCA, Caio; BENACCHIO, Marcelo. Função Social e responsabilidade social empresarial: convergências e divergências. **Thesis Juris**, São Paulo, v. 8, n.2, p. 119-148, jul./dez.2019. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16342/8019>. Acesso em: 23 Jan. 2021.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/4031/2459>. Acesso em: 24 set. 2020.

PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho Positivo de los Derechos Humanos**. Primera edición. Madrid: Editorial Debate, 1987.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho**. Quinta edición, Madrid: Tébar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETERSMANN; Ernst-Ulrich. International Economic Law without Human and Constitutional Rights? Legal Methodology Questions for my Chinese Critics. **Journal of International Economic Law**, Vol. 21, p. 213-231, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9th edition. New York: Aspen Publishers, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ROSENAU, James N. Governance in a New Global Order. *In*: HELD, David; McGrew, Anthony (editors). **The Global Transformations Reader**: An Introduction to the Globalization Debate. 2nd edition. Cambridge: Polity Press, 2003.

RUGGIE, John. **Just Business**: Multinational Corporations and Humans Rights. New York; London: W. W. Norton, 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/. Acesso em: 22 set. 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Menos Mercado. *In*: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.). **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economia**. Tradução de Elsa Nobre Fontainha. 16. ed. Lisboa: Editora McGraw-Hill, 1999.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Tradução de Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTONJA, Aldo Olcese. **El capitalismo humanista**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, no. 39, p. 11-32, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SAUVANT, Karl P. The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned. **The Journal of World Investment & Trade**, vol. 16, p. 11-87, 2015. Disponível em: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D82F7T32>. Acesso em: 17. Jan 2021.

SAYEG, Ricardo Hasson; ARRUDA JUNIOR, Antonio Carlos Matteis de. O Capitalismo Humanista aplicado nas Empresas Transnacionais. *In*: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINQUINI, Eliete Doretto (orgs.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista**. Petrópolis: KBR, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

SEN, Amartya. **On Ethics and Economics**. Oxford: Blackwell Publishing, 1988.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOROS, George. Toward a global open society. **The Atlantic**, Boston, 1997. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1998/01/toward-a-global-open-society/307878/>. Acesso em: 25 set. 2020.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989.

STIGLITZ, Joseph Eugene. **Globalization and Its Discontents Revisited: Anti-globalization in the Era of Trump**. Rev. edition. United Kingdom: Penguin Books, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Human Rights Council**. New York: United Nations, 2020. Disponível em: <https://undocs.org/A/75/53>. Acesso em: 18 fev. 2021.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Traducción de José Medina Echavarría *et al.* Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2002.

WEBER, Max. **La ética protestante y el espíritu del capitalismo**. Traducción, nota preliminar y glosario de Joaquín Abellán. Primera edición. Madrid: Alianza Editorial, 2004.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19. March 2020. Geneve: World Health Organisation. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 24 jul. 2020.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.