

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

**DANIEL JACOMELLI HUDLER**

**CRITÉRIOS ESG E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS  
TRANSNACIONAIS**

**SÃO PAULO  
2024**

**DANIEL JACOMELLI HUDLER**

**CRITÉRIOS ESG E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS  
TRANSNACIONAIS**

Tese 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 Doutor em Direito na Área de Concentração Direito Empresarial: Estruturas e Regulação, sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo Benacchio.

**SÃO PAULO  
2024**

Hudler, Daniel Jacomelli.

Crêterios ESG e a responsabilidade jurídica das empresas transnacionais. / Daniel Jacomelli Hudler. 2024.

156 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

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

1. ESG. 2. Direitos humanos e empresas. 3. Empresas transnacionais. 4. RSE. 5. Investimentos sustentáveis. 6. Direito Transnacional.

I. Benacchio, Marcelo. II. Título.

CDU 34

**DANIEL JACOMELLI HUDLER**

**CRITÉRIOS ESG E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS  
TRANSNACIONAIS**

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

São Paulo, 17 de junho de 2024.

**BANCA EXAMINADORA**

MARCELO  
BENACCHIO:07729055848

Assinado de forma digital por  
MARCELO BENACCHIO:07729055848  
Dados: 2024.06.17 15:03:38 -03'00'

Prof. Dr. Marcelo Benacchio  
Orientador

UNINOVE

Documento assinado digitalmente



SAMANTHA RIBEIRO MEYER PFLUG MARQUES  
Data: 18/06/2024 11:25:00-0300  
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Profª. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques  
Examinadora Interna

UNINOVE

JOSE FERNANDO  
VIDAL DE  
SOUZA:08961777858

Assinado de forma digital por  
JOSE FERNANDO VIDAL DE  
SOUZA:08961777858  
Dados: 2024.06.17 18:11:16  
-03'00'

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza  
Examinador Interno  
UNINOVE

MARCUS ELIDIUS  
MICHELLI DE ALMEIDA

Assinado de forma digital por  
MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE  
ALMEIDA  
Dados: 2024.06.17 17:01:25 -03'00'

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

Assinado por: **Mônica Vanderleia Alves de Sousa Jardim**  
Num. de Identificação: 07778111  
Data: 2024.06.18 00:34:18 +0100

Profª. Dra. Mônica Vanderleia Alves Sousa Jardim  
Examinadora Externa  
FDUC

*À Jéssica, cujo toque harmoniza os fios dissonantes  
do meu mundo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Na esteira do provérbio judaico “O Homem Pensa, Deus ri”, agradeço-Lhe por me permitir chegar a esta etapa.

À Elizete Jacomelli, Artur Paulo Hudler, Simone Gusman e Leandro Gomes pelo apoio incondicional em mais uma etapa desta longa jornada científica.

Ao PPGD-UNINOVE, por todo apoio para o desenvolvimento desta pesquisa.

Ao Prof. Dr. Marcelo Benacchio, meu orientador e grande exemplo, agradeço por toda a sabedoria, generosidade e, principalmente, por me motivar a trilhar o caminho do conhecimento de forma ética e humana.

À Prof<sup>ª</sup>. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e ao Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza pelas preciosas sugestões e contribuições que foram essenciais ao aprimoramento deste estudo.

À Prof<sup>ª</sup>. Dra. Maria Eugênia de Andrade Liste que inspira a minha jornada docente com sua admirável dedicação. Neste sentido, estendo também o agradecimento ao Prof. Dr. Rafael Tubone Magdaleno e Prof. Dr. Jeferson Sousa Oliveira.

Aos meus colegas do Doutorado, professores e alunos da graduação em Direito da Faculdade Nove de Julho, que me encorajam ao aprimoramento contínuo.

"A existência e validade dos Direitos Humanos não estão escritas nas estrelas."  
Albert Einstein

"Os Direitos Humanos são o único bem universal que compartilhamos."  
Kofi Annan

"O futuro dos negócios depende de um compromisso genuíno com os Direitos  
Humanos e a sustentabilidade."  
Paul Polman

## RESUMO

A atividade de empresas transnacionais (ETNs) é avaliada em função dos impactos causados e potencialidade de violação de direitos humanos. Emerge o eixo temático que considera aspectos ambientais, sociais e de governança, com reflexos financeiros, sintetizados pela sigla *ESG* ou critérios ESG. Verifica-se a hipótese sobre a possibilidade de atribuição de responsabilidade jurídica às ETNs a partir de normas jurídicas relativas à adoção desses critérios. Objetiva-se (i) a identificação do que são as atividades empresariais transnacionais e ETNs; (ii) a delimitação sobre o que são os critérios ESG e a forma de sua adoção jurídica e (iii) possíveis fundamentos para a responsabilidade jurídica de ETNs. Emprega-se método dedutivo, com auxílio de uma pesquisa bibliográfica e multidisciplinar (Ciências Sociais, Sociologia, Ciência Política, Antropologia e História, Ciências Contábeis e Administração). Esta *linha* de perquirição é inerente ao tema de Empresas e Direitos Humanos, inserido na área de concentração “Direito Empresarial: Estruturas e Regulação”, cujo objeto é o estudo do Direito Empresarial na “Linha de Pesquisa 2: Empresa Transnacional e Regulação”, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho (PPGD-UNINOVE). Conclui-se que: (i) as ETNs objetivam maximizar a produção, facilitar a circulação de produtos e serviços, reduzir as dificuldades e custos envolvidos nas transações de mercado complexas, atingir o equilíbrio das relações, atender às instituições estabelecidas (“regras do jogo”) e obter lucro, e exerce grande influência, independentemente de sua nacionalidade, composição (formação societária) ou interesse institucional, com impactos políticos relevantes; (ii) critérios ESG podem se referir a uma estrutura de reporte, com regras e métricas variadas, considerada a partir do *conceito dinâmico de materialidade*, adotada por meio de um instrumento jurídico, como a adesão voluntária por empresas que se submetem a procedimentos específicos (por exemplo, a elaboração e publicação de relatórios periódicos ou à submissão desses para a avaliação por agências de classificação) e ou pelo estabelecimento de uma cláusula específica em contrato; (iii) impossibilidade, ao menos no estágio atual de desenvolvimento do tema, de tratamento a partir do Direito Transnacional e da Regulação Privada Transnacional, sob pena de afastamento da participação do Estado e desconsideração do próprio sistema de direitos humanos preconizado internacionalmente; e possibilidade de atribuição de responsabilidade jurídica a ETNs a partir da adoção de critérios ESG, ainda que inexistente tratado específico, inclusive sobre Direitos Humanos e Empresas (DHE), com possibilidade de implementação por meio de mecanismos de direito interno, no âmbito do Direito Civil, a partir dos critérios subsidiários de proibição ao comportamento contraditório e de justiça conjugada com a eficiência econômica.

**Palavras-chave:** ESG. Direitos Humanos e Empresas. Empresas Transnacionais. RSE. Investimentos Sustentáveis. Direito Transnacional.

## ABSTRACT

The activities of transnational corporations (TNCs) have come under increasing scrutiny due to their potential environmental, social and human rights impacts. This study explores the emerging concept of ESG criteria and its implications for the legal responsibility of TNCs. The research objectives are threefold: (i) to define and characterize transnational business activities and TNCs; (ii) to delineate the concept of ESG criteria and its legal implementation modalities; (iii) to examine potential grounds for attributing legal responsibility to TNCs based on ESG criteria. The study employs a deductive approach, drawing upon multidisciplinary bibliographic research in the fields of Social Sciences, Sociology, Political Science, Anthropology, History, Accounting, and Business Administration. This research line is inherent to the theme of Business and Human Rights, which is part of the concentration area "Business Law: Structures and Regulation". The objective of this area is to study Business Law within "Research Line 2: Transnational Companies and Regulation", developed within the scope of the Doctoral Program at Nove de Julho University (PPGD-UNINOVE). Key findings: (i) TNCs aim to maximize production, facilitate the flow of goods and services, reduce transaction costs, achieve balance in relationships, comply with established rules, and generate profits. They wield significant influence regardless of nationality, corporate structure, or institutional interests, with notable political implications; (ii) ESG criteria can encompass a reporting framework with varied rules and metrics, considering the dynamic concept of materiality. Legal implementation modalities include voluntary adoption by companies subject to specific procedures (e.g., periodic reporting or submission for rating agency evaluation) or inclusion of specific contractual clauses; (iii) At this stage of development, addressing the issue through Transnational Law and Transnational Private Regulation is challenging due to the risk of marginalizing the State and the internationally recognized human rights system. Attributing legal responsibility to TNCs based on ESG criteria remains possible, even in the absence of a specific treaty, including on Human Rights and Business. Defense can be sought under domestic law, specifically Civil Law, based on subsidiary principles prohibiting contradictory behavior and promoting justice in conjunction with economic efficiency.

**Keywords:** ESG. Transnational Corporations (TNCs). Business & Human Rights (BHR). Corporate Social Responsibility (CSR). Sustainable Investing. Transnational Law.

## RESUMEN

Las actividades de las empresas transnacionales (ETN) se evalúan en función de los impactos que causan y de su potencial para violar los derechos humanos. Surge un eje temático que considera los aspectos medioambientales, Sociales y de gobernanza, con repercusiones financieras, resumidos por el acrónimo ESG o criterios ESG. Se verifica la hipótesis sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad jurídica a las ETN basándose en normas jurídicas relativas a la adopción de estos criterios. El objetivo es (i) identificar qué son las actividades empresariales transnacionales y las ETNs; (ii) delimitar qué son los criterios ESG y como pueden adoptarse jurídicamente y (iii) los posibles fundamentos de la responsabilidad jurídica de las ETNs y los fundamentos basados en criterios subsidiarios. Se utiliza un método deductivo, con ayuda de investigación bibliográfica y multidisciplinar (Ciencias Sociales, Sociología, Ciencias Políticas, Antropología e Historia, Contabilidad y Administración). Esta línea de investigación es inherente al tema de Empresas y Derechos Humanos, inserto en el área de concentración "Derecho Empresarial: Estructuras y Regulación". El objetivo de esta área es el estudio del Derecho Empresarial en la "Línea de Investigación 2: Empresa Transnacional y Regulación", desarrollada en el ámbito del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Nove de Julho (PPGD-UNINOVE). Puede concluirse que: (i) Las ETN tienen como objetivo maximizar la producción, facilitar la circulación de productos y servicios, reducir las dificultades y costes que conllevan las complejas transacciones de mercado, lograr relaciones equilibradas, cumplir con las instituciones establecidas ("reglas del juego") y obtener beneficios, y ejercen una gran influencia, independientemente de su nacionalidad, composición (formación corporativa) o interés institucional, con impactos políticos relevantes; (ii) los criterios ESG pueden referirse a una estructura de información, con reglas y métricas variadas, consideradas a partir del concepto dinámico de materialidad, así como a la forma de su asunción por un instrumento jurídico, como la adhesión voluntaria de las empresas que se someten a procedimientos específicos (por ejemplo, la elaboración y publicación de informes periódicos o el sometimiento de éstos a la evaluación de las agencias de calificación) y o mediante el establecimiento de una cláusula específica en el contrato; (iii) la imposibilidad, al menos en la fase actual de desarrollo de la cuestión, de abordarla desde el punto de vista del Derecho Transnacional y de la Regulación Privada Transnacional, so pena de distanciamiento entre el Estado y el propio sistema de derechos humanos propugnado internacionalmente; la posibilidad de atribuir responsabilidad jurídica a las ETNs a partir de la adopción de criterios ESG, aunque no exista un tratado específico, incluso sobre Derechos Humanos y Empresas, con la posibilidad de defensa a partir del Derecho interno, en el ámbito del Derecho Civil, a partir de los criterios subsidiarios de prohibición de comportamientos contradictorios y de justicia combinada con eficiencia económica.

**Palabras clave:** ESG. Derechos Humanos y Empresa. Empresas transnacionales. RSE. Inversión Sostenible. Derecho Transnacional.

## LISTA DE SIGLAS

ACNUDH – Alto-comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos

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

DHE – Direitos Humanos e Empresas

ETN – Empresa Transnacional

HRDD – *Due Diligence* em Direitos Humanos

ILA – *International Law Association*

IS – Investimentos Sustentáveis

ISR – Investimentos Socialmente Responsáveis

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONG – Organização Não-governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

RSE – Responsabilidade Social da Empresa

GRI – *Global Reporting Initiative*

SASB – *Sustainability Accounting Standards Board*

TCFD – *Task Force on Climate-related Financial Disclosures*

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>2 ATIVIDADES EMPRESARIAIS TRANSNACIONAIS E A ADOÇÃO DOS CRITÉRIOS ESG</b> .....	17
2.1 <b>RELAÇÕES TRANSNACIONAIS: CONSIDERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS</b> .....	17
2.2 <b>DELIMITAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL TRANSNACIONAL E DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS (ETN)</b> .....	24
<b>2.2.1 Multidisciplinariedade</b> .....	24
<b>2.2.2 Eficiência econômica e a organização da atividade empresarial transnacional</b> .....	25
<b>2.2.3 Relações políticas da atividade empresarial transnacional no espaço e tempo</b> .....	32
2.3 <b>DELIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA (RSE), INVESTIMENTOS SOCIALMENTE RESPONSÁVEIS (ISR) E INVESTIMENTOS SUSTENTÁVEIS (IS)</b> .....	36
<b>2.3.1 Intersecção entre a Responsabilidade Social da Empresa (RSE), os Investimentos Responsáveis (ISR), Investimentos Sustentáveis (IS), Direitos Humanos e Empresas (DHE), e os critérios ESG</b> .....	36
<b>2.3.2 Responsabilidade Social da Empresa (RSE): a responsabilidade empresarial para além do lucro</b> .....	42
<b>2.3.3 Investimentos Socialmente Responsáveis (ISR) e Investimentos Sustentáveis (IS)</b> .....	49
2.4 <b>CRITÉRIOS ESG E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA SUA ADOÇÃO</b> .....	56
<b>2.4.1 Terminologia e acepções dos critérios ESG</b> .....	56
<b>2.4.2 Critérios ESG como forma de avaliação social das atividades transnacionais</b> .....	59
<b>2.4.3 Definição dos critérios ESG a partir do conceito dinâmico de materialidade e sua adoção por instrumentos jurídicos</b> .....	61
<b>3 NORMAS APLICÁVEIS À ATIVIDADE EMPRESARIAL TRANSNACIONAL</b> .....	67
3.1 <b>NORMAS JURÍDICAS (NACIONAIS, INTERNACIONAIS E REGIONAIS) E SOCIAIS A PARTIR DO PARADIGMA DO ESTADO MODERNO E DO DIREITO GLOBAL</b> .....	67
3.2 <b>NORMAS SOCIAIS TRANSNACIONAIS</b> .....	76
<b>3.2.1 Justificativa metodológica para normas transnacionais: o pluralismo jurídico</b> .....	76
<b>3.2.2 Direito Transnacional</b> .....	81
<b>3.2.3 Regulação Privada Transnacional</b> .....	84
3.3 <b>NORMAS SOCIAIS E A TRANSIÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS (DHE) EM NÍVEL GLOBAL</b> .....	87
<b>3.3.1 Normas de RSE/IS e a transição para os DHE</b> .....	87

3.3.2 Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Orientadores) e a Due Diligence em Direitos Humanos e Empresas (HRDD) .....	94
3.3.3 Princípios para o Investimento Responsável (PRI) e o dever fiduciário .....	101
<b>4 RESPONSABILIDADE JURÍDICA DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA ADOÇÃO DOS CRITÉRIOS ESG.....</b>	<b>109</b>
4.1 FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE JURÍDICA: DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO.....	109
4.2 FUNDAMENTOS SUBSIDIÁRIOS PARA RESPONSABILIDADE DE ETNS NO DIREITO INTERNO: PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO, JUSTIÇA E EFICIÊNCIA ECONÔMICA .....	114
<b>4.2.1 Proibição do comportamento contraditório.....</b>	<b>114</b>
<b>4.2.2 Justiça e a Eficiência Econômica .....</b>	<b>117</b>
4.3 RESPONSABILIDADE JURÍDICA A PARTIR DE UM TRATADO SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: ENTRAVES POLÍTICOS, TEÓRICOS E MODELOS PROPOSTOS .....	126
<b>4.3.1 Entraves políticos e teóricos ao tratado sobre Direitos Humanos ...</b>	<b>126</b>
<b>4.3.2 Modelos possíveis de adoção segundo a doutrina de DHE.....</b>	<b>129</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>134</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>144</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As empresas transnacionais (ETNs) possuem uma importância na economia global em razão do seu poder transformador e modelador das relações econômicas, culturais e sociais. Indissociável à atividade empresarial transnacional é o mercado financeiro, que confere maior segurança, confiabilidade e celeridade para a circulação de bens e serviços a partir da ótica de mercado fundada no sistema de produção capitalista e garantido pelo modelo do Estado-nação.

No século XXI, essas atividades empresariais transnacionais passam a ser avaliadas não apenas em relação aos possíveis retornos financeiros e benefícios sociais e econômicos (por exemplo, por meio da geração de empregos, da arrecadação de impostos, das trocas de experiência culturais, de transferência de novas tecnologias, de melhoria da diversidade e qualidade de bens de consumo), mas também em função dos impactos causados e possíveis violações de direitos humanos relativos às pessoas e comunidades locais.

Nesse contexto é que emergem novas formas de avaliação social das atividades empresariais, que conjugam a ótica de outros atores sociais atuantes no mercado financeiro. Uma dessas formas propõe a avaliação a partir do eixo temático que versa sobre aspectos ambientais, sociais e de governança. Essas preocupações, que possuem repercussões financeiras notáveis, são sumarizadas pela sigla em língua inglesa *ESG* (*Environmental, Social e Governance*), retratada pela expressão *critérios ESG*.

Diante de um mercado financeiro altamente interligado, por meio do qual são veiculados inúmeros produtos e serviços sob a rubrica ESG, as empresas objetivam atrelar a sua imagem a avaliações favoráveis, sem que isso necessariamente reflita a veracidade de informações, de modo a induzir investidores, consumidores e demais atores sociais a uma compreensão equivocada sobre os reais e potenciais impactos da atividade empresarial transnacional.

Mas, *o que este cenário simboliza para o estudo do Direito?* Aprioristicamente, que se torna cada vez mais insustentável ignorar a força econômica e financeira imanente de ETNs, que traz impactos na realidade social em nível global. E, de forma mais específica, que a avaliação das ETNs promovida por atores que integram o mercado financeiro e que apoiam essas atividades empresariais transnacionais,

carece de atenção sob a lente do Direito, com foco nas normas que coordenam e orientam as condutas dos atores sociais naquele âmbito e no contexto da economia global.

Diante dessa *justificativa*, apresenta-se a seguinte indagação fundamental: *é possível atribuir responsabilidade jurídica às empresas transnacionais (ETN) a partir da criação e aplicação de normas jurídicas relativas à adoção de critérios ESG?*

Destaca-se que esta *linha* de perquirição é inerente ao tema de Empresas e Direitos Humanos, inserido na área de concentração “Direito Empresarial: Estruturas e Regulação”, cujo objeto é o estudo do Direito Empresarial na “Linha de Pesquisa 2: Empresa Transnacional e Regulação”, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho (PPGD-UNINOVE).

O que se pretende, como *objetivo geral*, é ampliar a compreensão sobre o fenômeno normativo a partir do estudo do paradigma do Estado-nação, evidenciado pelas normas vinculativas e não vinculativas aplicáveis às atividades empresariais transnacionais e, como *objetivos específicos*, (i) a identificação do que são as atividades empresariais transnacionais desenvolvidas pelas empresas transnacionais (ETNs); (ii) a delimitação sobre o que são os critérios ESG e a forma de sua adoção jurídica e (iii) os possíveis fundamentos para a responsabilidade jurídica de ETNs e a possibilidade de fundamentá-la a partir de critérios subsidiários.

Emprega-se o *método* dedutivo, com auxílio de uma pesquisa bibliográfica e normativa, a partir de uma proposta de leitura multidisciplinar entre diversas áreas do conhecimento (Ciências Sociais, Sociologia, Ciência Política, Antropologia, História, Ciências Contábeis e Administração) e sua intrincada relação com o Direito. Para tanto, a tese se estrutura a partir de três partes, elencadas em seções.

A primeira parte versa sobre a *atividade empresarial transnacional e a adoção dos critérios ESG*. Consideram-se concepções teóricas multidisciplinares sobre relações transnacionais propostas no âmbito da Economia, Sociologia, Antropologia e História. Em face da complexidade de relações, propõe-se um recorte específico da atividade empresarial a partir da conjugação da eficiência econômica e das relações políticas desenvolvidas pelas ETNs.

Além disso, verifica-se a intersecção de Responsabilidade Social da Empresa (RSE), de Investimentos Sustentáveis (IS), e dos Direitos Humanos e Empresas (DHE), áreas que auxiliam na compreensão do contexto de criação dos critérios ESG

e que subsidiam o debate sobre a ampliação da responsabilidade empresarial e também a respeito do dever fiduciário de gestores e administradores a partir da adoção dos critérios ESG. Em seguida, explica-se no que consistem os critérios ESG a partir de dois pontos: (i) enquanto forma de avaliação social das atividades empresariais transnacionais, e (ii) a partir de um conceito dinâmico de materialidade e a sua adoção por instrumentos jurídicos.

A segunda parte visa *identificar a existência, criação e aplicabilidade de normas para a atividade empresarial transnacional no contexto do Direito Global*. Parte-se da noção de que o direito, enquanto fruto de uma construção social, cultural e histórica, desenvolvida no tempo e espaço, consolidou-se a partir do paradigma científico do Estado moderno o qual, na atualidade, incorpora valores como a democracia, o pluralismo e a proteção de direitos humanos.

Identifica-se como característica deste paradigma a centralidade de normas emanadas do poder constituído pelo Estado, por meio do direito interno e direito internacional público, contexto no qual se evidencia a existência de sistemas de proteção de direitos humanos – ainda que, no segundo momento, se questione se a criação e aplicação de normas jurídicas estão circunscritas a esse paradigma, sobretudo diante da intensificação do fenômeno das relações transnacionais e da criação de normas pelas próprias ETNs, conforme estudado no âmbito da Sociologia e Antropologia com foco na possibilidade de um pluralismo jurídico. Neste ponto, é que se distinguem normas jurídicas e sociais aplicáveis às atividades empresariais transnacionais.

Em seguida, avaliam-se os argumentos relacionados à justificativa metodológica para a existência de normas transnacionais a partir do pluralismo jurídico, indagando-se especificamente sobre a possibilidade de um “Direito Transnacional” e ou de uma “Regulação Privada Transnacional”.

Além disso, a respeito da responsabilidade empresarial, apura-se o fenômeno da transição de uma ótica construída no âmbito da Responsabilidade Social da Empresa (RSE) para uma nova compreensão consolidada por meio dos Direitos Humanos e Empresas (DHE), que culminou em importantes instrumentos jurídicos, a exemplo do Pacto Global, dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Orientadores) e dos Princípios para o Investimento Responsável (PRI).

Na terceira parte, aborda-se a *responsabilidade jurídica de ETNS quando da adoção dos critérios ESG*. A partir da constatação de um emaranhado normativo em vários níveis (nacional, internacional, regional) e de inexistência, no âmbito do direito internacional, de um tratado específico sobre direitos humanos e empresas, considerando-se ainda os possíveis entraves teóricos e políticos para o estabelecimento deste tratado.

Em que pese a inexistência de um tratado específico sobre Direitos Humanos e Empresas no âmbito do direito internacional, defende-se a possibilidade de aplicação de um fundamento para a responsabilidade jurídica de ETNs, quando da adoção de critérios ESG e sua divulgação em descompasso com a realidade, por meio do direito interno, em especial no âmbito do Direito Civil, a partir de fundamentos jurídicos subsidiários de proibição do comportamento contraditório e também da conjugação de uma noção de justiça e eficiência econômica.

## 2 ATIVIDADES EMPRESARIAIS TRANSNACIONAIS E A ADOÇÃO DOS CRITÉRIOS ESG

### 2.1 RELAÇÕES TRANSNACIONAIS: CONSIDERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS

Em linhas mais gerais, a pergunta fundamental proposta neste estudo é a seguinte: *é possível atribuir responsabilidade jurídica às empresas transnacionais (ETNs) a partir da criação e aplicação de normas jurídicas relativas à adoção de critérios ESG?*

Ainda que seja um direcionamento importante, a mera indicação da pergunta, em si, carece de um detalhamento sobre o objeto de análise e o que se entende por ciência. De modo geral, no contexto de qualquer pesquisa, para além da existência de um determinado paradigma científico<sup>1</sup> a ser identificado e especificado, há diversas formas de se direcionar o estudo.

Por esses motivos, necessário o estabelecimento dos limites e parâmetros do conhecimento atual e das convenções existentes sobre as temáticas que serão abordadas. Somente a partir do paradigma identificado é que poderão ser estabelecidas novas referências, enquanto reflexo do próprio questionamento sobre o conhecimento em um determinado contexto, inclusive aquele que se pretende exercer de forma disruptiva.

Diante dessas considerações epistemológicas introdutórias e indissociáveis à pesquisa jurídica, é que se questiona, por exemplo, os próprios conceitos e as relações referenciais criados por narrativas no contexto da modernidade e da pós-modernidade – este último considerado enquanto o estado da cultura (ou “condição cultural”) que as sociedades desenvolvidas (ou pós-industriais) estão submetidas, interpretadas a partir da adoção de novas narrativas impulsionadas pelas transformações tecnológicas (por exemplo, a informatização da sociedade), que afetam as regras dos jogos da ciência a partir do final do século XIX (Lyotard, 2006) – em suma, no panorama científico atual, é possível considerar que a mudança de valores (cultura) também influencia a forma como determinada sociedade lida, produz e valida o próprio conhecimento.

---

<sup>1</sup> No sentido empregado por Kuhn (1962), enquanto conjunto de crenças, valores, técnicas, práticas e conceitos aceitos por uma comunidade científica em determinado momento e determinada área do conhecimento, assumidos como pressupostos e orientação a novos estudos, mas abertos ao questionamento, revisão e validação.

Assim, não se podem ignorar propostas de (re)leitura de conceitos e compreensões inerentes à modernidade.

O que parece ser essencial, no mínimo para a tentativa de compreensão do fenômeno jurídico que incide sobre a atividade econômica transnacional (e, mais especificamente, em relação ao fenômeno da adoção de critérios ESG para avaliação dos impactos da atividade empresarial), é a noção de que, diante de uma pluralidade de sistemas jurídicos que atuam em diversos níveis, há a necessidade de se identificar qual seria o conjunto de normas é aplicável, quem deveria aplicar tais normas e como se daria a garantia de cumprimento dessas normas.

Nesse sentido, a noção de que o direito atual (na acepção de sistema jurídico e não de ciência jurídica), no contexto de uma sociedade global – enquanto fruto de uma construção social, cultural e histórica que se desenvolve no tempo e espaço, em uma economia global – foi consolidado a partir do pressuposto do paradigma do Estado moderno, entendido enquanto fenômeno jurídico de centralidade das normas emanadas pelo poder constituído pelo Estado-nação – ainda que, no segundo momento, se questione se a criação e aplicação de normas jurídicas estão circunscritas a esse paradigma, sobretudo diante da intensificação do fenômeno das relações transnacionais que transbordam os limites do próprio Estado-nação<sup>2</sup>.

O estudo do paradigma do Estado-nação, vale enfatizar, não seria em si uma grande inovação em termos de linha de pesquisa e identificação de conceitos, visto que a própria modernidade não deixa de ser caracterizada pela irrupção dos elementos pré-modernos de sociedades nacionais e a crescente interconexão entre essas sociedades em todo o mundo, com desencaixe da relação espaço-tempo e incremento de riscos e novas tecnologias anteriormente estabelecidas (Giddens, 1991; Beck, 1992; Castells, 2002) – ou seja, em última análise, *o próprio paradigma das relações jurídicas centradas no Estado-nação, que rompeu com os elementos pré-modernos, é atualmente questionado ou revisado a partir dos elementos modernos ou pós-modernos.*

Neste sentido, aliás, a conclusão do estudo seminal de Anthony Giddens (1991, p. 176-177) de que todas as alegações de conhecimento, em condições de modernidade (que, em si, envolve a institucionalização da dúvida) são inerentemente circulares, ou seja, de que as alegações de conhecimento propostos no âmbito

---

<sup>2</sup> V. seção 3.1 deste estudo.

científico (em especial no âmbito das Ciências Sociais) são todas em princípio *revisáveis*, mas também se tornam “revisadas” em sentido prático, na medida em que circulam dentro e fora do ambiente que descrevem.

Desta forma, o estudo científico, paradoxalmente, estabelece tanto a necessidade de estabelecer o conhecimento existente – a fim de justificá-lo, de forma a reforçar a sua legitimidade – quanto, a título de revisão, propor a ruptura ou inovação, com o ímpeto de estabelecer novos parâmetros e a chegada a novos consensos (Kuhn, 1962).

Feitas essas considerações, imperativo estabelecer a eleição de um *método*, com a indicação das regras que atenderá, de tal modo que especifique os limites internos e externos, de modo a possibilitar a (auto)crítica e afastar eventuais digressões, independentemente se a busca do estudo é o reforço do paradigma em estudo ou uma proposta de ruptura.

Aqui, surge a primeira delimitação do estudo: embora não se indague sobre a existência do contexto pós-moderno, nota-se que algumas características e elementos atribuíveis à pós-modernidade – como a crítica à metanarrativa, com valorização da diversidade de perspectivas e interpretações, o pluralismo e relativismo cultural, o afastamento da premissa de uma verdade absoluta e universalmente válida, o menoscabo das fontes de conhecimento objetivas, e uma grande ênfase ao estilo irônico em detrimento de formas e conceitos tradicionais – podem afetar a noção sobre a própria formação de conhecimentos preestabelecidos e, portanto, influir no entendimento sobre o que é o paradigma.

O que se pretende especificamente é: (i) a identificação do que são as atividades empresariais transnacionais e empresas transnacionais (ETNs); (ii) a compreensão sobre o que são os critérios ESG e a forma de sua adoção jurídica; (iii) a verificação da possibilidade de criação e aplicação de normas às ETNs, com possibilidade de atribuição de responsabilidade jurídica a partir da adoção dos critérios ESG.

Embora se tenha uma proposta eminentemente interpretativa sobre relações jurídicas, o estudo também é ancorado em outras áreas do conhecimento ( Sociologia, Ciência Política, Relações Internacionais, História, Ciências Contábeis e Administração) com a finalidade de melhor apreensão do objeto sobre o qual as relações jurídicas recaem, isto é, há o estabelecimento, do que são as atividades econômicas transnacionais e o como critérios ESG se encaixam enquanto

instrumentos de avaliação dos impactos gerados por tais atividades, para, em um segundo momento, compreender os contornos jurídicos sobre tais fenômenos, identificando-se se existem normas aplicáveis e a responsabilidade decorrente da adoção dos critérios ESG.

O motivo é que o Direito (assumido na acepção de ciência ou área de estudo, e não como sistema jurídico) analisa e valida seus próprios paradigmas a partir da incorporação de conceitos formados no âmbito de outras áreas de estudo, por meio de um processo no qual são propostas suas próprias formas internas de interpretação, elaboração de critérios e aplicação de conceitos. Como sintetiza Gunther Teubner (2014, p. 246, tradução nossa<sup>3</sup>):

Se a "tradução" da teoria social para a doutrina jurídica for realizada dessa forma, então ela tem o potencial de gerar valor agregado em termos de doutrina jurídica. O processo ocorre não como uma mera transferência de um significado idêntico em outro idioma, mas de tal forma que a própria terminologia do Direito se permite ser desafiada, de acordo com as condições de sua lógica de desenvolvimento interno, pelas construções da teoria social e, com isso, ser inspirada a criar novas formações estruturadas de maneira bastante diferente. É somente esse processo de três estágios de desafio-reconstrução-regulação que gera o valor agregado doutrinário que não pode ser alcançado na autoimunização da doutrina jurídica ou na transferência direta de construções da teoria social para o Direito.

Pois bem. Considerados esses pontos preliminares é que se passa a análise do que seriam as *relações transnacionais* para, em seguida, delimitar as atividades empresariais transnacionais e o modelo de organização dessas atividades em empresas transnacionais (ETNs).

A partir de uma perspectiva histórica sobre o que vem a ser o *transnacional*, identifica-se que o termo ganhou bastante relevância no século XX e, de forma bastante curiosa, também como uma tentativa de libertação do paradigma do Estado-nação dominante, conforme se verificará a seguir.

Em um dos primeiros registros do termo, Randolph Bourne o empregou no título do ensaio do artigo *Trans-National America*, publicado em 1916. Nele, Bourne (1916),

---

<sup>3</sup> No original: "If the 'translation' of social theory into legal doctrine is undertaken in this way, then it has the potential to generate added value in terms of legal doctrine. The process occurs not as a mere transfer of identical meaning in another language, but in such a way that the law's own terminology allows itself to be challenged, in accordance with the conditions of its inner development logic, by social theory constructs, and thereupon to be inspired to create quite differently structured new formations. It is only this three-stage process of challenge-reconstruction-norm setting that generates the doctrinal added value that cannot be achieved either in the self-immunization of legal doctrine or in the direct transfer of social theory constructs into the law."

em oposição a uma visão xenófoba, defendia a concepção de que os Estados Unidos, enquanto nação formada pela multiculturalidade de migrantes, deveria valorizar e respeitar essas características relacionadas à diversidade, sugerindo que a sociedade americana deveria trabalhar para promover a igualdade e inclusão de todos, independente das origens étnicas. Nas palavras de Bourne (1916, p. 97, tradução nossa<sup>4</sup>): “Não podem nos satisfazer meros triunfos duvidosos do passado, que redundam em glória para apenas uma de nossas transnacionalidades. Deve ser uma América do futuro, na qual todos possam se unir, que nos puxe irresistivelmente em sua direção, à medida que nos compreendemos de maneira mais empática”.

Para muito além dessa visão idealista de assunção do multicultural para fortalecimento de uma nação específica, o valor intrínseco do *transnacionalismo*, segundo Patricia Clavin (2005), reside principalmente na possibilidade de gerar a reflexão sobre a nação ser um elemento delimitado no contexto das relações transnacionais no curso do tempo e que, portanto, transcende em relação à noção de espaço (ou território).

Uma consequência deste pensamento é que, em vez de se pensar a nação em si, como referência, circunscrita a um dado território, o *transnacionalismo* oferece um meio de considerar a mudança histórica no longo prazo e também em escalas de tempo diferentes daquelas que dominam as historiografias determinadas nacionalmente, a partir de múltiplas relações que não se restringem a um território específico.

Além disso, tão relevante quanto este sentido de identificação é a tentativa de ruptura do paradigma centrado unicamente no Estado-nação, inclusive corroborando com a busca do sentido do que seria uma *comunidade* conferida, por exemplo, por Wolkmer (2005), a partir do qual possível a compreensão de que há uma verdadeira *comunidade transnacional*, em constante mudança.

Como aponta Patricia Clavin (2005), é melhor pensar em uma comunidade transnacional não como uma rede vinculada, mas como uma colmeia. A analogia é útil, na medida em que descreve uma rede complexa de conexões e interações que ultrapassam as fronteiras nacionais. A colmeia é uma estrutura de interconexão e compartilhamento de recursos, que sustenta e dá forma às identidades, relações entre

---

<sup>4</sup> No original: “No mere doubtful triumphs of the past, which redound to the glory of only one of our transnationalities, can satisfy us. It must be a future America, on which all can unite, which pulls us irresistibly toward it, as we understand each other more warmly.”.

os atores sociais, instituições e espaços geográficos diversos, no sentido de que estes contêm “espaços” não territoriais nos quais as instituições, os indivíduos e as ideias nascem, se desenvolvem e são substituídos por novas, de modo que para a sobrevivência da comunidade, suas fronteiras devem sempre permanecer abertas, porosas, revisáveis e interativas. Do contrário, serão elas mesmas, enquanto estruturas, substituídas.

Por outro lado, essa não é a única forma de se abordar o fenômeno das relações transnacionais. Neste sentido, Steven Vertovec (1999), ao se debruçar sobre o próprio sentido epistemológico do que seria a pesquisa sobre o *transnacionalismo*, identificou, no mínimo, a existência de seis tipos de abordagem. Tais conceitos foram organizados de acordo com suas premissas, sintetizadas a seguir: (i) morfologia social, com foco na formação social que transpõe fronteiras; (ii) consciência social, relativa à percepção de pertencimento a uma ou múltiplas identificações; (iii) modo de reprodução cultural, em especial enquanto processo cultural de interpenetração e miscigenação; (iv) enquanto meio para fluxo de capital, com análises específicas sobre as atividades de ETNs; (v) enquanto *locus* de engajamento político; (iv) enquanto (re)construção dos lugares ou localidades, isto é, a relação afetiva criada entre as pessoas e esses lugares – este último é mais próximo, por exemplo, do sentido empregado por Clavin (2005).

E, como sintetiza Vertovec (1999), o transnacionalismo é um conceito “guarda-chuva” para alguns dos mais globalmente transformadores processos e desenvolvimentos do nosso tempo. Não por outro motivo que a busca por um sentido restrito e estanque sobre transnacionalismo rendeu críticas e também margem para um certo consenso dentre seus estudiosos, em um sentido mais abrangente e flexível, sobretudo enquanto processo inacabado e com múltiplas dimensões (Blanc, Basch, Schiller, 1995).

Assim, as relações transnacionais podem ser as mais variadas e com os mais diversos enfoques, sendo que a maneira mais ampla de se considerar o fenômeno seria enquadrá-lo enquanto um *processo*. Desta forma, não parece propriamente inadequada a tentativa de afunilamento do escopo e sentido do termo transnacional, destacando-se um ou mais aspectos, de acordo com o foco a partir do qual se pretende desenvolver o estudo, como se fará a seguir.

Uma primeira opção é compreender o *transnacionalismo sob o enfoque do comércio internacional e das relações econômicas*, ou seja, as relações em âmbito

global que envolvem a circulação de bens e serviços entre pessoas de diferentes Estados a partir das mais abrangentes Cadeias Globais de Valor (CGV ou Cadeias Globais de Fornecimento e *Global Value Chains*) (Fleury; Fleury, 2020) e que, atualmente, a partir do cenário pandêmico de 2020, passaram por transformações notáveis e por grandes desafios, em razão de sua exposição a contextos extraordinários, como pandemias, catástrofes geológicas ou climáticas, terrorismo, convulsões políticas e guerra.

Essas mesmas relações também guardam reflexo com a segunda opção, *no âmbito das relações políticas e institucionais*, em razão da interdependência mais complexa entre múltiplos atores políticos e sociais, devido ao desenvolvimento e estreitamento de canais de comunicação entre as agências interestaduais, transgovernamentais e transnacionais, com grande potencial de mitigar tensões, manter relações diplomáticas multiníveis e gerenciar a cooperação internacional.

A despeito também do recente questionamento da eficácia das relações diplomáticas transnacionais no contexto de guerra entre Rússia e Ucrânia iniciada em 2022 (Mariotti, 2022), a cooperação para a cooperação para o enfrentamento da pandemia do coronavírus é exemplo de relevo sobre o quanto os laços e as parcerias entre Estados e ETNs, no contexto das relações transnacionais, ainda que exista o protagonismo empresarial, não está dissociado de posturas mais ativas estatais (medidas fiscais e financeiras), apesar de diferenças significativas entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento (Benacchio; Hudler, 2021).

Um *terceiro aspecto*, seriam as relações transnacionais a partir dos *movimentos de migrações e turismo*, que geram intercâmbio cultural e econômico, estabelecendo laços e comunidades transnacionais, inclusive na conhecida “diáspora transnacional”. Neste sentido, vale mencionar o exemplo da China, que tem uma das maiores comunidades transnacionais do mundo e permanece entre os principais destinatários, contando com 10 milhões de migrantes internacionais chineses em 2020, concentradas no Canadá, Itália, Austrália, República da Coreia, Japão, Estados Unidos e Cingapura e com recebimento de quase 9% das remessas financeiras globais as remessas internacionais para a China ficaram atrás apenas da Índia, com o país recebendo quase US\$ 60 bilhões, consoante estudo da Organização Internacional para a Migração (Kitimbo; Blower; McAuliffe, 2022).

Além disso, há um quarto aspecto, sobre a existência *da transferência de tecnologia e intercâmbio científico* que, a partir das relações estabelecidas por ETNs,

instituições de pesquisa e governos, realizam parcerias por meio de acordos de licenciamento ou fusões e aquisições transnacionais, além da difusão de conhecimento por meio do movimento de pessoas com conhecimentos e habilidades (capital humano) ou ainda a imitação (por meio, por exemplo, de engenharia reversa<sup>5</sup>) (UNCTAD, 2014).

Realizadas essas considerações a título introdutório e epistemológico, importa identificar qual o foco que se pretende estabelecer em relação à análise das relações transnacionais. No presente estudo, delimita-se a partir das *relações econômicas* e *políticas*, para compreensão das atividades empresariais transnacionais e a avaliação dos impactos dessas atividades a partir dos critérios ESG.

## 2.2 DELIMITAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL TRANSNACIONAL E DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS (ETN)

### 2.2.1 Multidisciplinariedade

O termo *transnacional* e seus correlatos são recorrentes na literatura das Ciências Sociais, Ciência Política, Antropologia, Sociologia e História. Por este motivo, antes de adentrar nos aspectos jurídicos relacionados à criação e aplicação de normas jurídicas às atividades empresariais transnacionais, é indispensável refletir sobre o fenômeno da empresa enquanto forma de organização que atende a um certo princípio de *eficiência*, de natureza econômica, e a forma como se desenvolve no espaço e no tempo, a partir de um determinado modelo de atividade empresarial que passou a ser considerado inclusive no âmbito do direito internacional, justamente em razão do seu impacto e relevância transcenderem as relações em âmbito nacional. Além disso, importante indagar o como essa questão sobre a eficiência econômica deverá ser interpretada para efeitos de atribuição de uma responsabilidade jurídica para ETNs.

Para possibilitar uma compreensão que envolva elementos da Economia e do Direito, importante lembrar que as teorias econômicas se expandem para o Direito e

---

<sup>5</sup> Engenharia reversa se refere à possibilidade de compreensão de princípios tecnológicos e o funcionamento de dispositivos, objetos ou sistemas, com o objetivo de incorporá-lo e reproduzi-lo.

o Direito às empregos, de acordo com a interpretação própria da ciência em comento<sup>6</sup>. Neste sentido, como aponta Gunther Teubner (2014, p. 238, tradução nossa<sup>7</sup>):

Há muito que as teorias econômicas ultrapassaram os limites do seu objeto de estudo – a Economia – e pretendem fornecer uma teoria de todas as relações sociais, que a sociedade, e, portanto, também o Direito, entende como uma vasta rede de cálculos de utilidade. A eficiência torna-se um princípio de direito.”.

Portanto, antes de qualquer crítica ou recomendação de interpretação jurídica à eficiência econômica aplicada ao contexto das atividades empresariais transnacionais, fundamental compreendê-la a partir da Economia para que se realize a interpretação à luz do Direito (pois, como afirmado anteriormente, são Ciências com objetos, linguagens, princípios e interpretações próprios).

### **2.2.2 Eficiência econômica e a organização da atividade empresarial transnacional**

Sobre a eficiência econômica, primeira parte desta exposição, importante esclarecer que, apesar de muito empregado por economistas, não há o estabelecimento de um conceito único e universal.

De forma didática, Krugman e Wells (2009) sugerem que a *eficiência econômica* seria aquela que, a um só tempo, atinge a eficiência de produção (maior quantidade possível de cada bem considerando os recursos finitos disponíveis) e a eficiência na alocação desses bens (destinação desses bens para satisfação do consumo das pessoas em relação aos produtos que desejam consumir), considerando ainda a finalidade de lucro.

No entanto, a expressão *eficiência econômica* é um dado complexo e variável no estudo da Economia. A expressão, em si, é empregada de forma bastante distinta, inclusive na obra de um mesmo autor, como se verifica, por exemplo, a partir da obra

---

<sup>6</sup> V. seção 2.1. deste estudo.

<sup>7</sup> No original: “Economic theories have long since gone beyond the boundaries of their actual subject area—economics—and claim to provide a theory of all social relationships, which society, and therefore also the law, understands as a vast network of utility calculations. Efficiency becomes a principle of law. [...]”.

de Alfred Marshall (1920) que, assume, no mínimo, dois conceitos e aplicações de eficiência econômica distintos, a depender dos elementos considerados<sup>8</sup>.

De modo mais geral, Adam Smith (2007), ao introduzir o fundamental conceito de divisão de trabalho, em 1775, e explicar o como a especialização da atividade econômica leva ao aumento de produtividade, trouxe uma das primeiras noções de eficiência econômica. Ainda que de forma indireta, tal compreensão apoiou o raciocínio do autor no sentido de que as nações e empresas deveriam focar naquilo que fossem melhores (mais eficientes, no sentido de maior produção com menor esforço e menor gasto de recursos), com o objetivo de adquirir uma vantagem comparativa quando da troca desses bens no comércio internacional.

Vilfredo Pareto (1919), por sua vez, trouxe uma das mais relevantes distinções de eficiência, avaliada a partir das preferências individuais e que não necessariamente estariam associadas à maximização da utilidade total ou agregada da sociedade, de modo que, em um contexto de trocas (alocação de recursos), a obtenção da *máxima utilidade* seria atingida na situação em que não fosse possível realocar os recursos para tornar alguém melhor sem que outro estivesse em situação pior. Esse pensamento é sintetizado no seguinte excerto sobre as propriedades do equilíbrio (Pareto, 1919, p. 337, tradução nossa<sup>9</sup>):

Propriedades do equilíbrio. O equilíbrio, de acordo com as condições em que é obtido, goza de certas propriedades que são muito importantes de conhecer [...] Diremos que um membro de uma coletividade goza, em uma determinada posição, do máximo de ofelimitade, quando é impossível afastar-se muito pouco dessa posição, beneficiando ou prejudicando todos os membros da coletividade; qualquer desvio muito pequeno dessa posição tem necessariamente o efeito de beneficiar alguns membros dessa comunidade e prejudicar outros.

---

<sup>8</sup> A título exemplificativo, nos precisos dizeres de Marshall (1920, p. 314): “There is a preliminary difficulty as to the term ‘efficiency.’ When it is said that about equal earnings (or rather equal ‘net advantages,’ see above II. IV. 2) are obtained in the long running different occupations by persons of about equal efficiency, the term ‘efficiency’ must be interpreted broadly. It must refer to general industrial efficiency, as defined above (IV. V. 1). But when reference is made to differences of earning power of different people in the same occupation, then efficiency is to be estimated with special reference to those particular elements of efficiency which are needed for that occupation.”

<sup>9</sup> No original: “Proprietà dell'equilibrio. – L'equilibrio, secondo le condizioni in cui è ottenuto, gode di certe proprietà che preme assai conoscere. Principieremo col definire un termine di cui è comodo fare uso per scansare lungaggini. Diremo che i componenti di una collettività godono, in ima certa posizione, del massimo di ofelimità, quando è impossibile allontanarsi pocbissimo da quella posizione giovando, o nuocendo, a tutti i componenti la collettività; ogni piccolissimo spostamento da quella posizione avendo necessariamente per effetto di giovare a parte dei componenti la collettività e di nuocere ad altri.”

Por outro lado, segundo Friedrich Hayek (1945), a questão da eficiência não estaria atrelada à forma como se realiza a alocação de recursos com a finalidade de atingir uma relação de equilíbrio (como sugerido por Pareto), e sim na forma de gestão de conhecimento, visto que as decisões sobre alocação de recursos são tomadas a partir de conhecimento disperso e não integrado, por meio de ações individuais que não detém a totalidade do conhecimento. Pela ótica de Hayek (1945) seriam mais eficientes as decisões econômicas tomadas pelos indivíduos em sociedade, ainda que dotados de parcial conhecimento, do que por meio de uma única entidade que promova o planejamento centralizado.

Uma outra forma de compreensão sobre a eficiência, que predominou por grande parte do século XX, é no sentido de que as empresas podem ser encaradas como uma forma de *redução de custos* para desenvolvimento da atividade econômica (Coase, 1960, 1937; Williamson, 1979; Alchian, Demsetz, 1972; North, 1991).

Em retorno à obra de Adam Smith, já havia uma interessante consideração sobre a forma de organização da atividade empresarial como forma de mitigar riscos e reduzir custos. A depender de certas circunstâncias, por exemplo, o estabelecimento de uma determinada sociedade empresarial seria mais eficiente que outras – e, possivelmente com base em uma análise empírica sobre pequenos empreendimentos individuais (Fleckner, 2016; Berle Jr, Means, 1933), Smith chegou a concluir que a sociedade anônima deveria ser estabelecida somente em raras circunstâncias.

Digno de nota que a terminologia sobre empresa adotada por Smith não era detalhada e tomá-la de forma descuidada em relação ao arcabouço teórico atual redundaria em verdadeiro anacronismo. Como explica Fleckner (2016), as terminologias empregadas por Smith possuem correspondentes distintos na atualidade: a “empresa por ações” (*Joint Stock Company*) é o termo empregado por Smith para se referir ao que hoje seria a sociedade por ações ou sociedade anônima (*Stock Corporation, Business Corporation, Public Limited Company*) e as expressões “empresas regulamentadas” (*regulated companies*) e sociedades em comandita (*private copartneries*), mas não possuem explicações gerais sobre o que seriam, muito menos enquanto conceito geral de empreendimentos coletivos de negócios.

Assim, a análise de Smith (2007), embora bastante condicionada ao modelo econômica de sua época, abordou de forma tangencial sobre a possibilidade (ou circunstâncias) em que uma determinada sociedade comercial (parecida com o que seria hoje a sociedade anônima) poderia ser estabelecida como mais vantajosa se

comparada a outros arranjos societários. Aqui, não são relevantes os elementos considerados por Smith em si, mas a mera concepção de que uma organização pode ser mais eficiente que outra para determinado contexto.

Posteriormente, Ronald Coase (1937) analisou a razão de existência das empresas e a função econômica delas em relação ao mercado, identificando-a sob ponto de vista das relações contratuais para redução de custos operacionais – isto é, a empresa enquanto um feixe de contratos. Na sua linha de inquirição, formulou a seguinte indagação fundamental: por que há empresas em vez de apenas relações de mercado e transações individuais? Na sua ilação, Coase identificou dois tipos principais de custos envolvidos: *custos de transação* e *custos de produção*. Assim, uma empresa surge como uma forma de redução dos custos de realização de determinadas transações em mercado, de forma separada e individual, que seriam maiores do que os custos envolvidos para a realização dessa mesma atividade no contexto de uma organização, que centraliza tais relações contratuais.

Armen A. Alchian e Harold Demsetz (1972) também compreendem a empresa como uma forma de organização destinada à redução de custos. Os autores exemplificam a questão a partir da transição do sistema doméstico (*putting out system*) para a tecelagem, no qual os fatores de produção eram organizados em grande parte por meio de negociações realizadas de forma individual e pessoal no âmbito do mercado, e que permaneceriam desta forma, caso não houvesse a centralização de fontes de energia (nova tecnologia) que estimulou a produção em grupo e, conseqüentemente, a gestão do comportamento dos fatores de produção se tornou menos custosa a partir daquela organização.

Outro exemplo de autor que segue essa linha de pensamento é Oliver Williamson (1979) que aprofundou a temática a partir do estudo sobre as possíveis estruturas de governança que seriam escolhidas também a partir da ótica de redução de custos, por meio do qual identificou três tipos: as não específicas (ou governança de mercado<sup>10</sup>), no qual não há necessária identificação entre compradores e vendedores, as transações são padronizadas e frequentes, com produtos e serviços bem definidos), as altamente específicas (governança hierárquica<sup>11</sup>), adaptadas às necessidades especiais de transação, com transações complexas, que demandam

---

<sup>10</sup> Como, por exemplo, a aquisição de commodities e a negociação de ações em mercados financeiros.

<sup>11</sup> A exemplo das *joint ventures* em áreas de tecnologia e de empresas com grande investimento em ativos específicos.

conhecimentos únicos e envolvem altos custos de transação, e as semi-específicas (governança híbrida), que envolve elementos de ambas.

Ainda sobre a governança da empresa com vistas à eficiência, importante destacar o estudo de Howard Perlmutter, de 1969, sobre modelos de governança e que já tratava sobre essa questão, a luz da eficiência, e aponta a existência três dimensões ou modelos de gestão: *geocêntrico*, *etnocêntrico* e *policêntrico* como parte da pesquisa sobre estratégias de gestão global, contexto no qual se insere a atividade econômica transnacional, sugerindo ainda que havia possíveis vantagens do modelo empresarial geocêntrico em relação ao policêntrico e etnocêntrico relativo às empresas transnacionais:

Os custos do geocentrismo estão relacionados a despesas com comunicação, viagem, custos educacionais em todos os níveis, maior tempo para tomada de decisão porque é necessário atingir consenso entre mais pessoas, e uma burocracia relacionada a sede internacional. Os riscos incluem aqueles devidos a uma distribuição de poder mais ampla, a problemas de pessoal e de ingresso de executivos internacionais. Os resultados são uma empresa total (global) mais poderosa em todo o mundo, uma melhor qualidade de produtos e serviços, a utilização mundial dos melhores recursos, a melhoria da gestão da empresa local, um maior sentido de compromisso com os objetivos mundiais e, por último, mas não menos importante, mais lucro. (Perlmutter, 1969, p. 16, tradução nossa<sup>12</sup>).

Douglass C. North (1991), por sua vez, aponta para o aspecto institucional dessas relações. Segundo North (1991), as instituições podem estabelecer incentivos, limites e oportunidades que influenciam a forma de organização, funcionando como verdadeiras “regras do jogo”, de modo que a partir do desenvolvimento econômico e do aumento da complexidade das relações dela advindas, surgem formas de transação altamente especializadas, que requerem instituições e organizações específicas para salvaguardar os direitos de propriedade, inclusive para além das fronteiras nacionais.

Segundo Kirkpatrick e Nixon, (1981), a empresa transnacional, definida enquanto uma organização que desenvolve investimentos diretos em mais de um país

---

<sup>12</sup> No original: “Geocentrism’s costs are largely related to communication and travel expenses, educational costs at all levels, time spent in decision-making because consensus seeking among more people is required, and an international headquarters bureaucracy. Risks include those due to too wide a distribution of power, personnel problems and those of re-entry of international executives. The payoffs are a more powerful total company throughout, a better quality of products and service, worldwide utilization of best resources, improvement of local company management, a greater sense of commitment to worldwide objectives, and last, but not least, more profit.”.

– ou seja, que controla ativos geradores de rendimento, como fábricas, minas, plantações, etc. – introduz tecnologias, competências de gestão e de organização para o âmbito local, e que se distingue pela visão de mundo a partir de uma unidade econômica global, de modo que se torna possível planejar, organizar e gerenciar tais atividades.

De modo geral, as atividades empresariais transnacionais são essencialmente de carácter oligopolista (isto é, eles dominar em mercados efetivamente controlados por alguns compradores ou vendedores), e caracterizadas pelo processo de rápida circulação, inovação, diferenciação e grande publicidade dos produtos e serviços que reforçam essas estruturas oligopolistas (Kirkpatrick; Nixson, 1981).

Para Kirkpatrick e Nixson (1981), uma característica possivelmente única das ETNs é a capacidade de visualização do mundo como uma unidade econômica única ou singular e, assim, planejar suas atividades em escala global, de modo que são tanto produtos quanto contribuidoras de desenvolvimentos tecnológicos que reduzem ou superam os problemas pela distância geográfica (transporte aéreo, telecomunicações, sistema de coleta e processamento de dados) e suas operações globais altamente centralizadas, sendo a sede que define a estratégia empresarial, decide sobre a localização de novos investimentos, alocação de recursos em novos mercados e em programas de pesquisa, e determina os preços cobrados pelas transferências dentro da empresa, de modo que, quanto mais as unidades nacionais se condicionam a procedimentos de controle indireto e harmonizados (em nível global), mais difícil se torna para elas responderem unilateralmente às necessidades da economia local.

Este é o caso, por exemplo, do que acontece com os mercados financeiros que veiculam produtos e serviços em nível global e que estão intrinsecamente ligados aos investimentos para desenvolvimento de atividades empresariais transnacionais, os quais exigem mecanismos sofisticadas de troca, com envolvimento dos mercados locais, regionais, e a circulação desses produtos e serviços em nível global.

Assim, extrai-se que os mais variados elementos podem ser considerados para fixação dos critérios econômicos de eficiência e da organização da atividade empresarial transnacional, mas que todos tem um ponto em comum (ou de partida): a alocação de recursos. O meio e o objetivo dessa alocação é que podem ser variados e contêm um ou mais desses elementos: (i) para aumento da produção de uma dada atividade econômica com a redução de recursos (como se pode extrair a partir de

Smith); (ii) com a possibilidade de tomada de decisões racionais a partir da gestão do conhecimento (como se aduz a partir de Hayek); (iii) a partir de uma organização econômica (empresa) que, enquanto um feixe de relações contratuais, é adotada em razão da possibilidade de redução de custos nas transações (como visto em Coase, Alchian Demsetz e Williamson); (iv) que pode adotar um modelo de gestão ou administração empresarial *Geocêntrico*, *policêntrico* para suas atividades transnacionais (pelo indicado por Perlmutter), (v) desenvolvida por meio de uma organização que realiza investimentos diretos em mais de um país a partir de uma lógica de unidade econômica global (Kirkpatrick e Nixon); (vi) tem por objetivo um equilíbrio para maior utilidade em benefício das partes envolvidas (como se pode extrair de Pareto) e que, por fim, (vii) atenda às instituições estabelecidas (“regras do jogo”), que podem motivar a adoção de determinados modelos a partir de incentivos, limites e oportunidades necessárias para a garantia dessas transações (como aponta North).

Em síntese, o que se entende por eficiência econômica é a associação desses elementos, isto é, a alocação de recursos em nível global, por meio de uma estrutura de organização empresarial – a empresa transnacional (ETN) – enquanto feixe de relações contratuais, com a possibilidade de tomada de decisões racionais a partir da gestão do conhecimento, que pode adotar um modelo de administração empresarial *geocêntrico*, *policêntrico* ou *etnocêntrico*, com as finalidade de (i) maximizar a produção e facilitar a circulação, inovação e publicidade de produtos e serviços, (ii) reduzir as dificuldades e custos envolvidos nas transações de mercado complexas, (iii) atingir equilíbrio para maior utilidade em benefício das partes envolvidas ,(iv) atender às instituições estabelecidas (“regras do jogo”); e, por fim, (v) obter lucro.

No entanto, a definição da eficiência econômica e da organização empresarial correspondente, de *empresa transnacional* (ETN), sob ponto de vista econômico, não é suficiente para compreender as relações políticas desenvolvidas a partir dela, por isso é que necessário se torna identificá-la também nas relações políticas desenvolvidos no espaço e no tempo.

### 2.2.3 Relações políticas da atividade empresarial transnacional no espaço e tempo

A par das explicações sobre a eficiência e a organização da atividade empresarial transnacional sob ponto de vista econômico, é que se torna indispensável a inquirição sobre como se desenvolvem as relações dessas empresas com os Estados, as organizações internacionais, e o impacto nas comunidades locais no exercício dessa atividade econômica transnacional.

Portanto, necessário apontar outros fatores relevantes, tais como as *relações políticas* (o poder da empresa e a sua relação com outros atores sociais) – e que redundam também na forma como as ETNs exercem influência no espaço e no tempo e, também, no como elas são avaliadas pela sociedade (como ocorre a partir da avaliação dos critérios ESG<sup>13</sup>, por exemplo).

Neste ponto, autores como Kirkpatrick e Nixson (1981) e Sklair (2002) se revelam úteis, pois consideram essas relações transnacionais no contexto global, as quais podem ser conjugadas com a literatura específica de relações internacionais (como, por exemplo: Vernon, 1971; Huntington, 1973; Gilpin, 1971; Nye, Keohane, 1971a, 1971b; Hirst, Thompson, 2003, Faria, 2002).

Fato é que as ETNs criam redes de influência sobre governos e organizações internacionais, de modo a promover seus próprios interesses e valores em uma *escala global* (Sklair, 2002). Como aponta Leslie Sklair (2002), embora as ETNs sempre tenham sido atores que lidam com relações políticas, a globalização econômica direcionou essas relações para que sejam alcançadas e modeladas em nível global, a partir de um sentido mais sistemático, isto é, a ação política das ETNs – enquanto uma mistura de comportamento casual e oportunista, de um lado, e de comportamento bem organizado e sistêmico, de outro – no âmbito do capitalismo global. Assim, as relações transnacionais são performadas por uma classe capitalista transnacional, formada por quatro grupos principais e interligados: (i) executivos de empresas e os seus afiliados locais (a fração empresarial); (ii) burocratas e políticos globalizantes (a fração estatal); (iii) profissionais globalizantes (a fração técnica); e (iv) comerciantes locais e meios de comunicação social (a fração consumista).

---

<sup>13</sup> V. seção 2.4.2 deste estudo.

A divisão sugerida por Leslie Sklair é bastante útil para identificar movimentos e interesses políticos no cenário global. Por exemplo: o Pacto Global<sup>14</sup> foi uma iniciativa realizada pela Organização das Nações Unidas, por meio de seus integrantes (a fração estatal), para envolvimento e conjugação de interesses mútuos do setor público (adoção de políticas empresariais sustentáveis e socialmente responsáveis), com convite aberto às ETNs (a fração empresarial), observada e comentada de forma crítica por profissionais das áreas de Direito Internacional e de Direitos Humanos (fração técnica), que podem influenciar os destinatários finais, como consumidores, comerciantes locais, jornalistas e demais integrantes da sociedade civil, que observam esse movimento (fração consumista).

Além dessa identificação dos atores sociais (e das possíveis classes ou setores envolvidos), no âmbito das Ciências Sociais, o conceito de ETN não é propriamente novo, uma vez que se ancora – e muitas vezes se confunde com outros correlatos, a exemplo do termo Empresas Multinacionais (EMN) – a partir da década de 1960 e 1970, sobretudo em estudos no âmbito da Ciência Política e Relações Internacionais, quando o foco passou a ser essas *relações de poder* no âmbito das organizações transnacionais (Calliess, 2011), motivo pelo qual há necessidade de retomá-lo.

Neste sentido, bastante lembrado o estudo de Raymond Vernon (1971) que, em análise direcionada às relações de produção, para além de introduzir a noção de ciclo de vida do produto, esclarece a natureza conflitiva entre o Estado e as empresas transnacionais, sobretudo na forma como podem influenciar as políticas comerciais e até mesmo a política local.

Na compreensão de Vernon (1971), os produtos normalmente passam por um ciclo previsível do nascimento à obsolescência, de modo que as empresas dependentes de um determinado produto se veem sujeitas a força de negociação em constante mudança, que aumenta por um tempo (no início do ciclo) e decai em seguida. Quando um novo produto industrial é introduzido, a princípio é único, controlado por poucas empresas e muitas vezes com incentivos específicos pelos Estados. E, eventualmente, após a demanda pelo produto cresce, a tecnologia associada à produção é difundida e as demais empresas se apropriam desse modelo de produção, a proteção pelos Estados cessa, de modo que as especificações do produto se tornam padronizadas e reproduzíveis, de modo que, diante da ameaça de

---

<sup>14</sup> V. seção 3.3.1 deste estudo.

redução da lucratividade a partir de entrada de novos concorrentes, os líderes de mercado têm como saída a diferenciação do seu produto em relação aos demais.

Em um aspecto mais direcionado à análise da composição dessas empresas, Samuel Phillips Huntington (1973) diferenciou a natureza transnacional de uma organização a partir de três elementos – controle, composição da diretoria e escopo de suas operações, considerando principalmente a existência de operações no território de dois ou mais Estados-nação.

Robert Gilpin (1971), empregou o termo apenas com a finalidade de distinguir relações entre Estados e empresas multinacionais, visto que defendia a tese de que as empresas multinacionais serviam como extensão do poder do próprio Estado.

Em outra perspectiva, Nye e Keohane (1971a), em reconhecimento da existência de relações promovidas na arena internacional tanto por governos de Estados-nação quanto por atores não governamentais, propõe uma distinção: as relações interestaduais seriam aquelas desenvolvidas pelos governos, enquanto as relações transnacionais seriam as realizadas com a participação de, no mínimo, um ator não governamental.

Este último conceito, sem dúvida, demasiado amplo, visto que abrange qualquer ator não estatal, a exemplo de empresas multinacionais, secretariados de sindicatos internacionais, organizações religiosas globais e fundações internacionais.

De todo modo, um aspecto comum entre os estudos é a preocupação em delimitar 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, 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, empresas que não possuíam mais qualquer vínculo de lealdade com algum Estado-nação específico – posição esta que corrobora com a exposição sobre a forma de gestão empresarial sugerida no estudo de Howard Perlmutter (1969), mencionado na seção anterior.

Outra concepção é trazida por Paul Hirst e Grahame Thompson (2003), autores que 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 – que, inclusive, é adotada 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*, que distinguia entre a empresa multinacional e a corporação transnacional (ou companhia global) ao indicar que a primeira se caracteriza por ter uma estrutura decisória rigidamente hierarquizada, reproduzida em todos os países que atua, enquanto a segunda possui estruturas decisórias bem mais leves e ágeis, de caráter basicamente multidivisional.

De fato, a terminologia ganhou bastante notoriedade a partir da década de 1970, no contexto onusiano, sobretudo a partir do reporte intitulado *The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations*, de 1974, elaborado pelo Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais (UNDESA<sup>15</sup>). Naquele estudo, havia consenso no sentido de necessária substituição do termo “empresa” por “corporação” e “multinacional” por “transnacional”, que melhor transmite a noção de que tais empresas operam a partir de suas sedes, para além das fronteiras nacionais<sup>16</sup> (UNDESA, 1974).

Essa terminologia passou a ser adotada também nos estudos seguintes promovidos pelo Centro das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais e posteriormente pela *Divisão de Empresas Transnacionais e Gestão do Departamento de Desenvolvimento Econômico e Social das Nações Unidas*<sup>17</sup> (UNCTAD, 2004).

Assim, a par dessas distinções e esclarecimentos, opta-se pelo emprego da terminologia Empresas Transnacionais (ETN), tanto em razão da justificativa econômica quanto pela consagração dessa nomenclatura e sua incorporação de forma corrente por organismos internacionais, que traduz com maior fidedignidade a noção de profundidade e amplitude das relações que transcendem os limites espaciais e territoriais estabelecidos pelo Estado-nação, noção está até mais relevante do que a própria estrutura formal que eventualmente se revista para promoção dessas relações. E daí se extrai a sua relevância e utilidade.

---

<sup>15</sup> Sigla inglesa para *United Nations Department of Economic and Social Affairs*.

<sup>16</sup> Conforme consta no relatório temático do Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais (UNDESA): “There is general agreement in the Group that the word “enterprise” should be substituted for corporations, and a strong feeling that the word transnational would better convey the notion that these firms operate from their home bases across national borders. However, the term “multinational corporations” is used in this report in conformity with Economic and Social Council resolution 1721 (LIII). See also alternative definitions in *Multinational Corporations in World Development*” (UNDESA, 1974, p. 25).

<sup>17</sup> V. seção 4.3 deste estudo.

Desta forma, além de considerar a *eficiência econômica*, vista na seção anterior, justifica-se também o emprego do termo *Empresas Transnacionais* (ETN), enquanto organizações empresariais que, independentemente de sua nacionalidade, composição (formação societária) ou interesse institucional, atuam em mais de um país, com impactos políticos relevantes, a partir de uma estrutura organizacional e jurídica mais flexível, que se adapta ao longo do tempo às circunstâncias de cada localidade – sob ponto de vista das Ciências Sociais e Políticas, Relações Internacionais e do Direito Internacional.

## 2.3 DELIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA (RSE), INVESTIMENTOS SOCIALMENTE RESPONSÁVEIS (ISR) E INVESTIMENTOS SUSTENTÁVEIS (IS)

### 2.3.1 Intersecção entre a Responsabilidade Social da Empresa (RSE), os Investimentos Responsáveis (ISR), Investimentos Sustentáveis (IS), Direitos Humanos e Empresas (DHE), e os critérios ESG

O estudo sobre a Responsabilidade Social da Empresa (RSE) ou *Corporate Social Responsibility* (CSR) e dos Investimentos Responsáveis ou Sustentáveis (IS), é *conditio sine qua non* para a compreensão dos critérios ESG, isto porque tais critérios se originam a partir de um aprofundamento do debate sobre o alcance e escopo da própria RSE e da incorporação dos elementos dessa área para o ramo dos investimentos financeiros, especificamente sobre o alargamento da responsabilidade empresarial, de tal modo que, por consequência, aplicam-se também as críticas e os acertos fundamentados na experiência prática da RSE construída ao longo do século XX e início do século XXI.

A título de esclarecimento, o próprio contexto do surgimento dos critérios ESG se dá na tentativa de conciliação de interesses de diversos setores da sociedade que, por um lado, anseia pela condução da atividade empresarial a partir da eficiência econômica com vistas ao lucro e, simultaneamente, que seja condizente com o ambiente pluralista e democrático, direcionado ao desenvolvimento sustentável, e de profundo respeito aos direitos humanos, ao meio-ambiente, às relações trabalhistas justas.

Entretanto, em razão da diversidade de temas envolvidos no âmbito do ESG, que inclusive se amolda para cada contexto em que é desenvolvido e busca se

adaptar a questões culturais locais (Sandberg *et al*, 2009), há uma vagueza proposital, que muitas vezes é suprida por meio do conteúdo debatido por outras áreas já bem desenvolvidas do ponto de vista teórico, o que inclina para a compreensão de que são áreas similares ou até mesmo como um desdobramento daquelas, a exemplo dos campos de estudo relacionados à RSE<sup>18</sup> – desenvolvido a partir de Berle Jr. Means (1933), Bowen (2013) e Archie B Carroll (1979), e dos Investimentos Responsáveis ou Sustentáveis (IS), como indicados por Christensen; Hail; Leuz (2021, 2018), Gillan *et al.* (2021), Townsend (2020), dentre outros<sup>19</sup> – e dos estudos de Direitos Humanos e Empresas (DHE) – desenvolvidos por Muchlinski, 2021; Jägers, 2021; Bernaz, 2017; De Schutter, 2016; Ramasastry, 2015; Weissbrodt, 2014; Ruggie, 2013; Deva, 2021, 2020, 2004, 2003; Bantekas, 2004, por exemplo<sup>20</sup>).

Historicamente, uma das primeiras experiências reais de implementação da RSE (e do IS) são os *Princípios de Sullivan*, de 1977, que objetivavam uma forma de oposição empresarial e financeira ao racismo promovido no âmbito da política de *apartheid*, no contexto africano<sup>21</sup>. Esses princípios foram estabelecidos com vistas a permitir uma forma de seleção de investimentos com base ética, sugerida pelo reverendo Leon Sullivan<sup>22</sup>, para realização de investimentos na África do Sul, realizada por meio da submissão voluntária de relatórios (*reports*) pelas empresas aderentes (Muchlinski, 2021; Souza, Mezzaroba, 2022; Bantekas, 2004). Outra iniciativa que se tem notícia é a *MacBride Principles*, na década de 1980, focada na

---

<sup>18</sup> V. seção 2.2.2 deste estudo.

<sup>19</sup> V. seção 2.3.3 deste estudo.

<sup>20</sup> V. seções 3.3.1, 3.3.2 e 4.3 deste estudo.

<sup>21</sup> Como sublinham José Fernando Vidal de Souza e Orides Mezzaroba (2022, p. 252): “Em 1971 também, Leon Howard Sullivan, ministro da Igreja Batista de West Virginia ingressou no Conselho de Administração da General Motors, tornando-se o primeiro afro-americano no conselho de uma grande corporação, função que exerceu por mais de 20 anos. Em 1977, Sullivan desenvolveu um código de conduta para empresas que operavam na África do Sul, denominado de *Princípios Sullivan*, como alternativa ao desinvestimento completo naquele país. Tais princípios visavam promover a responsabilidade social corporativa e passou a pressionar a GM e outras grandes corporações que se retirassem voluntariamente dos negócios na África do Sul, enquanto o sistema de *apartheid* ainda estivesse em vigor. Com isso, Sullivan passou a ser um líder dos direitos civis e ativista social com foco na criação de oportunidades de treinamento profissional para afro-americanos.”

<sup>22</sup> Os princípios de Sullivan podem ser sumarizados da seguinte forma: “ Não segregação de raças em todas as instalações de alimentação, lazer e trabalho; práticas de emprego justas e iguais a todos os funcionários; salário igual para todos os funcionários que realizem igual trabalho ou comparável pelo mesmo período de tempo; iniciação e desenvolvimento de programas de treinamento de negros e outras minorias étnicas para cargos de supervisão, administração, escritório e técnicos; aumento do número de negros e outras minorias étnicas em cargos de gestão e supervisão; melhoria da qualidade de vida de negros e outras minorias étnicas fora do ambiente de trabalho, e em áreas como habitação, transporte, lazer, educação e saúde; empenho para eliminar leis e costumes que impedem a justiça social, econômica e política (este último, adicionado em 1984).

atividade empresarial de empresas americanas na Irlanda do Norte (Ramasastry, 2015).

De uma visão limitada a questões éticas (ou morais), as abordagens sobre os temas englobados pela RSE transitaram para a diversificação temática, por exemplo, ao encampar questões sobre o meio-ambiente, gênero, relações de consumo, proteção de minorias, inclusive assumidas a partir da mais recente bandeira “ESG”.

Neste sentido, sintetiza Sandberg *et al*, 2009, p 523, tradução nossa<sup>23</sup>): “[...] ISR [Investimento Socialmente Responsável] é o termo mais usado pelos investidores para descrever suas estratégias de integração de fatores ESG e incentivar as empresas em que possuem ações a adotarem políticas responsáveis.”.

Segundo Sparkes e Cowton (2004), as questões relacionadas ao RSE ganharam maior visibilidade para o próprio setor empresarial, por meio da divulgação de relatórios anuais das empresas e de declarações de altos executivos, mas principalmente a partir do endosso desses temas pelo setor financeiro – inclusive por meio da criação de índices de ações responsáveis ou sustentáveis, como *FTSE4 Good* e *Dow Jones Sustainability* – e que, por meio da pressão exercida pela comunidade de investidores (que, em última análise, detém o poder de decisão sobre o direcionamento de investimentos destinados a essas empresas), podem influenciar administradores e gestores de grandes fundos de investimento que passaram a adotá-los para a seleção de investimentos responsáveis no âmbito do mercado financeiro.

Por esse motivo, em publicações mais recentes sobre IS, como nos estudos de Gillan *et al.* (2021), Christensen, Hail e Leuz (2021), Townsend (2020) e Pollman (2019) não realizam distinções estanques e até mesmo propõem expressamente a intercambialidade entre essas terminologias em certas situações.

Townsend (2020), por exemplo, ao se referir ao ISR, indica a incorporação de ao menos três elementos (a sustentabilidade, responsabilidade e impacto), sem qualquer ressalva:

O ISR [Investimento Socialmente Responsável] sempre foi rico em nomenclatura, e o processo moderno não é exceção. “Ações do pecado”, “melhor da categoria”, “investimento comunitário”, “investimento baseado em valores” e “investimento verde” agora se juntam no léxico “ambiental, social e governança (ESG)”, “impacto”, “foco de gênero”, “livre de combustíveis fósseis” e uma série de outros termos. Hoje, o ISR pode ser adequadamente descrito como

---

<sup>23</sup> No original: “As one might expect, SRI is the most frequently used term when investors try to describe their strategies to integrate ESG factors and to encourage the companies they hold shares in to adopt responsible policies.”.

investimento sustentável, responsável e de impacto, e é uma influência legítima nos mercados de capitais e serviços financeiros. (Townsend, 2020, p. 2, tradução nossa<sup>24</sup>).

Hazen (2021) e Gillan *et al* (2021), de forma mais explícita, apontam a estreita ligação entre os conceitos de RSE e de ESG, existindo divergência apenas quanto a continência desses conceitos, ou seja, se RSE está inserida no contexto do ESG ou se ocorreria o inverso.

Hazen (2021), afirma que o termo RSE foi empregado pela primeira vez como forma de resumir o movimento de defesa de uma maior responsabilidade para às empresas e que reflete o princípio geral de preocupação com o bem público em oposição à mera maximização do lucro, sendo o ESG como uma subcategoria do RSE, visto que o ESG emprega métricas para medir o comprometimento de uma empresa com as responsabilidades sociais, enquanto a RSE traz descrições mais generalizadas do comprometimento de uma empresa com os valores sociais<sup>25</sup>.

Gillan *et al* (2021) por sua vez, explicam que a própria sigla ESG se refere à forma como as empresas e investidores integram as preocupações ambientais, sociais e de governança em seus modelos de negócio e inclui a governança explicitamente, enquanto a RSE apenas a considera indiretamente, à medida que se relaciona com questões ambientais e sociais, de modo que o ESG tende a ser uma terminologia mais abrangente do que RSE<sup>26</sup>.

Para Christensen, Hail e Leuz (2021), os termos RSE e sustentabilidade, por sua vez são usados de forma similar e intercambiável. Por outro lado, sugere como possível diferença entre os termos que a RSE tende ser definida de maneira mais

---

<sup>24</sup> No original: "SRI has always been rich in nomenclature, and the modern process is no exception. 'Sin stocks,' 'best in class,' 'community investing,' 'values-based investing,' and 'green investing' are now joined in the lexicon by 'environmental, social, and governance (ESG),' 'impact,' 'gender lens,' 'fossil-fueelfree,' and a host of other terms. Today, SRI can aptly be described as sustainable, responsible, and impact investing, and is a legitimate influence on the capital markets and financial services."

<sup>25</sup> Conforme expõe Hazen (Hazen, 2021, p. 746): "ESG has not replaced CSR as either a moniker or a concept, but rather, it is a subcategory of CSR. The broader concept of CSR remains relevant since it includes a generalized descriptive analysis independent of the use of metrics. It follows that disclosure considerations apply not only to the ESG metrics-driven discussions that investors crave, but also to more generalized descriptions of a company's commitment to social values. CSR disclosures would include, for example, a company's approach to balancing the pursuit of social values with its profit-driven mission."

<sup>26</sup> Conforme indicam Gillan *et al* (2021, p.2): "As it implies, ESG refers to how corporations and investors integrate environmental, social and governance concerns into their business models. CSR traditionally has referred to corporations' activities with regard to being more socially responsible, to being a better corporate citizen. One difference between the two terms is that ESG includes governance explicitly and CSR includes governance issues indirectly as they relate to environmental and social considerations. Thus, ESG tends to be a more expansive terminology than CSR. [...]".

ampla e normativa, enquanto ESG enfatiza o horizonte de longo prazo, de modo que, na ótica desses autores, o RSE engloba as atividades ESG, pois, como sugerem Christensen, Hail e Leuz (2021, p. 1181, tradução nossa<sup>27</sup>):

A RSE vai além da conformidade com obrigações legais, regulatórias e contratuais, destacando sua natureza voluntária (por exemplo, McWilliams e Siegel 2001; Liang e Renneboog 2017), e também se estende para além de ter uma boa governança corporativa. Abrange uma ampla gama de atividades (ou políticas) ambientais, sociais e de governança (ESG) sem limites bem definidos.

Além disso, os termos adotados guardam proximidade também em razão do seu caráter voluntário e autorregulatório (Pollman, 2019), enquanto normas sociais<sup>28</sup>, distinguindo-se da RSE na medida em que esta é “[...]frequentemente enquadrada em termos de obrigações sociais, baseadas em preocupações éticas e morais, o ESG é geralmente debatido em termos de gestão de risco para empresas e investidores, individualmente ou sistemicamente” (Pollman, 2019, p. 7, tradução nossa<sup>29</sup>).

Desta forma, a despeito similitude entre os termos ora empregados, verifica-se a existência de um movimento para abordagem pragmática difundida no âmbito político. Neste sentido, por exemplo, a Comissão Europeia havia adotado o conceito de RSE de forma sintética e abrangente como “a responsabilidade das empresas pelo impacto que têm na sociedade” (Comissão Europeia, 2011, p. 7), esclarecendo ainda que, para cumprir essa responsabilidade, as empresas devem adotar processos com o fim de integrar preocupações de índole social, ambiental, ética, o respeito aos direitos humanos e as preocupações dos consumidores.

No Brasil, por exemplo, verifica-se também esse movimento a partir das orientações oriundas da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA), que indica expressamente a intercambialidade dos termos, em especial no “Guia ASG” (ANBIMA, 2020, p. 7):

Frequentemente, são identificados outros nomes que remetem a esse mesmo tipo de investimento: investimento responsável, investimento sustentável, investimento de

---

<sup>27</sup> No original: “CSR goes beyond compliance with legal, regulatory, and contractual obligations, highlighting its voluntary nature (e.g., McWilliams and Siegel 2001; Liang and Renneboog 2017), and also extends beyond having good corporate governance. It encompasses a wide range of environmental, social, and governance (ESG) activities (or policies) without sharp boundaries.”.

<sup>28</sup> V. seção 3.3 deste estudo.

<sup>29</sup> No original: “The difference is that whereas CSR is often framed in terms of social obligations, rooted in ethical or moral concerns, ESG is generally discussed in terms of risk management for firms and investors, individually or systemically.”.

impacto social, investimento ético, títulos verdes (conhecidos lá fora como green bonds), investimentos na área de infraestrutura, entre outros. São termos que se referem aos investimentos com algum fator ASG em sua análise ou no projeto de investimento (no caso dos títulos verdes) e, portanto, podem ser considerados investimentos ASG.

Faz-se apenas uma ressalva, na medida em que, no campo dos Direitos Humanos e Empresas (DHE), é possível identificar críticas assíduas que tentam distanciar o movimento em torno do RSE daquele que se entende como movimento de Direitos Humanos e Empresas<sup>30</sup>.

No entanto, mesmo no seio desse movimento, entende-se pela possibilidade de complementariedade e intercâmbio de experiências. Como distingue Ramasastry (2015), a RSE se concentra no voluntarismo e em noções aspiracionais de como as empresas devem se envolver com as partes interessadas, enquanto os DHE podem se concentrar na necessidade urgente de vítimas poderem responsabilizar empresas implicadas em graves abusos a direitos humanos – embora reconheça que há espaço colaborativo para as áreas, tanto em razão do protagonismo empresarial a partir das iniciativas de RSE, quanto a partir das normas estatais que incentivam, recompensam ou exigem um engajamento de empresas no cumprimento desses direitos humanos.

Assim, apesar da opção deste estudo em tratá-las em suas respectivas seções, entende-se que as terminologias são correlacionadas e intercambiáveis, na medida em que exercem influências recíprocas a tal ponto que não se justifica, na atualidade, um tratamento rigorosamente dissociado e estanque, considerando-se ainda que o interesse comum dessas áreas é justamente a orientação de condutas de empresas que, no âmbito do sistema econômico globalizado e informatizado, depende cada vez mais do setor financeiro para a realização de suas atividades empresariais, de modo que se propõe que os critérios ESG devem ser tratados como uma intersecção entre as áreas de estudo já conhecidos de RSE (que foca na autorregulação<sup>31</sup> de conduta empresarial sobre empresa), aquela aplicada no âmbito dos Investimentos Sustentáveis (IS) e também de Direitos Humanos e Empresas (DHE), entendido como o último estágio ou etapa mais avançada possível em termos de atribuição de uma responsabilidade jurídica de empresas transnacionais<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> V. seção 3.3 deste estudo.

<sup>31</sup> V. seção 3.2.3 deste estudo.

<sup>32</sup> V. seção 4.1 deste estudo.

### **2.3.2 Responsabilidade Social da Empresa (RSE): a responsabilidade empresarial para além do lucro**

Um dos primeiros estudos relevantes sobre o tema foi publicado por Adolf A. Berle Jr. e Gardiner C. Means, na década de 1930. Berle Jr. e Means (1933) promoveram o debate sobre a responsabilidade da empresa a partir de uma nova compreensão sobre o exercício da propriedade a partir da relação entre os acionistas e a empresa.

Os proprietários da empresa, ao se tornarem acionistas (em especial no caso de grandes empresas) haviam deixado de exercer controle direto sobre as operações e atividades da empresa, as quais passaram a ser veiculadas por um corpo diretivo reduzido e especializado de diretores e gerentes. Essa forma de gerenciamento não deveria estar adstrita aos interesses dos acionistas, de tal modo que a lógica tradicional de propriedade não se aplicaria mais às empresas do século XX.

Berle Jr. e Means (1933) sustentam que, diante deste cenário, havia uma necessidade de releitura de conceitos sobre propriedade e responsabilidade, considerando os seguintes pontos: (i) a posição do proprietário mudou de agente ativo para passivo (em vez do exercício direto sobre a propriedade física pelo qual era responsável, passa a ter papéis representativos de um conjunto de direitos, tornando-se praticamente impotente frente à gestão daquela propriedade); (ii) os valores espirituais foram separados da propriedade (deixa de ser uma extensão da vontade e, em última análise, da própria personalidade do proprietário); (iii) o valor da riqueza de um indivíduo depende de forças externas e não dos seus próprios esforços (por exemplo, depende de ações individuais no exercício da gestão empresarial, no contexto de mercado de ações suscetível a oscilações); (iv) a riqueza individual tornou-se líquida por meio da organização dos mercados e com menos possibilidade de uso direto pelo proprietário (agora considerado apenas como acionista); (v) e, um dos aspectos mais importantes, o proprietário da riqueza industrial fica apenas com um símbolo de propriedade, enquanto o poder efetivo, a responsabilidade e a substância que antes eram inerentes ao titular da propriedade são transferidos para um grupo separado, que exerce o controle e administração da empresa.

É justamente a partir da constatação de possível conflito de interesses no contexto da administração no contexto da organização empresarial, aliada à grande concentração de poder nessas empresas, que faz surgir a noção de que a

responsabilidade relacionada à atividade empresarial deve ser estabelecida para além dos interesses específicos dos acionistas.

O cerne do pensamento de Berle Jr. e Means (1933), na verdade, está em dois pontos fundamentais. O primeiro, relacionado à exigência de submissão do poder econômico ao bem-estar público (em especial dos trabalhadores, investidores e consumidores), que está presente em todos os sistemas econômicos, com maior ou menor grau de intensidade; o segundo, que há demanda por responsabilização dos controladores em prol desse bem-estar maior pois, como indicam Berle Jr. e Means (1933, p. 355, tradução nossa<sup>33</sup>): “À medida que um organismo econômico cresce em força e o seu poder se concentra, o detentor do poder é mais facilmente localizado e a exigência de um poder responsável torna-se cada vez mais direta.”.

Essa visão também se encontra presente nos estudos de Peter Drucker (1993), mais especificamente na obra *Concept of the Corporation*, publicada em 1946. Drucker (1993), ao considerar a empresa como instituição social, identificou que sua perpetuidade não seria apenas analisada sob ponto de vista da eficiência econômica, mas também sob enfoque de atendimento das próprias necessidades e expectativas sociais geradas no contexto de uma sociedade industrial – e, portanto, uma expectativa que vai muito além do interesse na distribuição de lucro, pois, como ilustra Drucker (1993, p. 142-143, tradução nossa<sup>34</sup>):

A sobrevivência de nossas crenças e promessas básicas – a própria sobrevivência do significado de nossa sociedade – depende da capacidade das grandes empresas de realização substancial do credo americano em uma sociedade industrial. A tarefa que se coloca para a empresa é árdua e inédita. Ninguém no mundo ainda tem as respostas para os problemas dessa novidade, a sociedade industrial. Ficaremos muito satisfeitos e felizes se encontrarmos ao menos começos promissores.

Nesta mesma linha, Howard R. Bowen (2013), na obra *Social Responsibilities of the Businessman* publicada em 1953, nomeia como “doutrina da responsabilidade

---

<sup>33</sup> No original: “In proportion as an economic organism grows in strength and its power is concentrated in a few hands, the possessor of power is more easily located, and the demand for responsible power becomes increasingly direct.”.

<sup>34</sup> No original: “The survival of our basic beliefs and promises – the survival of the very meaning of our society – depends on the ability of the large corporation to give substantial realization of the American creed in and industrial society. The task which the corporation is asked to carry out is both a very heavy and a very new one. No one in the world knows yet the answers to the problems of this brand-new thing, the industrial society. We shall be very satisfied and happily surprised if we find as much as promising beginnings.”.

social”<sup>35</sup> uma noção mais abrangente do que a mera filantropia, no sentido de que o empresário tem deveres e responsabilidades perante a sociedade, e que esses deveres devem ser orientados para a realização de objetivos sociais, no contexto específico da atividade empresarial capitalista, para muito além do lucro visado.

Bowen (2013) sugere ao menos 11 objetivos, destacados a seguir: (1) alto padrão de vida, no sentido de acesso à abundância e qualidade de produtos e serviços para consumo; (2) progresso econômico, por meio de investimento no capital não-material (por exemplo, educação e treinamento de funcionários) para que haja a continuidade e melhoria do alto padrão de vida objetivado; (3) estabilidade econômica; (4) segurança pessoal, no sentido de que contingências pessoais (como desemprego, doença, acidente, envelhecimento, morte, etc.), que não estão na esfera de controle individual, devem ser tratados como questões de responsabilidade coletiva; (5) ordem, no sentido econômico de manutenção do fluxo de bens no mercado, com equilíbrio entre oferta e demanda, e redução de conflitos violentos na esfera econômica; (6) justiça: no campo da economia, refere-se à noção de distribuição equitativa de renda e à ampla difusão de oportunidade de desenvolvimento pessoal, incluindo a acesso à educação, saúde, e remoção de restrições baseadas em raça, religião, nacionalidade, etc.

Embora Bowen credite a capacidade de melhoria à aceitação social de novos padrões, e não propriamente (ou exclusivamente) por meio de incentivos jurídicos, ao se debruçar sobre casos da época, realizou um prognóstico no sentido de que a RSE seria cada vez mais empregada pelas empresas e, conseqüentemente, incorporada também no âmbito jurídico.

Em suma, o que se pode extrair da leitura desses autores é que há uma noção comum no sentido de que maiores poderes também requerem maiores responsabilidades. Nada obstante, a responsabilidade, no entender dos autores, muitas vezes está circunscrita à filantropia – compreensão esta que paulatinamente se reconfigura a partir do aprofundamento dos estudos sobre RSE.

Neste sentido, Archie B. Carroll (1979), por sua vez, trouxe um aprofundamento da temática com a sugestão de uma estrutura conceitual tríplice, que amplia a

---

<sup>35</sup> Como indica Bowen (2013, p. 6) “The term doctrine of social responsibility refers to the idea, now widely expressed, that voluntary assumption of social responsibility by businessmen is, or might be, a practicable means toward ameliorating economic problems and attaining more fully the economic goals we seek.

compreensão da função social (o papel das empresas) e sugere ao menos quatro categorias de responsabilidades sociais que deverão ser consideradas para avaliação da qualidade da empresa: (i) *responsabilidade econômica*: refere-se à obrigação de gerar lucro e valor econômico para acionistas, de modo que a empresa deverá ser economicamente viável e eficaz em suas operações; (ii) *responsabilidade legal*, em que a empresa será avaliada com base no cumprimento de normas jurídicas que governam suas operações, incluindo questões trabalhistas, ambientais, tributárias e outras áreas relevantes; (iii) *responsabilidade ética*, por meio da qual as empresas devem ser verificadas a tomada de decisões e ação que devem levar em considerações o que é certo e justo em relação também aos *stakeholders*<sup>36</sup>; (iv) *responsabilidades voluntárias*, no sentido de que são expectativas sociais sobre posturas a serem adotadas pelas empresas para além das anteriores e que são puramente voluntárias e o seu não cumprimento nem sequer demandadas por um ponto de vista ético, a exemplo do engajamento em atividades filantrópicas.

Entretanto, a questão sobre o escopo e alcance da RSE, sem dúvida nenhuma, não era pacífica. Nas décadas de 1960 e 1970, instaurou-se um importante debate sobre o objeto e alcance das responsabilidades específicas dos empresários e também em relação ao dever fiduciário dos administradores e gestores de fundos<sup>37</sup>, em razão de um suposto conflito de interesses advindos dessas novas responsabilidades com reflexos na adoção de políticas e estratégias negociais sociais, de um lado, e a possibilidade de redução da margem de lucro para acionistas, de outro.

De fato, é amplamente reconhecida a visão de Milton Friedman (1970; 2002) e de Henry G. Manne (1962a; 1962b; 1970), críticos de Berle, no sentido de que o principal (senão único) objetivo legítimo da atividade empresarial é a obtenção de lucro para os acionistas da empresa que nela investem.

Milton Friedman (1970; 2002), argumentava que no sistema de livre iniciativa e propriedade privada, respeitadas as regras sociais, um executivo tem como principal responsabilidade a de conduzir o negócio de acordo com o melhor interesse de seus proprietários, de maneira que não existiria uma responsabilidade social proveniente

---

<sup>36</sup>Conforme amplo sentido empregado por Edward Freeman (1984), de qualquer grupo ou indivíduo que possa afetar ou seja afetado pela realização dos objetivos da empresa, a exemplo dos empregados, comunidade local, proprietários, consumidores.

<sup>37</sup> V. seção 3.3.3 deste estudo.

da empresa enquanto pessoa jurídica, quando muito um mero reflexo do interesse individual.

Isso porque, para Friedman (1970), no sistema de livre iniciativa e propriedade privada, um executivo é empregado dos proprietários da empresa, é um agente submetido voluntariamente à defesa dos interesses de seu contratante, de modo que não poderá tomar decisões com base em suas escolhas e interesses pessoais. Isto é, o executivo tem responsabilidade direta perante os proprietários, no sentido de que a sua condução dos negócios deverá ser cumprida em consonância com o desejado pelos proprietários, que geralmente será a maximização do lucro, respeitadas apenas as regras básicas da sociedade (incorporadas na lei e costumes éticos), e apenas em situações excepcionais (e se for o desejo específico dos proprietários) é que seguirá com objetivos diferentes, como no caso do propósito filantrópico (a exemplo da criação de um hospital ou escola).

Segundo Friedman (1970), qualquer outra atividade que não levasse à obtenção de lucro e que fosse revertida a alguma causa social (como no caso dos exemplos apontados pelo próprio autor, sobre a redução de inflação, a melhoria do meio ambiente, e o combate à pobreza) seria equivalente ao dinheiro destinado ao imposto destinado ao Estado e que, em última análise, estaria ferindo a responsabilidade principal do executivo em relação aos acionistas ou proprietários do negócio.

Neste ponto, Friedman (2002) é bastante enfático ao asseverar que a doutrina da RSE, que visa alargar as responsabilidades empresariais para além do lucro dos acionistas, é fundamentalmente subversiva e vai de encontro à liberdade econômica. Nos dizeres de Friedman (2002, p. 133-134, tradução nossa<sup>38</sup>):

Poucas tendências poderiam minar tão completamente os próprios alicerces da nossa sociedade livre como a aceitação, por parte dos executivos empresariais, de uma responsabilidade social que não seja a de ganhar tanto dinheiro quanto possível para os seus acionistas. Esta é uma doutrina

---

<sup>38</sup> No original: "Few trends could so thoroughly undermine the very foundations of our free society as the acceptance by corporate officials of a social responsibility other than to make as much money for their stockholders as possible. This is a fundamentally subversive doctrine. If businessmen do have a social responsibility other than making maximum profits for stockholders, how are they to know what it is? Can self-selected private individuals decide what the social interest is? Can they decide how great a burden they are justified in placing on themselves or their stockholders to serve that social interest? Is it tolerable that these public functions of taxation, expenditure, and control be exercised by the people who happen at the moment to be in charge of particular enterprises, chosen for those posts by strictly private groups? If businessmen are civil servants rather than the employees of their stockholders then in a democracy they will, sooner or later, be chosen by the public techniques of election and appointment."

fundamentalmente subversiva. Se os empresários têm uma responsabilidade social diferente do que a obtenção de lucros máximos para os acionistas, como saberiam quais seriam essas responsabilidades? Podem indivíduos privados auto-selecionados decidir qual é o interesse social? Podem decidir até que ponto se justifica a imposição a si próprios ou aos acionistas do encargo para servir esse interesse social? Será tolerável que estas funções públicas de tributação, despesa e controle sejam exercidas pelas pessoas que neste momento estão encarregadas de determinadas empresas, escolhidas para esses cargos por grupos estritamente privados? Se os empresários forem funcionários públicos e não empregados dos seus acionistas, então numa democracia eles serão, mais cedo ou mais tarde, escolhidos pelas técnicas públicas de eleição e nomeação.

Nesta mesma esteira de ideias, a crítica de Manne (1970)..<sup>39</sup>, no sentido de que a responsabilidade social implementada e administrada de forma democrática no seio da empresa seria incompatível com a própria competitividade da empresa exigida para sua sobrevivência, mas especificamente na dificuldade de promover um regramento jurídico que avalie por critérios objetivos a distinção das atividades não-lucrativas e aquelas com o objetivo implícito de lucro no contexto da atividade empresarial, com a finalidade de orientação de condutas empresariais.

Na verdade, para Manne (1970), a doutrina da responsabilidade social é uma compreensão equivocada da realidade operacional das empresas. O mercado, se verdadeiramente competitivo, não permite margens significativas para caridade empresarial ou atividades análogas sem fins lucrativos, visto que, na ótica de mercado, pouco importa a origem dos gastos (se advindos de ineficiência na alocação, do desvio de recursos ou de caridade). Na compreensão de Manne (1970), em que pese nenhuma empresa possa atuar em concorrência tão intensa a ponto de eliminar totalmente tais “ineficiências” e, consideradas as circunstâncias de cada empresa, haverá maior ou menor margem para o que parecerá ser um comportamento que não visa a maximização do lucro.

Entretanto, as críticas mais severas de Manne poderiam ser sumarizadas em dois pontos: (i) em relação à ingenuidade de se encarar as atividades sem fins lucrativos e doações por parte de empresas enquanto atos genuínos de responsabilidade social, na medida em que [...] a maior parte da atividade aparentemente sem fins lucrativos não tem sido isso de forma alguma. É, em grande parte, conduta egoísta sendo disfarçada como outra coisa” (Manne 1970, p. 536-537, tradução nossa<sup>39</sup>); (ii) a uma suposta “tendência em tornar o monopólio palatável e,

---

<sup>39</sup> No original “One might at this point ask how, if things are so competitive, corporations have managed the amount of non-profit activity and charitable donations we have seen in the past twenty-five years.

assim, encorajar leis que restringem ainda mais a influência salutar dos mercados livres” (Manne, 1962b, p. 417-418, tradução nossa<sup>40</sup>).

Aliás, para Manne (1962b), a própria ideia de criação de normas jurídicas para essa área e de transmutação dessas ideias de cunho social em responsabilidade jurídica seria inconcebível, inclusive pelo próprio setor empresarial pois, como destaca Manne (1962b, p. 62-63, tradução nossa<sup>41</sup>):

É evidente que, se o dever que os gestores corporativos assumiram voluntariamente se tornar uma obrigação legal imposta pelo governo, a sua natureza será radicalmente alterada. Não será mais tão fácil justificar alternativas para atividades aparentemente sem fins lucrativos. Elas serão, de fato, sem fins lucrativos. Mas, a comunidade empresarial terá, em parte, pavimentado o caminho para a intervenção política e, por suas próprias declarações, os empresários poderão ter se impedido de reclamar de forma eficaz. Quando, como vários eventos recentes deixam claro, a responsabilidade empresarial se institucionaliza na forma de legislação ou ação executiva, os empresários deixam de considerá-la como uma doutrina aceitável.

No Brasil, a questão é retomada por Newton de Lucca (2009) que, ao se debruçar sobre os estudos de Milton Friedman, Henry Manne e Neil Charberlain questiona se a empresa que investe recursos em atividades predominantemente sociais estaria prejudicando sua capacidade de competir e desatendendo aos interesses de seus sócios, que nela ingressaram com objetivo de lucro e conclui que “[...] seria uma completa insensatez separá-las [a função social e a RSE] da ideia de que os empresários, chamados a cumprí-las, deverão, necessariamente, praticar uma

---

But this question is really quite naive. As many members of this audience know, the bulk of apparent non-profit oriented activity has not been that at all. It is largely self-interested conduct being passed off as something else.”.

<sup>40</sup> No original: “The significant debate over business statesmanship, as is so often the case, only amounts to a problem of the degree of monopoly in the economy. If little or no monopoly is posited, the entire case for anything like business statesmanship falls. The more monopoly that is posited, the stronger becomes the argument for some sort of nonmarket constraint on corporate activities, including price and wage fixing and allocation of resources. But all indications are that the economy functions far more competitively than it was fashionable to believe several years ago. Perhaps the greatest danger in the business statesmanship concept is its tendency to make monopoly palatable and thus encourage laws that further restrain the salutary influence of free market.”

<sup>41</sup> No original: “Manifestly, if the duty for which corporate managers have volunteered becomes a legal duty imposed by government, its nature will be radically altered. No longer will it be so easy to find alternative explanations for seemingly non-profitable activities. They will, in fact, be non-profitable. But the corporate community will have partly paved the way for the political encroachment, and, by their own declarations, businessmen may have stopped themselves to complain effectively. When, as several recent events make clear, business responsibility comes to be institutionalized in the form of legislation or executive action, businessmen no longer find it an acceptable doctrine.”.

série de atos tendentes ao favorecimento e ao amparo da comunidade na qual e para a qual essas empresas atuam” (Newton de Lucca, 2009, p. 327).

Todavia, de certa forma, Manne estava ao menos em parte correto no seu prognóstico sobre o seguinte tópico: a dificuldade de aceitação da responsabilidade jurídica pelo setor empresarial. Essa dificuldade é vivenciada na atualidade, como resta relatado nos estudos mais recentes relacionados aos Direitos Humanos e Empresas (DHE)<sup>42</sup>.

O que se identifica a partir desses estudos é que a RSE nasce como uma tentativa de sistematização e organização de pensamentos que objetivam alargar a responsabilidade no contexto empresarial, no sentido de que não se deve limitar ao lucro objetivado pelos acionistas, para abarcar valores sociais. No entanto, diante da imprecisão quanto ao conteúdo desses valores sociais, a inexistência de obrigações específicas, e a incorporação voluntária (e não exigível do ponto de vista jurídico) desses por meio do direcionamento de condutas negociais e da gestão empresarial para concretização desses valores, é que revela sua fragilidade do ponto de vista jurídico.

A propósito, é na tentativa de ampliação de responsabilidades de forma inespecífica, genérica e totalmente voluntária, que a temática causava (e ainda causa) certo desconforto para representantes do setor empresarial, de forma que, antes de serem incutidas na cultura empresarial, as teses veiculadas pela doutrina de RSE sofreram grande resistência. Essa resistência foi gradativamente reduzida a partir das primeiras experiências práticas e da implementação de normas sociais voltadas à RSE<sup>43</sup>, ainda que não dissipada de forma absoluta.

### **2.3.3 Investimentos Socialmente Responsáveis (ISR) e Investimentos Sustentáveis (IS)**

A delimitação dos Investimentos Socialmente Responsáveis (ISR) e Investimentos Sustentáveis (IS) pressupõe a compreensão do que se entende por investimentos.

De modo geral, o conceito de investimento parte da economia, e tem por elemento essencial um “gasto voltado à geração de renda futura” (Salama, 2018, p.

---

<sup>42</sup> V. seção 4 deste estudo.

<sup>43</sup> V. seção 3.3.1 deste estudo.

62) e, que, portanto, receberá uma determinada designação e tratamento pelo direito, considerando-se um contexto específico.

Assim, no contexto que se pretende tratar – isto é, dos Investimentos Socialmente Responsáveis ou Investimentos Sustentáveis (IS) –, é possível assumir que se trata de um gasto voltado à geração de renda futura, mas que adota uma estratégia (ou algumas estratégias) com vistas à otimização entre um retorno favorável e um risco compatível<sup>44</sup>, ao longo de um dado período (*performance*), e que considere no processo de decisão sobre essas estratégias, ainda, as questões não-financeiras (sociais, éticas, ambientais e de governança corporativa), como aqueles encampadas pela sigla em língua inglesa ESG, inclusive com capacidade de gerar valor (Amato Neto *et al*, 2022).

O termo mais comum para abordar o processo de formação de decisão sobre a estratégia de investimentos, que tenha por objeto a integração dos critérios ESG no contexto de empresas que adotem políticas responsáveis<sup>45</sup>, é o Investimento Socialmente Responsável (ISR) e os Investimentos Sustentáveis (IS), conforme se verifica em Gillan *et al.*, 2021; Townsend, 2020; Christensen *et al.*, 2018; Eccles; Viviers, 2011, Sandberg *et al.*, 2009; Lewis, Juravle, 2010; Sparkes, Cowton, 2004.

Sparkes e Cowton (2004) sugerem que a partir de uma terminologia mais antiga, empregava-se a expressão *Investimento Ético*, que reflete a noção de

---

<sup>44</sup> Há uma diversidade de riscos, exemplificados a seguir: (1) de mercado (oscilação dos preços em razão do grau de imprevisibilidade do preço futuro dos ativos de uma dada carteira); (2) de crédito (pelo não pagamento); (3) de liquidez (não conseguir vender ativo pelo preço justo e no prazo almejado pelo investidor); (4) pelo uso de derivativos (o uso para alavancagem, arbitragem e posicionamento podem resultar em maior volatilidade dos retornos dos fundos). Além disso, as respectivas gradações (alto, médio, baixo) para cada investimento.

<sup>45</sup> Por exemplo: (i) – Gillan *et al.* (2021): “As it implies, ESG refers to how corporations and investors integrate environmental, social and governance concerns into their business models. CSR traditionally has referred to corporations’ activities with regard to being more socially responsible, to being a better corporate citizen. One difference between the two terms is that ESG includes governance explicitly and CSR includes governance issues indirectly as they relate to environmental and social considerations. Thus, ESG tends to be a more expansive terminology than CSR. As noted, we do not review the vast literature solely focused on corporate governance, however, our focus on the environmental and social aspects of ESG/ CSR allow us to examine the interrelationships between a company’s governance structure and its environmental and social activities”; (ii) – Christensen *et al.* (2018, p.1): “We use the term ‘CSR’ to denote corporate activities and policies that assess, manage and govern a firm’s responsibilities for and its impacts on society and the environment. CSR often has the goal of improving social welfare or making business activities more sustainable. CSR goes beyond compliance with legal, regulatory and contractual requirements (McWilliams and Siegel 2001) and, in this sense, CSR activities and policies are voluntary, although they can be strategic or induced by markets (Kitzmueller and Shimshack 2012). CSR could be in line with or go against the interests of shareholders. It encompasses a broad spectrum of environmental, social, and governance (ESG) topics, activities and policies.”; (iii): Sandberg (2009, p. 523): “As one might expect, SRI is the most frequently used term when investors try to describe their strategies to integrate ESG factors and to encourage the companies they hold shares in to adopt responsible policies.”.

parâmetros de conteúdo religioso ou moral, a exemplo dos investimentos promovidos pelas igrejas Metodista<sup>46</sup> e Quaker, no Reino Unido, Estados Unidos e Austrália), a qual foi substituído pelo termo *Investimento Socialmente Responsável* (ISR), justamente para se afastar daquela conotação moral.

Eccles e Viviers (2011), apresenta uma lista de possíveis nomes<sup>47</sup> para os investimentos que tem em comum a preocupação em integrar aquilo que se considera como as preocupações inerentes ao ESG. Apesar de variações culturais e cronológicas (vale notar que nomes avaliados pelos autores se referem a uma literatura publicada especificamente entre os anos de 1975 e 2009, em contextos distintos, como países europeus e Estados Unidos), os autores, com esteio no entendimento de Sparkes, propõe o conceito de Investimento Responsável como “práticas de investimento que integram a consideração de questões ESG (ambiental, social e de governança) com o objetivo principal de fornecer retornos financeiros ajustados ao risco mais elevado” (Eccles, Viviers, 2011, p. 401, tradução nossa<sup>48</sup>).

No entanto, é importante destacar que as diferenças culturais e ideológicas não são as únicas fontes para divergência. O nome adotado também poderá advir de uma necessidade comercial (ou de *marketing*). Neste sentido, explica Sandberg (2009) que, em razão da competição, há uma necessidade de gestores de fundos IS e das agências de *rating* (os operadores do mercado de investimentos) construírem uma identidade forte para se diferenciarem dos demais e, desta forma, atrair investidores, de modo que a imagem formada por meio dos rótulos linguísticos se torna ferramenta importante na construção dessa identidade.

Além disso, também podem ser adotadas expressões relacionadas às estratégias desses investimentos. Sandberg *et al.* (2009) sublinha alguns exemplos disso, listados a seguir: (i) investimentos com seleção negativa e positiva (*screening*),

---

<sup>46</sup> Por exemplo, pelo fundo de investimento *Pax World Fund*, criado em 1971, nos Estados Unidos.

<sup>47</sup> Conforme Eccles e Viviers (2011): “Over the years, the academic literature has referred to the broad genre of investment practice that integrates a consideration of ‘environmental, social and governance’ (ESG) elements by a bewildering array of names. Some of the more common ones include: Socially Responsible Investment (e.g. Rosen and Sandler 1991; Abramson and Chung 2000; Statman 2008), Ethical Investment (e.g. Irvine 1987; Mackenzie 1998; Schwartz et al. 2007) and Social Investment (e.g. Dunfee 2003; Cox et al. 2007). More recently emerging names include Responsible Investment (e.g. Dembinski et al. 2003; Thamotheram and Wildsmith 2007; Viviers et al. 2009) and Sustainability/Sustainable Investment (e.g. Weber 2005; Koellner et al. 2007). In addition to these, a host of other more obscure names also appear in the literature, including: community investing, environmentally responsible investing, faith-based investing, mission-based or mission-related investing, moral investing, social choice.”

<sup>48</sup> No original: “Investment practices that integrate a consideration of ESG issues with the primary purpose of delivering higher-risk-adjusted financial returns”.

(ii) investimento de repúdio ou apoio; (iii) investimentos incentivados; (iv) investimento economicamente direcionado; (v) investimento de carteira baseada em diretrizes. Além desses exemplos, Amato Neto (2022) indica outras estratégias como a *Best-in-Class*<sup>49</sup>.

De todo modo, considerando a influência após o lançamento dos Princípios para o Investimento Responsável (PRI)<sup>50</sup>, em 2006, Sandberg *et al.* (2009) apontam que os termos, conceitos, estratégias e critérios mencionados pelos signatários do PRI sugerem que os investidores definem suas práticas de ISR enfatizando a importância da governança empresarial, questões sociais e ambientais (ESG) e, em menor grau, questões éticas em seus processos de investimento, afirmando-se que há um certo consenso conceitual do ponto de vista formal, ao menos quanto à adoção da definição segundo estabelecido pelo Investimento Responsável fornecida pela PRI, no sentido de “integração de critérios ambientais, sociais e de governança na tomada de decisão de investimento convencional e práticas de propriedade<sup>51</sup>”<sup>52</sup> (Sandberg *et al.*, 2009, p. 22).

Algumas barreiras ao IS (e mais especificamente aos investimento que emprega os critérios ESG) podem ser sumarizadas por quatro pontos, segundo Amato Neto *et al* (2022): (i) a inconsistência das definições ESG<sup>53</sup>, (ii) a incompatibilidade entre os retornos de curto prazo esperados pelos investidores e o resultados de longo prazo proporcionados pelos investimentos; (iii) a dificuldade no fornecimento de produtos financeiros “amigáveis” para investidores potenciais (isto é, explicando de forma didática as diferenças entre os investimentos tradicionais e os investimentos que empregam os critérios ESG, bem como os motivos para adotá-lo, de forma consciente e informada); (iv) falta de informações não financeiras confiáveis.

Ademais, reflexo dessa miríade de classificações no âmbito desses investimentos também se verifica na diversidade de produtos e serviços financeiros

---

<sup>49</sup> Trata-se de investimentos em empresas ou projetos selecionados de uma amostra restrita em razão do bom desempenho em relação a pares comparáveis.

<sup>50</sup> Uma iniciativa de investidores em parceria com a Iniciativa Financeira do Programa da ONU para o Meio-Ambiente (UNEP FI) e o Pacto Global da ONU, que será abordada com mais profundidade na seção 3.3.1 deste estudo.

<sup>51</sup> No sentido de ações e políticas que os investidores institucionais, como fundos de pensão e companhias de seguros, adotam para promover comportamentos alinhados ao RSE nas empresas que investem.

<sup>52</sup> No original: “the integration of environmental, social and governance criteria into mainstream investment decision-making and ownership practices”.

<sup>53</sup> V. seção 2.4.3 deste estudo.

rotulados como aderentes aos critérios ESG, que se multiplicam no âmbito do mercado financeiro, impulsionados sobretudo pela publicidade relacionada ao tema.

Neste sentido, apontam José Fernando Vidal de Souza e Orides Mezzaroba (2022, p. 266) a existência de diversos investimentos atrelados ao ESG, denominados títulos verdes (*Green Bonds*), sociais (*Social Bonds*) e sustentáveis (*Sustainable Bonds*), além de títulos que não investem diretamente em projetos sustentáveis, mas sim do redirecionamento dos juros da dívida (*Sustainability-linked bonds*). Há fundos de ações e fundos multimercados que alinham suas estratégias de forma indireta por meio de fundos de índice (ETFs) que visam replicar a performance de um índice de mercado na Bolsa de Valores, que contam em seus portfólios com títulos de renda fixa, ações, commodities, moedas e criptomoedas, mencionando como exemplos fundos de investimento como iShares Índice Carbono Eficiente (ICO2); GOVE11 cujo investimento é pautado nas empresas que seguem a diferenciados padrões de governança corporativa (IGCT) elevados e diferenciados; ISUS11, que acompanha a performance do Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) na Bolsa de Valores do Brasil (Souza; Mezzaroba, 2022).

Com efeito, existe certo ceticismo no âmbito acadêmico sobre a veracidade e o tratamento conferido pelas empresas a partir das avaliações realizadas com a adoção dos critérios ESG. A desconfiança é motivada em razão do histórico pouco satisfatório em relação à já conhecida RSE.

Neste ponto, vale o alerta dos autores no sentido de que, embora tais investimentos também estejam atrelados comercialmente à consecução de um ou mais objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), os objetos de tais investimentos não se confundem com a realização concreta desses objetivos ou do próprio desenvolvimento sustentável preconizado no âmbito global.

Como defendem José Fernando Vidal de Souza e Orides Mezzaroba (2022, p. 270), o IS não pode ser confundido com o desenvolvimento sustentável<sup>54</sup>, sob pena

---

<sup>54</sup> Há diversas concepções sobre desenvolvimento no âmbito da economia (como se constata da leitura de Celso Furtado, Ignacy Sachs, Schumpeter, Amartya Sen). De todo modo, entende-se que houve a incorporação de certas compreensões econômicas e a consolidação de um “direito ao desenvolvimento” no âmbito do direito internacional, que pode ser encarado na atualidade enquanto um direito humano fundamental, endossado por meio da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, conforme defendido em: Hudler, Daniel Jacomelli; Benacchio, Marcelo. O direito humano fundamental ao desenvolvimento e as intervenções estatais do governo brasileiro na atividade empresarial no século XX. **REVISTA DIREITO E DESENVOLVIMENTO**, v. 11, n.1, p. 142-156, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unipe.edu.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1206>. Acesso em 02 maio 2024.

de ocasionar o próprio esvaziamento de discussões maiores sobre desenvolvimento, em especial na esfera política, a fim de impor o pensar do mundo financeiro e das grandes corporações pois, como destacam os autores:

[...] não se pode deixar de lado de que a ideia de ESG está diretamente associada aos grandes bancos e fundos globais, que estabeleceram, por meio de relatórios e diversas recomendações ao setor financeiro. Tem-se, pois, que a agenda ESG busca, de forma incessante, gerar novos mercados, com maiores chances de obtenção de novos investimentos internacionais, se valendo agora de uma narrativa fundada nas causas ambientais, sociais e de governança, para ao final traduzir um discurso de ganha-ganha, próprio do setor corporativo, segundo o qual os números de relatórios financeiros apontariam e mensurariam os resultados positivos e sustentáveis para todas as partes envolvidas: empresas, governos, clientes, fornecedores e a sociedade. (Souza; Mezzaroba, 2022, p. 270).

Há, ainda, outra questão relevante: o receio de que os gestores de fundos que obtenham o rótulo ESG passem a cobrar taxas mais altas pelos serviços a eles atrelados (como, por exemplo, em razão do monitoramento específico), que pode ser justificado em certos casos (em especial, fundos menores e com capacidade reduzida de se beneficiar de economias de escala, que detêm custos mais elevados para operacionalização e menor margem de lucro), mas que nem sempre se justificam, senão pelo forte apelo publicitário.

Assim, pertinentes os questionamentos sobre as intenções dos agentes do mercado financeiro em relação aos IS, com ênfase na possibilidade de abusos nas relações de poder existentes no seio da própria comunidade financeira e que permitem que certos grupos de interesse se utilizem de mecanismos (muitas vezes legítimos em si), mas para veicular interesses escusos com a finalidade de abuso do poder econômico, inclusive por meio de práticas bastante nocivas no âmbito comercial, rotuladas como *greenwashing* e *bluwashing*<sup>55</sup>, que apenas mascaram um

---

<sup>55</sup> Termos empregados, respectivamente, na área ambiental (*greenwashing*) e de direitos humanos (*bluwashing*) com a conotação de práticas de empresas que não possuem compromissos reais para aprimoramento de suas atividades empresariais com redução do impacto nessas áreas, mas que visam extrair benefícios, sobretudo comerciais, a partir do *marketing*. Neste sentido, por exemplo, Amato Neto (2022) e Fiorillo (2022, p. 266-267): “[...] No denominado ‘cenário da sustentabilidade’ em que vivemos, tem sido usado de forma rotineira por parte de algumas firmas o denominado ‘greenwashing’ restando bem evidenciada a atuação de determinadas corporações que fazem alegações falsas ou mesmo fornecem informações enganosas sobre seus produtos ou ações para sugerir que elas seriam “ecologicamente corretas” e socialmente responsáveis induzindo em erro os consumidores, se aproveitando da deficiência de julgamento e experiência do público em geral e, principalmente, desrespeitando concretamente valores ambientais levando os potenciais clientes a acreditar que estariam fazendo algo bom em proveito de todas as pessoas e “de todo o planeta” ao comprar os seus produtos/adquirir os seus serviços. A sigla ESG, portanto, dentro do contexto e em face das

interesse puramente relacionado ao lucro e desprovido de qualquer preocupação com os objetivos da RSE e da sustentabilidade preconizados inclusive em âmbito global.

Neste ponto, digno de nota as colocações de autores relacionados à área de Direitos Humanos e Empresas (DHE), sobretudo ao defenderem o estabelecimento de responsabilidades jurídicas bem delineadas e obrigações específicas para ETNs.<sup>56</sup>

Por outro lado, como explica Serafeim (2022), as questões relacionadas aos critérios ESG despertam visões polarizadas que não necessariamente refletem a realidade, tampouco tratam os desafios do tema ESG pelo o que eles efetivamente são. Alguns exemplos de entendimentos infundados são debatidos pelo autor, sumarizados a seguir: (i) o desinvestimento, enquanto uma das possíveis estratégias atreladas aos critérios ESG, em si, não atinge resultados necessariamente positivos, na medida em que podem gerar uma desvalorização da empresa e consequentemente possibilitar um cenário de redução da transparência, espaço de articulação e de capacidade de mudança real daquela empresa, de modo que não deve ser sugerido como regra, mas apenas para certas circunstâncias de modelos de negócio que tenham impactos negativos inerentes e sem perspectiva de melhorias; (ii) o sistema de relatórios (*reporting*), enquanto mecanismo de influência de conduta, nem sempre é o mais efetivo, como a experiência demonstra<sup>57</sup>, em especial se o objeto é o mero detalhamento das atividades desenvolvidas e não dos resultados e, além disso, o sistema de relatórios, apesar de uma condição necessária, não é suficiente para obtenção de resultados favoráveis, de forma que medir e reportar métricas de resultados ESG somente poderá moldar o comportamento se houve incentivos fortes vinculados a essas métricas; (iii) a adoção de critérios ESG e o atendimento desses critérios pela empresa, por si, não garante resultados favoráveis para a empresa, ao menos do ponto de vista financeiro e de reconhecimento imediato pela comunidade; (iv) que a melhoria da sociedade se dá apenas por meio da elaboração normativa e de mecanismos de cumprimento de normas jurídicas (pelo

---

circunstancias antes indicadas, nada mais seria objetivamente que uma tática de marketing para vender mais produtos a um preço mais alto tornando difícil para as pessoas fazerem escolhas inteligentes, ou seja, a sigla ESG, como uma forma de publicidade, estaria sendo utilizada de maneira indevida e mesmo ilegal no sentido de tornar possível a venda e entrega de produtos aos consumidores ou outras empresas sem adotar efetivamente as melhores práticas ambientais, sociais e de governança (greenwashing).”

<sup>56</sup> V. seção 4.3 deste estudo.

<sup>57</sup> O autor menciona como exemplo a divulgação de remuneração de executivos de alto escalão, situação que, na prática, não trouxe resultados significativos no sentido de conter o nível de remuneração desses executivos.

Estado) e que não depende de qualquer atuação de empresas, pensamento este que se revela totalmente inadequado, visto que essa seria uma condição necessária (embora insuficiente) e deve ser conjugada com a intenção genuína de empresas que visam melhores resultados ao incorporarem os critérios ESG; (v) os critérios ESG devem deixar de ser vistos como meras preferências e passar a ser considerada como estratégia que permite o destaque para as empresas que a adotam, pois, será a partir dessa diferença que conseguirá difundir a prática e a tornar padrão na condução de negócios.

Além disso, os países que adequam seus respectivos ordenamentos jurídicos a normas internacionais e transnacionais sobre investimentos sustentáveis<sup>58</sup> – a exemplo do que ocorre com a adesão das autoridades reguladoras nacionais e agentes do mercado no âmbito nacional às regras estabelecidas pela Organização Internacional de Valores Mobiliários (IOSCO), consideradas como *standard* internacional – também angariam uma maior confiabilidade enquanto possíveis instrumentos para combate ao *greenwashing* em âmbito global (Araripe, Zelmanovits, 2022; Araripe, 2021; ANBIMA, 2022a).

Feitas essas considerações, longe de ser uma panaceia para todos os problemas de sustentabilidade e responsabilidade social, e também a par da crítica fundamentada sobre os critérios ESG, o que se defende é que os critérios ESG devem ser vistos pelo que realmente são, isto é, um conjunto de instrumentos empregados para promoção de práticas sustentáveis e responsáveis, por meio de um sistema de incentivos diretos e indiretos promovidos pelos atores envolvidos no âmbito do mercado financeiro, que podem ou não atingir os objetivos preconizados pelo desenvolvimento sustentável e, mais importante, não se confundem com esses objetivos.

## 2.4 CRITÉRIOS ESG E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA SUA ADOÇÃO

### 2.4.1 Terminologia e acepções dos critérios ESG

Em relação à origem da terminologia, a expressão em língua inglesa *Environmental, Social and Governance* (ESG), surgiu em 2004, a partir da publicação

---

<sup>58</sup> V. seção 3.3.1 deste estudo.

no âmbito do Pacto Global em conjunto com o Banco Mundial intitulada *Who Cares Wins*, no contexto de aproximação de instituições integrantes do mercado financeiro<sup>59</sup> e a ONU. Importante destacar que, naquele documento, não há propriamente uma definição de um conceito, e sim a apresentação de um rol exemplificativo de temas por ele abarcados ou sugeridos para debate (GLOBAL COMPACT, 2004).

Por exemplo, são mencionados os seguintes pontos no relatório: (i) sobre as questões ambientais (alterações climáticas e riscos conexos; a necessidade de reduzir as liberações de substâncias tóxicas e os resíduos; nova regulamentação que alarga os limites da responsabilidade ambiental no que respeita a produtos e serviços; aumento da pressão da sociedade civil para melhorar o desempenho, transparência e responsabilidade, conduzindo a riscos para a reputação se não forem geridos corretamente; mercados emergentes de serviços ambientais e produtos amigos do ambiente), (ii) sobre as questões sociais (saúde e segurança no local de trabalho; relações com a comunidade; questões de direitos humanos nas instalações da empresa e dos fornecedores/contratantes; relações com o governo e a comunidade no contexto de atividades em países em desenvolvimento; aumento da pressão da sociedade civil para melhorar o desempenho, transparência e responsabilidade, conduzindo a riscos para a reputação se não forem geridos corretamente), (iii) questões de governação empresarial (estrutura e responsabilidade do conselho de administração, práticas contabilísticas e de divulgação de informações, estrutura do comité de auditoria e independência dos auditores, remuneração dos executivos, gestão de questões de corrupção e suborno).

Ao longo das últimas duas décadas, o termo ESG tem sido empregado como um verdadeiro “guarda-chuva”, na medida em que engloba, a um só tempo, referências a métodos de análise e métricas variados, ao gerenciamento de riscos de investimento, à orientação de condutas por tema, à mecanismos de adesão voluntária e de autorregulação<sup>60</sup> e, por vezes, também, como um novo rótulo ou sinônimo para as antigas práticas de RSE e de sustentabilidade (Schanzenbach, Sitkoff, 2020; Hill, 2020; Mülbart, Sajnovits, 2020; Pollman, 2022, 2019; Christensen, Serafeim, Sikochi, 2022; Souza, Mezzaroba, 2022).

---

<sup>59</sup> Por exemplo, ABN, Amro, Aviva, AXA Group, Banco do Brasil, Bank Sarasin, BNP Paribas, Calvert Group, CNP Assurances, Credit Suisse Group, Deutsche Bank, Goldman Sachs, Henderson Global Investors, HSBC, Innovest ISIS Asset Management, KLP Insurance, Morgan Stanley RCM, UBS Westpac.

<sup>60</sup> V. seção 3.2.3 deste estudo.

Elizabeth Pollman (2022) propõe a existência de ao menos quatro acepções distintas para o uso da expressão critérios ESG. Segundo Pollman (2022), os critérios ESG podem ser considerados enquanto: (i) *fatores para a análise de investimentos*, como uma forma de se referir a um conjunto de questões que devem ser integradas à análise de investimentos ao passo em que é frequentemente dividido em três componentes e explicado por meio de um conteúdo subjacente (descrito, em regra, nos relatórios de análise como um conjunto variado de “informações”, “questões”, “fatores” ou ainda “critérios”), as quais seriam consideradas relevantes para a tomada de decisão de investidores e, nesta medida, enquanto parte integrante da estratégia de investimento convencional (e não propriamente de um investimento ético); (ii) *análise de risco*, pois representam um conjunto de práticas adotadas para auxiliar no gerenciamento proativo de riscos, seja no nível da empresa ou do portfólio, visto que surgem após uma ampla consulta a *stakeholders*<sup>61</sup>, que estão mais bem posicionados para tomar conhecimento de operações potencialmente catastróficas para a empresa, e que a partir do engajamento por meio dos temas relacionados ao ESG passam a fornecer informações úteis ao gerenciamento de relacionamentos importantes para a empresa e para mitigar riscos operacionais e reputacionais; (iii) *sinônimo de RSE e sustentabilidade*, visto que engloba noções de valores morais ou éticos, com conteúdo normativo para injetar consciência social nas decisões de investimento, equivalente ou conceitualmente compatível com o conteúdo tratado no âmbito da RSE e da Sustentabilidade; (iv) *manifestação de uma preferência ideológica*, no sentido de que seria um meio de expressar uma preferência, visto que investidores buscam alinhar suas atividades com uma expressão de seus próprios valores, sejam eles políticos, éticos ou sociais, e o ESG é um rótulo que significa vagamente algum nível de atenção a questões que vão além do aspecto puramente financeiro, que abarcaria tais aspectos – em uma analogia, seria equivalente a “votar” por meio de investimentos, na medida em que o consumidor e o investidor, utilizando-se de seu dinheiro, passam a investir nas empresas e ou a consumir determinados produtos e serviços em razão do perfil adotado por essas empresas serem compatíveis com as preferências desses investidores e consumidores.

Apesar da polissemia dos sentidos descritos por Pollman (2022), possível extrair que não são necessariamente excludentes entre si. Por exemplo, ao indicar

---

<sup>61</sup> Conforme amplo sentido empregado por Edward Freeman (1984).

que os critérios ESG são instrumentos para a análise e decisão de investimentos, isso não impede que as informações consolidadas em relatórios submetidos para agências de classificação sejam utilizadas pelas próprias empresas com a finalidade de engajamento dos *stakeholders* e que, por sua vez, a partir desse intercâmbio, a empresa passe a adotar condutas que reduzam riscos à sua imagem. Ou, ainda que os critérios abordados sob componente *Social* (ou “S”) incorporem temas já abordados pela doutrina de RSE e também de sustentabilidade.

Neste último ponto, em razão de não serem áreas propriamente novas e existirem conceitos análogos, é que a unificação conceitual sob a designação “*Crítérios ESG*” não é unânime e tampouco ocorre de forma sistemática, tornando-se igualmente complexa a tarefa de delimitação dos temas que seriam potencialmente objeto desses critérios, mas não impossível, como se verificará adiante.

#### **2.4.2 Critérios ESG como forma de avaliação social das atividades transnacionais**

Em 24 de fevereiro de 2022, o Ministro das Relações Exteriores ucraniano, Dmytro Kuleba, em discurso à Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), anunciou para o mundo que militares russos invadiram a Ucrânia e que havia um risco sério à segurança em nível global. O ministro exortava a necessidade de enfrentamento pela comunidade internacional da questão a partir dos seguintes dizeres: “Esta é uma guerra de agressão. A Ucrânia será defendida e vencerá. O mundo pode e deve dissuadir Putin. A hora de agir é agora” (Williams; Zinets, 2022, tradução nossa <sup>62</sup>).

De fato, além de tratar de uma das mais severas crises humanitárias e bélicas da década de 2020, houve reflexos econômicos importantes em razão do agravamento também da economia de países em desenvolvimento pela elevação de preços nos setores essenciais de alimentos, combustíveis e fertilizantes (Arndt *et al.*, 2023).

Em paralelo ao debate diplomático no seio da comunidade internacional sobre as possíveis sanções a serem adotadas pelos Estados contra a Rússia, houve uma

---

<sup>62</sup> No original: “This is a war of aggression. Ukraine will defend itself and will win. The world can and must stop Putin. The time to act is now”.

resposta mais imediata, de natureza econômica, por parte de ETNs que, pressionadas por investidores e consumidores globais engajados em temas ambientais, sociais e de governança, reduziram ou encerraram suas atividades econômicas na Rússia como forma de protesto contra a invasão em curso.

Essas empresas, além de questões geopolíticas relevantes, também estavam preocupadas com a repercussão dos temas ESG, que as motivaram a agir, sob a lógica de que, “Ao interromperem as relações comerciais e produtivas com a Rússia, as empresas também demonstram que as pessoas que as dirigem estão preocupadas com essa agenda [ESG] que envolve princípios éticos e reputacionais. [...]” (Schincariol, 2022).

Com efeito, em setembro de 2023, foi constatada a retirada de mais de 1500 ETNs que atuavam na Rússia<sup>63</sup>, dentre elas as empresas *McDonald's*, *PepsiCo* e *Shell* – o que resultou em prejuízos financeiros estimados na casa dos US\$ 60 bilhões em sanções (Eaglesham, 2022), isso sem contar com os efeitos a longo prazo e ainda desconhecidos sobre a economia local, em especial redução do Produto Interno Bruto (PIB), empregos, dificuldade no acesso a bens e serviços, e a precarização de direitos humanos.

A relevância dos critérios ESG, ao menos sob ponto de vista social, surge a partir da emergência de novas gerações de investidores que estão mais atentos aos efeitos de seus investimentos (Atchabahian, 2023, 2022; Ruggie, Middleton, 2019). Na ótica de Atchabahian (2022, p. 9):

A percepção da sociedade de consumo tem caminhado cada vez mais no sentido de que são os impactos reais provocados por tais programas que resgatam ou mesmo confirmam a credibilidade de uma empresa. As gerações mais novas tendem a buscar produtos e serviços que estejam mais alinhados aos propósitos que revestem a sigla ESG. A proteção ambiental, a percepção às mudanças climáticas, bem como à proteção aos direitos humanos, esta última estampada em movimentos como “#blacklivesmatter”, “#metoo”, dentre outros voltados às mais variadas causas de proteção às pessoas em suas vulnerabilidades são as principais forças motrizes para o investimento, por parte das empresas, em programas de ESG e conformidade com a nova realidade a ser desenhada internacional e nacionalmente. Todas essas circunstâncias, potencializadas pelo amplo acesso à tecnologia e à Internet, contribuem para o reforço de tais pressupostos, tornando esta realidade um caminho sem volta.

---

<sup>63</sup> A lista atualizada pela instituição de pesquisa *Yale Chief Executive Leadership Institute* pode ser consultada em: <https://www.yalerussianbusinessretreat.com/>.

À vista disso, os critérios ESG podem ser considerados também como instrumento social de controle à disposição da sociedade civil que tem o legítimo interesse no acompanhamento da conduta empresarial transnacional e que fornece subsídios para o exercício de pressão sobre as decisões empresariais e financeiras, sobretudo em relação ao como os investidores realizam seu apoio direto ou indireto às ETNs que estejam submetidas ao crivo desses critérios.

#### **2.4.3 Definição dos critérios ESG a partir do conceito dinâmico de materialidade e sua adoção por instrumentos jurídicos**

Para além da possibilidade de ser um instrumento social de controle das ETNs, necessário observar ainda duas questões importantes sobre a temática, assumidas enquanto pressupostos deste estudo: (i) do ponto de vista econômico, não há uma correlação direta entre um maior retorno e lucratividade pela mera adoção dos critérios ESG (Halbritter, Dorfleitner, 2015), de sorte que a escolha pela adoção de critérios ESG não deverá ser adotada apenas com essa intenção; (ii) do ponto de vista jurídico, a própria definição dos critérios ESG poderá variar, em razão da própria complexidade dos temas a ele agregados.

Sobre o primeiro ponto (ou pressuposto), nota-se que, apesar da dificuldade de se identificar um conceito apto a agregar todos aqueles elementos anteriores relacionados à RSE e à sustentabilidade<sup>64</sup>, isso não implica dizer que a diversidade de parâmetros possa prejudicar a avaliação do ESG.

Destaca-se que as avaliações, ainda que fossem mais objetivas, não dependeriam necessariamente da uniformização dos critérios (Berg, Kolbel, Rigobon, 2022; Serafeim, 2021). As divergências, inclusive, podem ser estimuladas e aprofundadas inclusive a partir da própria obrigatoriedade da *disclosure*<sup>65</sup>, como sugerem Christensen, Serafeim, Sikochi (2022), de tal forma que necessário se torna definir, em primeiro lugar, qual (ou quais) critérios ESG serão selecionados para efeitos de avaliação e comparação de um dado setor econômico ou de atividade específica, para, em um segundo momento, identificar qual (ou quais) instrumentos jurídicos poderão ser adotados.

---

<sup>64</sup> V. seção 2.3 deste estudo.

<sup>65</sup> Trata-se do ato de divulgar informações relevantes, sob ponto de vista contábil e financeiro, para investidores, credores e partes interessadas, com o objetivo de subsidiar a tomada de decisões.

Com efeito, o processo de escrutínio, avaliação de dados, comparação com os pares (cruzamento de dados), e a validação dos dados amparados por instrumentos e técnicas razoavelmente mais rigorosas e com maior publicidade é que conferem credibilidade e são capazes de fornecimento de informações mais significativas aos investidores a respeito dos compromissos efetivamente assumidos pelas empresas (Hazen, 2021; Pollman, 2021; Curtis, Fisch, Robertson, 2021; Ruggie, Middleton, 2019).

Há uma preocupação cada vez mais presente no sentido de apuração *da materialidade* das informações divulgadas nos relatórios, sobretudo para estabelecimento de uma forma (ou formas) de avaliação e comparação dessas informações com empresas que atuam no mesmo setor ou em setores distintos, inclusive porque tais elementos variam de acordo com destinatários e usuários dessas informações (Esty; Cort, 2020, 2017; Christensen, Serafeim, Sikochi, 2022; Khan, Serafeim, Yoon, 2016; Eccles, 2010), de tal maneira que se pode cogitar a existência de um *conceito dinâmico de materialidade* no contexto da aferição dos critérios ESG.

Desta forma, remanesce uma dúvida legítima sobre a possibilidade (e até mesmo a necessidade) de se atingir uma padronização, pois, como explica Sandberg (2009), a heterogeneidade do movimento ISR é motivada não apenas por diferenças culturais, divergências de interesses e ideologias entre os atores envolvidos, como também por questões comerciais, na medida em que a própria condição de mercado pressupõe a livre concorrência, e, de certa forma, recompensa a diversidade como forma de distinção entre seus agentes e apelo aos investidores e, portanto, é encarada como mera questão de estratégia para atendimento dos diferentes valores e prioridades dos clientes (como, por exemplo, os investidores).

No entanto, Sandberg (2009) vaticina para a possibilidade de atingir essa padronização, desde que tais divergências sejam superadas por meio de estruturas de gestão hierárquica superiores ou “de cima para baixo” (*top-down*), a exemplo de associações comerciais e organizações internacionais, embora não sejam necessárias ou até mesmo desejadas pelos atores envolvidos.

Assim, apesar de não existir uma padronização em nível global sobre os critérios ESG (e de sua materialidade), não se pode ignorar a existência de diversas iniciativas que contam com a presença nas principais economias do mundo, lideradas por entidades sem fins lucrativos e associações internacionais, a exemplo dos

*standards* da *Global Reporting Initiative* (GRI)<sup>66</sup>, que são incorporados para realização dos Relatórios de Sustentabilidade adotados por aproximadamente 250 das maiores ETNS; e também da parceria entre *Sustainability Accounting Standards Board* (SASB) e *Climate Disclosure Standards Board* para transmutar os princípios desenvolvidos pela *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD), que servem para interpretar e sugerir a implementação de ações mais específicas (Ruggie, 2019).

Nesse contexto, a GRI guarda especial relevância para a tentativa de padronização sobre os critérios ESG, inclusive devido ao fato de ser endossada pelo Pacto Global da ONU, por meio de acordo de colaboração, e as normas por ela emitidas são aceitas para efeitos de relatório também naquele âmbito (Bantekas, 2004).

Importante o esclarecimento de que se trata de um centro de colaboração veiculado a partir do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que agrega a participação de empresas, organizações contábeis, universidades, que publicou pela primeira vez em 1999 as Normas GRI para Relato de Sustentabilidade (ou *GRI Guidelines*) atualizadas periodicamente, por meio das quais estabelece um formato coerente no qual as empresas devem estruturar seus relatórios (de sustentabilidade, por exemplo) – de modo que alguns possíveis conceitos (e consensos) sobre a materialidade podem ser extraídos a partir dessas normas.

O propósito das Normas do GRI é fornecer subsídios para que os atores envolvidos (em especial empresas) relatem informações a respeito de seus impactos<sup>67</sup> mais significativos na economia, no meio ambiente e nas pessoas, inclusive no que concerne os direitos humanos, os quais serão tratados como *temas materiais* (GRI, 2024, p. 11).

Os temas materiais são definidos e avaliados por meio de um processo (um passo a passo), que contém orientações (etapas) para que a empresa compreenda o contexto da própria organização, identifique impactos reais e potenciais de suas

---

<sup>66</sup> Trata-se de uma organização internacional com sede em Amsterdã, que tem por objetivo auxiliar empresas e organizações a assumir a responsabilidade pelos impactos por meio de uma linguagem comum global para comunicar esses impactos, por meio do fornecimento de *standards* para serem empregados nos reportes de sustentabilidade. Pode ser consultado no sítio: <https://www.globalreporting.org/about-gri/>.

<sup>67</sup> Segundo as normas, impacto refere-se “[...]ao efeito que uma organização tem ou poderia ter na economia, no meio ambiente ou nas pessoas, inclusive efeitos em seus direitos humanos, como resultado das atividades ou das relações de negócios da organização.” (GRI, 2024, p.11).

atividades e, por fim, avalie a importância desses impactos, priorizando ainda os mais significativos para efeito de relato (GRI, 2021).

Vale mencionar que essa tentativa de padronização não está longe da realidade de investimentos brasileira, haja vista que os princípios desenvolvidos pela TCFD estão sendo gradualmente incorporados ao sistema financeiro brasileiro, por meio de iniciativas do Banco Central do Brasil (BACEN)<sup>68</sup> e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conforme relata Yoshida (2022), e que culminaram, por sua vez, na elaboração das *Regras e procedimentos para identificação de Fundos de Investimento Sustentável (IS)* pela Associação Brasileira das Entidades dos Mercados e de Capitais (ANBIMA), adotada em 2022, relatada por Benacchio e Hudler (2023), que visa a adoção de critérios para a identificação dos fundos que têm como objetivo IS ou fundos que integrem os fatores ESG. Importante destacar que tais regras estão em processo de constante aperfeiçoamento, atualização e expansão<sup>69</sup>, em consonância com o *standard* construído na arena global<sup>70</sup>.

Sem dúvida, a primeira etapa autorregulatória do mercado financeira relacionado à ESG, no âmbito brasileiro, foi introduzida por meio da definição do chamado “Investimento ASG”<sup>71</sup>, seguido da incorporação da noção de materialidade pela ANBIMA (2022, p.63):

No contexto dos investimentos, a materialidade é uma estratégia para representar e hierarquizar os temas ASG que mais impactam, positiva ou negativamente, a performance financeira de uma empresa (por exemplo, o crescimento de receita, margens, WACC – custo médio ponderado de capital –, fluxo de caixa ou risco) ou que possam influenciar, substantivamente, as avaliações e decisões de stakeholders. Os fatores ASG materiais diferem de um setor para outro — o que afeta uma empresa de um segmento poderá não afetar uma empresa de outro. Portanto, materialidade é um método que

---

<sup>68</sup> Por exemplo, a partir da Resolução CMN nº 4.327/2014, que dispõe sobre diretrizes a serem observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental, que deverá ser cumprida por instituições financeiras e correlatas; a Resolução CMN nº 4.945/2021, que dispõe sobre a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC) e ações para sua efetividade.

<sup>69</sup> Em junho de 2023, a ANBIMA publicou novas regras e procedimentos para estender os critérios de identificação dos fundos aos fundos de investimentos em direitos creditórios (“FIDCs”), aos fundos de investimentos em cotas (“FICs”), fundos multimercado e ETFs, inclusive aqueles que invistam em fundos estrangeiros, com características de investimentos sustentáveis, disponível em [https://www.anbima.com.br/data/files/C3/03/3E/09/954C88107D83F688EA2BA2A8/1.%20Regras\\_procedimentos\\_Fundos%20IS\\_13.7.23.pdf](https://www.anbima.com.br/data/files/C3/03/3E/09/954C88107D83F688EA2BA2A8/1.%20Regras_procedimentos_Fundos%20IS_13.7.23.pdf).

<sup>70</sup> V. seção 3.3 deste estudo.

<sup>71</sup> Segundo definição da ANBIMA (2020, p. 7): “Investimento ASG É aquele que incorpora alguma questão, seja ambiental, social ou de governança, em sua análise de investimento e leva em consideração a sustentabilidade de longo prazo. É um significado amplo e cabe ao gestor definir o que é investimento ASG e estabelecer os critérios que se encaixem na sua organização e no seu processo de tomada de decisão.”.

revela como todo o processo de inclusão de fatores ASG impactará os investimentos, os clientes, o meio ambiente e a sociedade.

Diante disso, para melhor delimitar o tema, emprega-se a expressão *critérios ESG* para se referir tanto a uma estrutura de reporte, com regras e métricas variadas, considerando-se a materialidade dos temas, quanto à forma de adesão voluntária por empresas que se submetem a procedimentos específicos (por exemplo, a elaboração e publicação de relatórios periódicos ou à submissão desses para a avaliação por agências de classificação<sup>72</sup>), que são divulgados ao mercado financeiro e utilizados para a análise de investimentos de acordo com regramentos ou *standards* internacionais<sup>73</sup> e nacionais vigentes, e que subsidiam a tomada de decisões sobre investimentos.

Realizada esta delimitação, passa-se ao segundo ponto (ou pressuposto): a questão sobre se os critérios ESG, sobretudo os relatórios que adotam essa designação, são capazes de vincular as empresas que as declaram, a fim de que essas empresas se tornem responsáveis, por exemplo, por eventuais condutas que sejam contrárias às suas declarações e às regras que os agentes envolvidos voluntariamente aderiram.

Além da adesão de empresas por meio da participação de associações internacionais e declarações públicas sobre a sua adoção, os critérios ESG também podem influir nas relações contratuais a partir da remodelação das estruturas contratuais (ou *design contratual*), ao introduzir cláusulas específicas para tutela, por exemplo, de direitos humanos, e estabelecendo consequências jurídicas como a suspensão ou encerramento dos vínculos estabelecidos entre empresas, com repercussões financeiras relevantes. Neste sentido, Ana Filipa Morais Antunes (2022, p. 2021-2022):

O ESG e as exigências de sustentabilidade empresarial projectam-se não apenas no plano da (boa) governação, mas, também, no campo do que se pode designar como design contratual, ao determinar a modelação de clausulados comprometidos em termos efectivos com a tutela dos direitos humanos e do ambiente.

---

<sup>72</sup> A exemplo das agências MSCI, Sustainalytics e Thomson Reuters.

<sup>73</sup> Exemplos: Global Reporting Initiative (GRI); Diretrizes para Relatórios de Sustentabilidade, SASB, Pacto Global das Nações Unidas (UNGC), Princípios Orientadores da ONU sobre Negócios e Direitos Humanos, Diretrizes da OCDE, Organização Internacional para Padronização (ISO) 26000 e Declaração Tripartite da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Além disso, há de mencionar a existência de agências de classificação de risco que adotem sistemas de métricas específicos e reconhecidos globalmente (por exemplo: Morningstar, Bloomberg and MSCI).

Em termos complementares e como corolário lógico, o contrato deve regular as causas de suspensão e/ou de cessação dos vínculos estabelecidos com parceiros empresariais que não cumpram as exigências em matéria de sustentabilidade e de dever de diligência. Com efeito, entre as estratégias preventivas de danos relevantes inclui-se a recusa de institucionalização de relações empresariais, assim como a suspensão e/ou cessação de parcerias com empresas que não observem a mesma pauta valorativa em matéria de sustentabilidade, de respeito pelos direitos humanos e pelo ambiente e que tenham determinado um efeito negativo potencial ou real.

Portanto, possível estabelecer que a materialidade voltada aos critérios ESG, que se refere à importância atribuída aos aspectos sociais, ambientais e de governança para desempenho de longo prazo e criação de valor de uma empresa, que passa por um processo de identificação, priorização e análise, dotada de ferramentas e metodologias variadas, de acordo com os seus proponentes (e por este motivo chamá-la de *dinâmica*), e a escolha de (ou a adesão a) determinados critérios ESG podem ser formalizadas por meio de declarações unilaterais ou ainda por meio de cláusulas contratuais específicas.

Para além disso, a questão é saber se os critérios ESG, utilizados para avaliação de ETNs, por meio da adesão voluntária (como por exemplo, a realização e divulgação relatórios) e ou pelo estabelecimento de uma cláusula específica em contrato, poderiam ser utilizados para a responsabilização dessas empresas.

### 3 NORMAS APLICÁVEIS À ATIVIDADE EMPRESARIAL TRANSNACIONAL

#### 3.1 NORMAS JURÍDICAS (NACIONAIS, INTERNACIONAIS E REGIONAIS) E SOCIAIS A PARTIR DO PARADIGMA DO ESTADO MODERNO E DO DIREITO GLOBAL

Com o fito de inquirir sobre a existência de normas que se aplicariam às atividades empresariais transnacionais e mais, especificamente em relação aos instrumentos jurídicos que adotem os critérios ESG, necessário delimitar no que consistem as normas, quem poderia criá-las e, por fim, como poderiam ser executadas ou cumpridas.

Em primeiro lugar, o debate sobre a aplicação de normas pressupõe a noção de que o Estado-nação foi essencial para estruturar o próprio sistema de produção capitalista e consolidá-lo a partir do século XVIII, por meio do direito positivo aplicado em âmbito nacional, isto é, de sistema normativo que garante, a um só tempo, o funcionamento e cumprimento das relações sob prisma contratual, assim como a organização, orientação e padronização de condutas, em especial aquelas atinentes à atividade empresarial, e que posteriormente foi aperfeiçoado pela incorporação de valores como a democracia, o pluralismo, e a prevalência dos direitos humanos (consubstanciadas no que hoje é o Estado Democrático de Direito) inclusive com a tentativa de extensão desses valores em nível global (Held, 2006).

Não há como desvencilhar o paradigma do Estado moderno (ou do Estado-nação) da noção de norma jurídica. Sem dúvida, o entendimento segundo o qual as normas jurídicas derivam ou emanam exclusivamente da autoridade estatal, que detém o monopólio coercitivo enquanto ponto distintivo do ordenamento jurídico, é um ponto caro para a ciência do Direito.

É conhecido que o mero monopólio da força não é suficiente, pois não emprega outros elementos legitimadores, como a representatividade, a oficialidade, a aceitação social. Se considerasse apenas a questão da força, até mesmo o estabelecimento de uma organização criminosa poderia suplantar o Estado e se instaurar enquanto a ordem vigente, como exemplificou Hans Kelsen (1998, p. 34):

Se esta ordem de coação é limitada no seu domínio territorial de validade a um determinado território e, dentro desse território, é por tal forma eficaz que exclui toda e qualquer outra ordem de coação, pode ela ser considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como “Estado”, mesmo quando este desenvolva externamente - segundo o Direito

internacional positivo - uma atividade criminosa. Isto mesmo se comprova pela existência dos chamados Estados de piratas, na costa do norte da África (Argel, Túnis, Trípoli), cujos barcos ameaçaram a segurança do Mediterrâneo por meio de atos de pirataria, desde o séc. XVI até o começo do séc. XIX. Estas comunidades eram qualificadas como comunidades de “piratas” ou corsários” apenas com referência ao emprego da força, contrário ao Direito internacional, contra os barcos de outros Estados. Segundo a sua ordem interna, porém, o emprego da força entre os seus membros era eficazmente proibido na medida necessária a garantir aquele mínimo de segurança coletiva que é condição de uma eficácia relativamente durável da ordem constitutiva da comunidade.

Diante desta compreensão sobre as normas, construído em torno do fundamento de centralidade do Estado, é que se justifica certa dificuldade de promover uma dissociação, a qual se reflete, por exemplo, no conceito de norma social proposto por Posner (1977, p. 365, tradução nossa<sup>74</sup>):

Por norma social entendo uma regra que não é promulgada por uma fonte oficial, como um tribunal ou corpo legislativo, e não é aplicada sob ameaça de sanções legais, mas que é cumprida regularmente (do contrário, não seria uma regra). As regras de etiqueta, incluindo as normas de vestimenta adequada e maneiras à mesa; as regras da gramática; e o direito consuetudinário em sociedades pré-políticas e associações privadas são todos exemplos de normas no meu sentido.

Posner (1997) deixa clara essa posição ao mencionar expressamente exemplos do que seriam normas sociais e, neles, incluir as normas emitidas por “associações privadas”, colocando-as ainda em oposição às normas provenientes de uma “fonte oficial” e “dotadas de sanções legais” (normas jurídicas).

Por outro lado, essas relações também podem ser consideradas a partir de um contexto específico de existência de um “Direito Global”. Neste ponto, fundamental o esclarecimento de Salem Nasser (2023, p. 39):

O “Global” que se acopla ao Direito, assim como o “Mundial”, pode indicar: i) um conjunto de normas, constituindo ou não um sistema coerente e estruturado, que cubra e se aplique a relações ou temas que sejam propriamente globais (que envolvam ou se deem em todo o globo terrestre); ii) um conjunto de normas que tenha validade ou aplicações no mundo inteiro; iii) todas as normas que existem e que, portanto, se aplicam a todas as relações possíveis e passíveis de regulação jurídica, ou ao menos normativa; iv) alguma percepção e tentativa de compreensão das interações entre normas em um mundo entregue à globalização, ou seja, à intensificação e

---

<sup>74</sup> No original: “By 'social norm' ('norm' for short) I shall mean a rule that is neither promulgated by an official source, such as a court or a legislature, nor enforced by the threat of legal sanctions, yet is regularly complied with (otherwise it wouldn't be a rule).’ The rules of etiquette, including norms of proper dress and table manners; the rules of grammar; and customary law in pre political societies and private associations are all examples of norms in my sense.”

densificação da malha de relações que atravessam as fronteiras, e das quais algumas podem ser vistas como efetivamente afetando todo o globo.

Assim, considera-se para este estudo o “Direito Global” de forma mais restrita, qual seja, no sentido de espaço onde se desenvolvem os sistemas jurídicos, isto é, de sistemas jurídicos que atuam “dentro” e “[...] fora dos confins do nacional, para além das fronteiras e do território do Estado” (Salem, 2023, p. 33) – e que não se confunde com a ideia de um sistema jurídico global unificado, normatizado e operacionalizado a partir de um único ente (seja privado ou público), de forma unidimensional e hierarquizado (como é a visão centralizadora do Estado). A partir deste Direito Global é que se torna possível identificar a existência de uma diversidade de sistemas com incidência nos âmbitos nacionais, regionais, e global, que se complementam no todo.

Essa compreensão é compartilhada por autores a partir do emprego de uma metodologia diferente, qual seja, do pluralismo jurídico<sup>75</sup>, os quais partem de uma linha de inquirição que, na atualidade, pressupõe valores democráticos como essenciais ao Direito (Wolkmer, 2015; Griffiths, 1986; Merry 1988; Santos, 2003, 1977; Bergh, 1969; Teubner, 1997, 1991). Deste modo, há a retomada dessa classificação entre normas sociais e normas jurídicas, considerando (i) a origem dessas normas (isto é, se partem ou não de uma fonte oficial, como um tribunal ou corpo legislativo) e (ii) a possibilidade de aplicação de sanções legais, para uma identificação dos fenômenos e, partir deles, a avaliação da própria viabilidade de aplicação dos regramentos.

Considera-se, portanto, como norma jurídica aquela que simultaneamente tenha (i) origem em uma fonte oficial relacionada ao Estado ou ainda de organismos internacionais públicos e seja dotada de (ii) capacidade de atribuir responsabilidades e aplicar sanções específicas – as demais normas serão tidas como normas sociais, inclusive aquelas emanadas por associações privadas, a exemplo das normas internas no âmbito das ETNs<sup>76</sup>, como exemplifica o caso das normas relativas à RSE.

Neste passo, por consectário lógico, as normas transnacionais<sup>77</sup>, que tem por objeto as relações que atravessam fronteiras do Estado-nação (inclusive, portanto, as relativas às atividades empresariais transnacionais), devem ser interpretadas como normas sociais, inclusive pela dificuldade de realizar a diferenciação precisa desses conjuntos normativos, sobretudo em relação a delimitação de responsabilidades

---

<sup>75</sup> V. seção 3.2.1 deste estudo.

<sup>76</sup> V. seção 3.3 deste estudo.

<sup>77</sup> V. seção 3.2.2 deste estudo.

jurídicas e a aplicação de sanções específicas (Nasser, 2023), mas também pela própria dificuldade em se justificar a legitimidade dos entes que participam da criação e aplicação dessas normas.

Além disso, a mera existência das normas transnacionais (ainda que fossem consideradas como jurídicas), não afastariam de imediato às normas jurídicas internacionais e nacionais emanadas pelo Estado-nação. Como explicam Fornasier e Ferreira (2015), em que pese toda a fluidez com que as ETNs operam, ainda não se poderia absolutizar a prevalência dessas normas sobre as normas emanadas pelo Estado, na medida em que as ETNs se submetem, no mínimo, a duas ordens jurídicas: uma, do país de origem<sup>78</sup>, e a outra, do país hospedeiro<sup>79</sup>, ambos dotados de soberania para aplicação de normas a partir de mecanismos do direito interno, com objetivo de regular o comportamento dessas organizações.

Neste passo, ainda considerando esse cenário global, fenômeno concomitante à formação do Estado-nação e da criação de um arcabouço normativo interno (das normas jurídicas emanadas pelo Estado, em âmbito nacional) é o desenvolvimento do próprio direito internacional (ou direito internacional público), que permitiu o nascimento, o desenvolvimento, a difusão e a universalização dos direitos humanos, que resulta em um verdadeiro “sistema internacional de proteção desses direitos” (Piovesan, 2024). Como pontua Piovesan (2024, p. 24):

Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos — do “mínimo ético irreduzível”.

Muito embora o sistema jurídico estabelecido pelo direito internacional público tenha extrema relevância na atualidade, sobretudo para reforço dos direitos humanos, o alcance normativo em relação às ETNs é limitado e pouca efetividade, sobretudo em razão do conjunto normativo ser totalmente voltado à coordenação das relações interestatais sem contar com o reconhecimento formal de ETNs na condição de sujeito de direitos e deveres internacionais<sup>80</sup>, ainda que amplamente conhecida a influência

---

<sup>78</sup> Refere-se ao local onde foram constituídas e que mantém a sua sede. Outros termos também são empregados como sinônimos, por exemplo: país sede, país de base, país de registro, nação-mãe.

<sup>79</sup> Refere-se do local onde exercem as suas atividades. Outros termos também são empregados como sinônimos, por exemplo: país receptor, local de operações, nação estrangeira, nação hospedeira.

<sup>80</sup> Neste sentido: (i) Francisco Rezek (2024, p. 3): “As partes, em todo tratado, são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público: tanto significa dizer os Estados soberanos — aos

por parte delas<sup>81</sup> e que conta com desdobramentos cada vez mais nítidos no final do século XX, por exemplo, a partir de sua participação e influência exercida em organismos internacionais, a exemplo do que se sucede no âmbito do Pacto Global estabelecido a partir de 2000<sup>82</sup>.

Não se pode ignorar que as próprias ETNs participam de forma mais direta e ativa em sistemas normativos (ainda que não jurídicos) e sem, muitas vezes, o envolvimento do Estado, e que tais sistemas (ou regimes)<sup>83</sup> são encarados, por vezes, enquanto uma tentativa de se afastar a aplicação do direito estatal (Amaral Júnior, 2015; Guerra, 2023; Rezek, 2024; Nasser, 2023, 2015), seja no âmbito do direito interno, seja no âmbito do direito internacional.

A esse respeito, como ilustra Alberto do Amaral Júnior (2015, p. 20):

O recurso à arbitragem, aos princípios gerais de direito e aos costumes mercantis nos contratos internacionais tem servido muitas vezes como meio de evitar a aplicação do direito estatal. Os códigos de conduta das empresas transnacionais e das associações econômicas internacionais acabam por se constituir em uma espécie de direito mundial, que frequentemente se choca com os vários direitos nacionais. As empresas transnacionais passam a ter o seu próprio direito, que regula as suas atividades onde quer que elas se situem.

Sobre os direitos humanos, além de ser tutelados por cada Estado (tratados pelo direito interno), estão inseridos também na lógica do Direito Internacional (a partir da adoção de declarações, tratados, convenções e outros documentos que vinculam Estados, cuja incorporação também é realizada por mecanismos jurídicos internos, em respeito à soberania de cada Estado), motivo pelo qual as diversas espécies de direitos humanos podem sofrer interpretações distintas em cada contexto ou âmbito de aplicação dessas normas (nacional, internacional e regional).

Nada obstante, entende-se, consoante Ramos (2019), que em razão da carga aspiracional universalista, os direitos humanos devem ser interpretados e aplicados

---

quais se equipara, como será visto mais tarde, a Santa Sé — e as organizações internacionais. Não têm personalidade jurídica de direito das gentes, e carecem, assim, por inteiro, de capacidade para celebrar tratados, as empresas privadas, pouco importando sua dimensão econômica e sua eventual multinacionalidade.”; (ii) Alberto do Amaral Júnior (2015, p. 49): “Somente podem celebrar tratados as pessoas jurídicas de direito internacional público, ou seja, os Estados e as organizações internacionais. As empresas privadas, mesmo as grandes corporações econômicas, não concluem tratados, ainda que venham a contratar com os Estados [...]”.

<sup>81</sup> Como reconhece, por exemplo, Sidney Guerra (2023, p. 21): “As empresas transnacionais têm relevância para o estudo do Direito Internacional Público em decorrência de seu poderio econômico, pois podem influenciar vários comportamentos a serem adotados pelos Estados.”.

<sup>82</sup> V. seção 3.3.1 deste estudo.

<sup>83</sup> V. seção 3.2.3 deste estudo.

pelo direito interno em consonância com a interpretação que lhe for atribuída pela comunidade internacional, em especial realizadas por meio de suas instituições, como os corpos legislativos internacionais e as cortes regionais e globais – ainda que se reconheça a existência de diferenças culturais, sociais e econômicas nos contextos nacionais e regionais.

Desta forma, para o presente estudo, não se faz distinção rigorosa entre as espécies de direitos humanos pois, a princípio, desde que a espécie de direito seja reconhecida internacionalmente (isto é, pela comunidade internacional de forma mais ampla, por meio de declarações, tratados, convenções e outros instrumentos análogos), deverá ter sua tutela jurídica correspondente no direito interno de cada Estado e, por consequência, também pelas pessoas (físicas e jurídicas) que realizem suas atividades econômicas com impactos locais no âmbito jurisdicional daqueles Estados.

Feitas essas considerações preliminares, verifica-se que ainda não são suficientes para compreensão das normas transnacionais. Há aspectos desse emaranhado normativo que precisam ser apurados no âmbito do Direito Global, enquanto espaço de relações transnacionais e de uma possível construção normativa, o qual apresenta alguns aspectos relevantes, no sentido de que tais normas (i) se originam num espaço normativo que é “desestatizado” – ou seja, normas podem se originar “dentro” e “fora” do Estado-nação, em razão da internacionalização, descentralização e privatização das fontes do direito –, (ii) surgem durante um período de tempo que é “desestabilizado” – isso porque podem tanto emergir fontes temporárias<sup>84</sup> para lidar com situações excepcionais, quanto novas interpretações em razão da própria natureza evolutiva do direito – e (iii) “deslegalizada” – na medida em que as próprias fontes legislativas passam a dar uma margem cada vez maior de discricionariedade à interpretação do julgador e que este também recorre aos princípios gerais de direito (Delmas-Marty, 1994).

Esse processo, pode gerar um enfraquecimento do Estado-nação, sob ponto de vista de sua soberania, na medida em que para além de sofrer pressões no contexto econômico-financeiro no âmbito internacional, ficaria internamente restrito ao

---

<sup>84</sup> Por exemplo, a adoção de “leis temporárias” para lidar com situações geradas em razão de guerra ou crise que ameace a própria sobrevivência do Estado, que permitem derrogações de direitos fundamentais, em caráter provisório, que deve ser limitado no tempo justamente como uma garantia essencial da democracia.

papel ordenador da autorregulação e à função de preservação da complexidade das diferentes racionalidades dos diversos setores e agentes de mercado por meio da indução de processos de mútuo entendimento entre eles que, a partir da progressiva redução de suas instituições jurídicas (para conferir maior agilidade, flexibilidade, e menor intervenção) permite um compartilhamento da titularidade de iniciativa legislativa a diferentes atores (Faria, 2002).

Essa redução do Estado não é absoluta – e, nem poderia ser, uma vez que é o Estado que garante as próprias relações econômicas (como, por exemplo, as próprias relações contratuais entre entes privados), inclusive em situações excepcionais, como foi o caso da pandemia do Covid-19, mas força a reflexão sobre a insuficiência da compreensão a respeito da tradicional hierarquia normativa. Isso porque o sistema jurídico é plural, interativo, combinatório, evolutivo, na medida em que construído a partir de interações que se baseiam em lógicas não padronizadas, como a lógica do comércio internacional (Delmas-Marty, 2020).

Desta forma, a partir do século XX, há a emergência de um novo panorama, que exige do interprete uma noção um conjunto de princípios jurídicos compartilhados que possam guiar a legislação e a aplicação da lei em nível global. Nesse sentido, Delmas-Marty (1994; 2006) argumenta que, em um mundo cada vez mais interconectado, em que se poderia interpretar pela concorrência ou sobreposição de sistemas, é essencial encontrar maneiras de superar as diferenças entre os sistemas legais nacionais e promover uma maior cooperação internacional.

Delmas-Marty (2006) lança a hipótese do pluralismo ordenado, isto é, de conciliação entre a universalidade dos direitos humanos e a diversidade cultural e jurídica, oriunda dos níveis regional e nacional, no sentido de que cada local desenvolve seus próprios sistemas normativos e valores, mas que devem ser guiados por princípios universais incorporados pelos Direitos Humanos. Para essa finalidade, a autora propõe a construção de um Direito Comum, composto por mecanismos diversos – princípios universais de Direitos Humanos, normas internacionais e a jurisprudência comparada desenvolvida pelos tribunais nos diversos níveis, a partir de uma experiência concreta, de intercâmbio entre as cortes nacionais e comunitárias (ou regionais), considerando como modelo a comunidade europeia e seus integrantes.

Nesse sentido, explica a Delmas-Marty (2020) que há necessidade de uma “inter-nacionalização” da soberania, à medida que as leis nacionais incorporam disposições internacionais. Por exemplo, quando, em questões ambientais, as leis

nacionais são interpretadas a partir dos compromissos internacionais assumidos por cada Estado ou, ainda, de forma mais ampla, quando a interpretação é realizada diretamente em relação aos mecanismos internacionais implementados, ao mesmo tempo em que a internacionalização leva juízes nacionais a se tornarem juízes comunitários (no caso concreto, juízes europeus, a exemplo dos juízes da Corte Europeia de Direitos Humanos e, em certos casos, globais, como a Corte Internacional de Justiça, no âmbito da ONU), quando aplicam diretamente as normas internacionais nas cortes regionais ou locais.

A ideia de Delmas-Marty (2020) é imbuída da noção de governança da globalização por meio do direito, isto é, de que há possibilidade de construção de um modelo de Estado de Direito influenciado e reforçado por essas interações e experiências sem que haja, no entanto, um Estado mundial, de modo que haveria uma reconciliação entre as noções de soberania e do universalismo, por meio de uma “bricolagem jurídica”.

Por este prisma, não se trata mais de escolher entre os dois, e nem de realizar uma perfeita harmonização entre as opções normativas, mas de combiná-los para reconciliá-los, de tal modo que não se excluam em definitivo as comunidades nacionais, com o objetivo de responsabilização dos principais atores sociais (Estados e ETNs), e sim que se relegue à comunidade global ao menos a definição de objetivos comuns e a formatação das responsabilidades resultantes.

Sem dúvida, há diversas críticas possíveis a essa linha de pensamento.

Uma das principais críticas é em relação à vagueza e abstração de conceitos que, a rigor, dependem, para sua operacionalização, da interpretação casuística, isto é, está calcada em uma possível experiência concreta desses tribunais, o que torna suscetível a toda sorte de interpretações, que podem ora alargar a compreensão sobre determinado tema, ora restringir, dependendo inclusive da consciência dos juízes envolvidos e da composição dos tribunais.

Além disso, outro ponto relevante é o próprio argumento referente ao direito aplicado por regramentos regionais ser suscetível às instabilidades políticas e incertezas institucionais, a exemplo do que ocorre com o *Brexit*, a saída do Reino Unido da União Europeia foi formalizada em 31 de janeiro de 2020, e da crise da dívida soberana (ou “crise do Euro”), ocorrida entre os anos de 2009 e 2012.

De todo modo, é preciso especificar qual seria o processo decisório das ETNS, que influencia também na própria criação e cumprimento de normas, na medida em

que, ao não poderem ser tomadas em estágios sucessivos e separadamente, ampliam seus sistemas internos organizacionais (por meio da adoção de métodos, manuais de produção, regulamentos disciplinares e contratos padronizados com alcance global, em paralelo ao ordenamento jurídico do Estado-nação e também do direito internacional), conjugado ainda com as regras de associações técnicas e de organismos multilaterais, gozando de grande flexibilidade para viabilização do processo decisório empresarial, ainda que, segundo a visão do autor, isso resulte no progressivo enfraquecimento do Estado-nação mencionado anteriormente, pois neste processo o Estado é forçado a compartilhar sua titularidade no campo da normatividade, sofrendo pressões políticas internas e externas, em sua função de fiscalização da autorregulação do setor privado (Faria, 2002).

Nesta esteira de ideias, José Eduardo Faria (2002) sugere a seguinte classificação de normas: (i) *normas de direito positivo*, nacionais e internacionais produzidas pelo Estado-nação; (ii) *normas técnicas*, para atendimento de padrões mínimos de qualidade e segurança de bens e serviços, veiculadas por instituições e pelos órgãos técnico-normativos<sup>85</sup>; (iii) *normas de conglomerados transnacionais*; (iv) *normas de organismos multilaterais*: buscam promover harmonização e unificação por meio do processo de *standardization and conformance* (que, como ressaltado pelo autor, não é um processo propriamente novo, à medida em que existe desde 1893, a partir das conferências internacionais de Direito Privado em Haia).

Desta forma, em contribuição à possibilidade de existência de uma compreensão que abarque também as normas transnacionais (como visto, por exemplo, a partir da classificação de José Eduardo Faria), é que o estudo de Marcelo Neves (2008) se torna relevante, pois reconhece a existência de uma realidade “multicêntrica” e da autonomia das mais diversas esferas (comunicação, política, econômica), mas não retira a centralidade normativa no modelo de Estado-nação, que lhe é essencial. Como indica 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,

---

<sup>85</sup> José Eduardo Faria (2002) menciona as seguintes associações a título de 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.

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.

Por fim, o que se verifica é que há um verdadeiro emaranhamento normativo, bastante complexo e com intensidades diferenciadas, na arena transnacional do “Direito Global”, que contempla tanto as normas nacionais, internacionais, regionais (enquanto normas jurídicas, inclusive aquelas relativas aos Direitos Humanos, quanto as normas transnacionais (enquanto normas sociais, inclusive aquelas emanadas pelas ETNs).

## 3.2 NORMAS SOCIAIS TRANSNACIONAIS

### 3.2.1 Justificativa metodológica para normas transnacionais: o pluralismo jurídico

Diante das considerações da seção anterior, aduz-se a existência de um grande desafio no sentido de compreender, em primeiro lugar, se seriam mutuamente excludentes a diversidade de sistemas normativos aplicáveis à atividade das ETNs e, em seguida, o como os critérios ESG se enquadrariam diante dessa perspectiva, no contexto do “Direito Global”<sup>86</sup>.

A par da tentativa de padronização normativa a partir do eixo referencial do Estado-nação, é que, para compreensão da realidade jurídica contemporânea, se torna relevante a questão sobre a existência de um sistema jurídico unitário, no qual a norma jurídica é possivelmente emanada por um único ente (por exemplo, o Estado), ou ainda se existiria (i) uma coexistência de diversos sistemas jurídicos com incidência em um mesmo âmbito e (ii) a possibilidade de criação dessas normas jurídicas por entes distintos em relação ao Estado.

Sobre as consequências da adoção dessa linha de inquirição, Sally Engle Merry (1988) constata ao menos cinco implicações: (i) o pluralismo jurídico se afasta da

---

<sup>86</sup> V. seção 3.1 deste estudo.

ideologia do centralismo jurídico para dar atenção a outras formas de ordenamento e a sua interação com o direito estatal, destacando a competição, o embate e até mesmo as contradições entre as ordens jurídicas para além do Estado e suas relações constitutivas com o direito estatal; (ii) a adoção do pluralismo jurídico implicaria no necessário afastamento da busca de definições essenciais sobre Direito e na adoção de uma perspectiva histórica e contextual, visto que as ordens normativas plurais se desenvolvem ao longo do tempo, por meio da dialética, entre os sistemas jurídicos que se constituem e se reconstituem reciprocamente<sup>87</sup>; (iii) a análise de situações como juridicamente plurais leva a um exame da natureza cultural e ideológica do direito e também dos sistemas de ordenação originárias, isto é, em vez de se concentrar em regras específicas aplicáveis em situações de disputa, examinam-se as formas com as quais os grupos sociais concebem a ordenação, as relações sociais e determinam os conceitos de verdade e justiça; (iv) retira o foco exclusivo em situações de litígio para a análise da ordenação em situações não litigiosas; e, por fim, (iv) a análise dialética das relações entre ordens normativas fornece um quadro para a compreensão da dinâmica da imposição do direito e da resistência ao direito, com a finalidade de examinar a relação interativa entre grupos ou classes dominantes e as subordinada, com possibilidade de identificação dos possíveis limites dessa dominação<sup>88</sup> – este último ponto (sobre as relações de imposição do direito e da resistência ao direito) é também a linha de inquirição apresentada por Antonio Wolkmer (2015) e Boaventura de Sousa Santos (2003; 1977).

Assim, para muito além de um problema de fontes do direito ou de conflito aparente de normas, há um verdadeiro debate sobre legitimidade a partir de uma linha de inquirição que, na atualidade, pressupõe valores democráticos como essenciais ao Direito (Wolkmer, 2015; Griffiths, 1986; Merry 1988; Santos, 2003, 1977; Bergh, 1969; Teubner, 1997, 1991), pois, como especifica Govaert van den Bergh (1969, p. 338, tradução nossa<sup>89</sup>):

---

<sup>87</sup> Como sugere Merry (1988), a título de ilustração, as ordens normativas plurais, uma vez criadas, podem persistir com tenacidade justificando-se por apelos à tradição, ou podem ser radicalmente reformadas na disputa entre ordens opostas, a partir do processo exemplificado pela criação do direito consuetudinário no processo colonial sociedades.

<sup>88</sup> Este último ponto (sobre as relações de imposição do direito e da resistência ao direito) é também a linha de perquirição apresentada por Antonio Wolkmer (2015) e Boaventura de Sousa Santos (2003; 1977).

<sup>89</sup> No original: "Legal pluralism means that within a single society different legal systems are in force at the same time. Pluralism is not just another word for conflict of laws; this is the dogmatic problem faced by lawyers who, when confronted with conflicting provisions, try to find an answer to the question as to which of them is to prevail. Pluralism is a word borrowed from social sciences and so the attitude it

Pluralismo significa que, dentro de uma única sociedade, diferentes sistemas jurídicos vigoram simultaneamente. O pluralismo não é apenas mais um conflito de leis; este é o problema dogmático enfrentado por advogados que, quando confrontados com disposições contraditórias, tentam encontrar uma resposta à pergunta sobre qual deles prevalecerá. Pluralismo é uma palavra emprestada das ciências sociais e, portanto, a atitude que representa é bem diferente. A questão não é: qual é a lei quando se aplicam disposições diferentes, mas como podem existir sistemas jurídicos diferentes, lado a lado, e como eles interagem, influenciam uns aos outros, assimilam uns aos outros ou não, conforme o caso.

O debate sobre essa temática certamente não é novo, embora os desdobramentos dos questionamentos essenciais permaneçam atuais e relevantes. Eugen Erlich (1986), na década de 1913, e Santi Romano (1962), na década de 1918, já haviam publicado seus respectivos estudos que se debruçavam sobre a questão.

Eugen Erlich (1986) já defendia a concepção de que o direito não seria apenas um conjunto de normas jurídicas positivadas pelo Estado, na medida em que existia um “direito vivo”, isto é, um conjunto normativo que incluía normas sociais efetivamente aplicados na sociedade, orientados por fatores como a religião, a cultura e o costume, de modo que existiriam sistemas jurídicos coexistentes em uma mesma sociedade.

Importante notar que Santi Romano (1962) e Eugen Erlich (1986) identificavam a possibilidade de coexistência de sistemas, a partir da constatação de existência e aplicação de sistemas jurídicos para além do estatal, indicando como exemplos o sistema de direito eclesiástico e o sistema de direito internacional, que se relacionam e interagem reciprocamente.

Estimulado por essa compreensão, é que John Griffiths (1986) aponta que há uma ideologia do centralismo jurídico que travancou o desenvolvimento do estudo sobre a existência de sistemas jurídicos distintos em um mesmo contexto social. Segundo Griffiths (1986), a ideia de que o direito deve ser determinado exclusivamente pelo Estado, de maneira uniforme para todas as pessoas, e administrado por uma única gama de instituições reguladas pelo Estado, de tal modo que qualquer outra forma de regulação social (por exemplo, igreja, família, associações e organizações econômicas) esteja subordinada ao direito e às

---

represents is quite different. The question is not, what is the law when different provisions apply, but how can different legal systems exist side by side, how do they interact, influence each other, assimilate to each other or not, as the case may be.”.

instituições do Estado, enquanto unidade fundamental da organização política, não corresponde à realidade social.

Para Griffiths (1986,) o pluralismo jurídico é simultâneo ao pluralismo social, de modo que a heterogeneidade normativa se desenvolve sempre num contexto de múltiplos e sobrepostos campos sociais semiautônomos, de modo que uma situação de pluralismo jurídico seria aquela em que o direito e as instituições jurídicas não se subsumam a um único sistema, mas tem suas origens nas atividades autorregulatórias de todos os diversos campos sociais presentes, atividades que podem complementar-se ou não mutuamente, de modo que o direito dali resultante se consubstancia em padrões complexos e geralmente imprevisíveis na prática de competição, interação, negociação, isolacionismo e outros.

Outra senda de pensamento, que não se confunde com a proposta por Santos (2003;1977) e Wolkmer (2015) é a apresentada por Sally Engle Merry (1988), no sentido de que o direito não é simplesmente um conjunto de regras que exercem um poder coercitivo, mas um sistema de pensamento por meio do qual certas formas de relações passam a ser naturais e tidas por garantidas, modos de pensamento que estão inscritos em instituições que exercem alguma coerção em apoio das suas categorias e teorias de explicação.

Por outro lado, a questão também poderia ser identificada a partir do direito consuetudinário, originada desde as relações entre o império romano e o direito dos povos incorporados por regimes colonialistas (Bergh, 1969) ou ainda de relações extraoficiais no contexto da “marginalização social”, como apontado Boaventura de Sousa Santos (2003; 1977), ao observar a existência de um “direito extraoficial”, por exemplo, nas comunidades locais do Rio de Janeiro na década de 1970 (Santos, 1977) ainda, o direito estabelecido por empresas, bancos internacionais e associações internacionais, a partir da criação de um espaço jurídico transnacional, com legalidade supranacional, e que apesar de se distanciar daquele primeiro, também deve ser reconhecida sua existência e “oficialidade” pois, como pontua Santos (2003, p. 234, tradução nossa<sup>90</sup>): [...] ele cria diferentes formas de imunidade, seja em relação ao direito nacional estatal, seja em relação ao direito internacional público. Nesse sentido, ele constitui sua própria oficialidade (Farjat, 1982:47)”.

---

<sup>90</sup> No original: “Tampoco tiene sentido considerar este nuevo derecho mundial como no oficial, una vez que el crea diferentes formas de inmunidad, sea en relación al derecho nacional estatal, sea en relación al derecho internacional público y, en este sentido, constituye su propia oficialidad (Farjat, 1982: 47)”.

Como explica Santos (2003), há uma tensão crescente entre o direito geocêntrico dos Estados-nação e o um novo direito egocêntrico dos agentes econômicos transnacionais, visto que as ETNs e associações econômicas internacionais constituem um direito próprio que regula seus negócios independente de onde ocorram e das leis nacionais em vigor, inclusive porque muitas das relações contratuais são impostas a partir de modelos replicados globalmente, de acordo com interesses do setor empresarial e bancário, que é reforçado por meio códigos de conduta das associações econômicas ou profissionais internacionais.

De todo modo, ainda que se considere esse posicionamento de Boaventura de Sousa Santos, importante o alerta de Antonio Wolkmer (2015) no sentido de que a questão sobre o pluralismo jurídico, por ser animada por questões culturais, inclinações políticas, sociais subjacentes, evidentemente são orientadas de acordo com o intérprete, o que, por si, refuta qualquer forma universal e absoluta que arrogue para si a primazia da verdade.

Feita essa ressalva, a questão também poderá assumir uma outra feição, esta não sob prisma das relações que estão “a margem da sociedade” ou das relações coloniais, mas a partir de uma análise mais ampla, isto é, dos diversos setores que integram a sociedade (e que não exclui, portanto, o próprio setor empresarial) e que também cria uma gama normativa variada e altamente especializada, no contexto da economia global e das relações transnacionais nele desenvolvidas, para além do regramento jurídico estabelecido pelo Estado-nação.

Neste sentido, como explica Teubner (1997), as novas teorias sobre o pluralismo jurídico se afastaram das situações coloniais e agora se concentram na inter-relação entre o direito do Estado-nação e as diversas leis de comunidades étnicas, culturais e religiosas, mas que, no contexto do novo direito global, não extrai sua força do direito das comunidades étnicas (como seria o caso do “direito vivo” ou ainda do “direito das minorias”). Sugere, Teubner (1997), que as teorias do pluralismo jurídico terão que reformular seus conceitos centrais, retirando o foco de grupos e comunidades para discursos e redes de comunicação, na medida em que a própria fonte social do direito global não é o mundo da vida das redes pessoais globalizadas, mas o protodireito de redes especializadas, organizacionais e funcionais que formam uma identidade global.

Assim, o aspecto que interessa verificar é se há, ao menos em tese, a possibilidade de existência de um direito transnacional – e que, portanto, só poderiam

ser consideradas se, em primeiro lugar, assumir-se a existência de múltiplos ordenamentos que (co)existem e são aplicáveis em um mesmo contexto social, considerado no espaço e tempo, conforme delineado nesta seção.

### 3.2.2 Direito Transnacional

Sobre a possibilidade de autonomia do Direito Transnacional, Calliess e Zumbansen (2010) apontam que o grande desafio é criar uma estrutura teórica que explique e estabeleça instrumentos para descrever, acessar e desenvolver esses regimes de formação de direito oriundos de diferenças em um mesmo contexto de arena transnacional. Diante desse desafio, o primeiro passo (e não menos difícil, do ponto de vista teórico) é definir o que seria o *Direito Transnacional*.

Na década de 1950, Phillip Jessup (1956), em um pioneiro estudo apontou para a insuficiência de se considerar apenas o direito internacional ou o direito nacional, motivo pelo qual englobou ambos neste novo conceito. Para Jessup (1956, p. 2, tradução nossa<sup>91</sup>) “[...]o termo ‘direito transnacional’ inclui todos os direitos que regulam ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito público internacional quanto o direito privado internacional estão incluídos, assim como outras regras que não se enquadrem nessas categorias”.

De certo que o autor não chegou a abordar o tema enquanto estrutura teórica para futuros desdobramentos, além do que a própria noção é demasiado ampla, justamente por não especificar quais seriam essas “outras regras que não se enquadrem nessas categorias”.

De todo modo, a partir desse estudo, Roger Cotterrell (2012) aponta, no mínimo, três indagações relevantes sobre o objeto do *Direito Transnacional*: (i) se o Direito Transnacional se baseia fundamentalmente no direito do Estado-nação e no direito internacional (que também é apoiado e reconhecido a partir da soberania dos Estados), ouse implica uma nova relação entre direito e Estado, por meio da qual algumas fontes de direito existem inteiramente fora do âmbito da autoridade estatal?; (ii) se o Direito Transnacional regula especificamente as relações transnacionais entre

---

<sup>91</sup> No original: “My choice of terminology will no doubt be equally unsatisfactory to others. Nevertheless I shall use, instead of ‘international law,’ the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are others rules which do not wholly fit into such standard categories”.

indivíduos, empresas e associações na sociedade civil, ou, na esteira do pensamento de Jessup, também poderia abranger aquelas que envolvam entes estatais? Isto é, se o Direito Transnacional estaria restrito ao direito privado (no caso, a um Direito Privado Transnacional) ou não; (iii) se o Direito Transnacional estaria construindo um novo regime (ou regimes) de direito substantivo que coexistem com o direito estatal ou se seria um direito processual ou coordenador, servindo como liame para os regimes estatais e outros regimes jurídicos não estatais considerados todos em uma rede transnacional.

Uma compreensão possível é apontada por Robert Wai (2005; 2008), ao indicar que a função do Direito Transnacional (e mais especificamente do Direito Privado Transnacional) seria não apenas como facilitador de transações, mas também como meio para proporcionar a compensação por danos e a regulação social da conduta transnacional, inclusive por meio litigioso. Como explica Wai (2008), as vias para litígio são importantes no contexto transnacional devido às lacunas regulatórias e de governança que existem em uma sociedade global de modo que se torna possível inclusive trazê-las a tribunais locais para que se possa oportunizar a retribuição e compensação, apresentação de argumentos, divulgação de más condutas e, de modo geral, expor a conduta de atores privados envolvidos em atividades transnacionais.

Para Wai (2008), o Direito Privado Transnacional, enquanto regime de governança no âmbito da sociedade mundial, forneceria um modelo para a compreensão das interações entre sistemas normativos estatais e não estatais, de forma mais geral, em um mundo de pluralismo jurídico global. Nesse sentido, o Direito Privado Transnacional desempenharia um papel significativo nos negócios globais, seja facilitando transações comerciais internacionais ou por meio da regulação dessas transações a partir de litígios privados transnacionais ou por *standards* internacionais incorporados em contratos internacionais privados. Desta forma, o direito privado transnacional:

[...]exemplifica o conceito de interlegalidade descrito por Boaventura de Sousa Santos como os “diferentes espaços jurídicos sobrepostos, interpenetrados e misturados em nossas mentes, tanto quanto em nossas ações, seja em ocasiões de saltos qualitativos ou crises abrangentes em nossas trajetórias de vida, ou na rotina monótona da vida cotidiana sem eventos”.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> No original: “In this respect, transnational private law exemplifies the concept of interlegality described by Boaventura de Sousa Santos as the ‘different legal spaces superimposed, interpenetrated and mixed

Essa fluidez e flexibilidade atribuídas ao Direito Privado Transnacional ou ainda à uma Regulação Privada Transnacional também é defendida por outros autores, como Colin, Cafaggi, Senden (2011). Explicam Colin, Cafaggi, Senden (2011) que há uma distinção entre Direito Privado e o poder de estabelecer normas privadas, pois Direito Privado é um conjunto de leis produzidas publicamente (principalmente pelo Estado), incluindo disposições obrigatórias e facultativas, que atores privados individuais ou coletivos podem especificar e modificar, quando as regras são facultativas, enquanto a segunda se refere à possibilidade de produção de regras por atores privados, tanto em áreas onde há leis permissivas quanto naquelas onde a legislação pública ainda não surgiu (ou não pode surgir) devido às limitações constitucionais.

Se por um lado Calliess e Zumbansen (2010) pendem para uma solução privatista de aplicação das normas jurídicas transnacionais, também há quem defenda a unificação por meio do direito público, como por exemplo Gregory Shaffer (2012, p. 235, tradução nossa<sup>93</sup>):

Portanto, definimos o conceito de Direito Transnacional como Construção e Fluxo Transnacional de Normas Jurídicas, para fins heurísticos, como o direito em que atores transnacionais, sejam eles instituições ou redes de atores públicos ou privados, desempenham um papel na construção e difusão de normas jurídicas, mesmo que a norma jurídica seja em grande parte retirada de um modelo jurídico nacional, como um Estado poderoso como os Estados Unidos.

Outra compreensão é de Terence C. Halliday (2016), que aponta para a existência de ordens jurídicas transnacionais. Para Halliday (2016) possível identificar os seguintes aspectos: (i) o direito pode ser transnacional, na medida em que produz ordem por meio de instrumentos que transcendem o Estado-nação. Além do Estado, pode variar muito em escopo e combinação, de relações bilaterais a relações multilaterais (no contexto nacional ou regional), a ordens jurídicas regionais, a ordens jurídicas internacionais e globais; (ii) uma ordem legal transnacional é jurídica na

---

in our minds, as much as in our actions, either on occasions of qualitative leaps or sweeping crises in our life trajectories, or in the dull routine of eventless everyday life.”.

<sup>93</sup> No original: “We thus define the concept of Transnational Law as Transnational Construction and Flow of Legal Norms, for heuristic purposes, as *law in which transnational actors, be they institutions or networks of public or private actors, play a role in constructing and diffusing legal norms, even if the legal norm is taken in large part from a national legal model, such as a powerful state like the United States.*”.

medida em que possua ao menos um desses requisitos: (ii.1) suas normas ordenadoras procedem de instituições produtoras de direito; e ou (ii.2) as próprias normas estão em forma jurídica e, portanto, carregam a autoridade retórica da norma jurídica; e ou (ii.3) as normas são dirigidas a instituições jurídicas dentro do Estado, em âmbito nacional ou local. No nível transnacional, essas normas incluem variedades de *hard law* (por exemplo, tratados multilaterais) e *soft law* (por exemplo, leis modelo, guias legislativos, padrões, melhores práticas, princípios, etc.). No nível nacional, elas incluem estatutos, regulamentos, decisões judiciais e padrões não estatais codificados. No nível local, podem incluir ordenanças municipais, leis estaduais, contratos padronizados e boletins informativos de aconselhamento ao cliente. E, por fim, (iii), uma ordem jurídica transnacional traz ordem na medida em que produz normas que visam proporcionar uma regularidade e previsibilidade dos comportamentos que se expressam em padrões discerníveis.

Assim, por definição de Halliday (2016), uma ordem jurídica transnacional cria ordem jurídica simultaneamente dentro e além do Estado e que, de forma sistemática, envolverá simultaneamente a concordância de normas jurídicas: (i) além do Estado, seja multilateralmente, regionalmente ou globalmente; (ii) pelo Estado, em suas instituições legislativas nacionais; e (iii) localmente, nos Estados dentro de federações ou governos locais, como municípios.

Basicamente, identifica-se tanto a defesa da autonomia de um Direito Transnacional considerada sem uma divisão específica entre direito privado e direito público, por parte de Phillip Jessup (1956), Roger Cotterrell (2012), e Terence C. Halliday (2016), quanto especificamente de um Direito Transnacional Privado (Calliess; Zumbansen, 2010; Robert Wai, 2005, 2008) ou ainda de uma Regulação Privada Transnacional (Colin, Cafaggi, Senden, 2011) a partir da compreensão sobre o pluralismo jurídico.

### **3.2.3 Regulação Privada Transnacional**

Para além do entrelaçamento das normas jurídicas emanadas pelo Estado (em âmbito nacional, internacional e regional), e das normas sociais de modo geral, há necessidade de especial atenção para a possibilidade de complementariedade e reforço recíproco de normas de diferentes sistemas normativos (ainda que sob o prisma da distinção entre normas jurídicas e sociais).

Ao se assumir que existe a disciplina autônoma relativa ao Direito Transnacional<sup>94</sup>, impulsionado também pelo vácuo normativo aparente existente em diversas situações em que há atividade empresarial transnacional, é que surgem também novos modelos de regulação, os quais, ainda que questionáveis sob ponto de vista da legitimidade e efetividade, sobretudo em razão da possível transferência de poderes e da autoridade do Estado para entes privados em nível de atuação que vai para além do próprio Estado, quando confrontado com o tradicional direito constitucional.

Neste passo, o conceito de Regulação Privada Transnacional<sup>95</sup> (no sentido de que seus efeitos atravessam fronteiras, mas sem necessariamente serem constituídas pela cooperação entre Estados, por meio de tratados ou convenções), surge como forma de absorção da ideia de “regimes de governança” que assumem a forma de coalizões de atores privados ou não estatais (que incluem tanto organizações da sociedade civil, como organizações sem fins lucrativos e empresas) que codificam, monitoram e, em alguns casos, certificam a conformidade de empresas com padrões de responsabilidade trabalhista, ambiental e de direitos humanos, e também seguem *standards* em áreas de estudo distintas do direito, como contabilidade e finanças, os quais não estão atrelados a algum tratado de direito internacional específico ou organismo internacional de direito público (Colin, Cafaggi, Senden, 2011).

Sobre o tema, digno de nota a classificação apresentada por Gustavo Binenbojm (2015), no sentido de que o direito tem buscado conciliar as formas privadas de autorregulação<sup>96</sup> e as exigências de participação, transparência e *accountability* (no âmbito político) de modo que existe uma tendência de composição mista entre as normas não estatais (de autorregulação) e as normas estatais, de modo a emergir novos arranjos regulatórios, como a *corregulação*<sup>97</sup> e autorregulação

---

<sup>94</sup> V. seção 3.2.2 deste estudo.

<sup>95</sup> No original: “Transnational Private Regulation”.

<sup>96</sup> Entende-se por autorregulação o sentido empregado por Gustavo Binenbojm (2015, p. 301), que consiste “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.”.

<sup>97</sup> Para Binenbojm (2015) a *corregulação* é um modelo regulatório fundado na divisão de tarefas e responsabilidades entre o Estado, agentes regulados e partes interessadas, que se dá formalmente, por meio da delegação de tarefas pelo Poder Público. Neste passo, agentes privados poderiam desenvolver seus próprios arranjos normativos específicos a partir de normas gerais do Estado, este último 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, a expedição de uma licença administrativa.

regulada<sup>98</sup>, enquanto práticas que favorecem a elaboração de normas consentidas, em um “processo de autovinculação” (Binenbojm, 2015, p. 302).

No entanto, como já alertava Wai (2004), o consenso não é a única forma assumida no âmbito da Regulação Privada Transnacional, na medida em que também deve ser considerado o papel do Estado, ainda que indireto, nas ordenações privadas pois, oferece um conjunto de normas e processos de base que podem ser utilizados pelas partes privadas para ajuizar ações umas contra as outras. Na prática, o Estado tem um papel necessário nesse sistema plural, mas abre mão da regulação dominante de "comando e controle" e atua, em vez disso, como uma espécie de facilitador indireto.

Os efeitos advindos destes processos de autovinculação, a princípio, se aplicam apenas em relação às partes integrantes (por exemplo, se relativas ao direito privado, nas relações contratuais específicas realizadas pelos atores envolvidos). No entanto, há situações em que os efeitos podem ser gerais ou *ultra partes*, de modo que necessário distinguir, entre o reconhecimento judicial e o reconhecimento legislativo. Esse efeito geral, vale notar, não transforma a regulação privada em normas públicas, mas exige requisitos processuais e substantivos para cumprir os princípios do Estado de direito e da Democracia (Cafaggi, 2011).

Em paralelo a esse movimento de privatização de normas, atualmente, tem-se promovido o debate acerca do desenvolvimento do *Due Diligence* em Direitos Humanos (DDHR), como tentativa de conciliação entre a regulação do setor privado (em especial quando promovido por empresas), que estimula o envolvimento de outros atores sociais (como, por exemplo ONGs e até mesmo entidades relacionadas a voltado para o endereçamento de violações a Direitos Humanos perpetrados por ETNs<sup>99</sup>.

Nesse ponto, o potencial de pressão de mercado oriundo desses regimes regulatórios privados poderia caminhar no mesmo sentido que a pressão já exercida por entidades sem fins lucrativos ao promover o monitoramento da atividade

---

<sup>98</sup> Segundo Binenbojm (2015): a *autorregulação regulada* seria um conjunto de arranjos ordenados predominantemente por entidades privadas, com variações entre si quanto à forma, momento e intensidade em que se perfaz o controle ou a supervisão estatal, com repartição de responsabilidades entre o Estado e o regulador privado. Neste sentido, a cooperativa dos particulares pode resultar de um ato de delegação prévia do Estado ou de um reconhecimento (ou validação) *a posteriori*, quando as normas dali oriundas adquirem oficialidade.

<sup>99</sup> V. seção 4.3 deste estudo.

empresarial transnacional, visto que os mecanismos de rotulagem que afetam a reputação da empresa podem ser usados como ferramentas competitivas.

Entretanto, importante enfatizar que essa não é a única forma de pressão. Como apontam Colin, Cafaggi, Senden (2011), quando a pressão do consumidor estiver ausente, haverá ainda a possibilidade investidores podem exercer um certo grau de supervisão sobre as práticas da empresa por meio de decisões de investimento em geral e negociação com as companhias através de associações de investidores, uma tendência crescente, por exemplo, na área de proteção ambiental – e, nesse contexto, é que se inserem, por exemplo, os critérios ESG apresentados.

De forma que, o que se entende pela possibilidade de complementariedade dessas normas (ainda que consideradas enquanto normas sociais e não propriamente jurídicas) em relação às normas emanadas pelos Estados (no âmbito do direito interno e também internacional), de sorte que estariam condicionadas sobretudo ao respeito aos Direitos Humanos.

### 3.3 NORMAS SOCIAIS E A TRANSIÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS (DHE) EM NÍVEL GLOBAL

#### 3.3.1 Normas de RSE/IS e a transição para os DHE

Em relação às fontes normativas da RSE, Bantekas (2004) indica que podem ser: (i) *instrumentos internacionais públicos*, que seriam promovidos por organismos como a OCDE, OIT, ONU (especialmente por meio de seus órgãos subsidiários) e Comunidade Europeia, a exemplo das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais<sup>100</sup>, da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, do Pacto Global, e do Livro Verde da Comissão Europeia; (ii) *Diretrizes de ONGs*, que podem fornecer um conjunto de orientações sobre a condução de negócios, incluindo ou não a exigência de relatórios para divulgação das práticas adotadas (*reporting standards*), como, por exemplo da *Responsabilidade Social 8000*<sup>101</sup>, os Princípios Globais de Sullivan, e os Princípios de Negócios da *Caux Round Table*, ou ainda uma estrutura para avaliação do desempenho a partir de indicadores

---

<sup>100</sup> Iniciado em 1976, com atualizações periódicas. A última atualização foi publicada em outubro de 2023. Contém recomendações sobre temas como Direitos Humanos, trabalho e relações trabalhistas, meio ambiente, suborno, relações de consumo, direito da concorrência, tributação, ciência e tecnologia.

<sup>101</sup> Criada pela CEPAA (*Council on Economic Priorities Accreditation Agency*).

(*self-performance standards*), que por sua vez podem adotar tanto um padrão para fornecimento de informações a investidores socialmente responsáveis, por exemplo, os *Princípios para a Responsabilidade Corporativa Global: Benchmarks para medir o desempenho empresarial*<sup>102</sup> e a *Global Reporting Initiative (GRI)*<sup>103</sup>; (iii) *Códigos de Conduta*, que são declarações de políticas e padrões éticos de conduta aos quais uma empresa adere, que podem assumir a feição de declaração de política geral, ou ainda a mera previsão de cláusulas de conteúdo ético em contratos com fornecedores, agentes de compra, contratados, etc; (iv) regulações por meio do direito interno<sup>104</sup>, como por exemplo o como a *Sarbanes-Oxley Act*, lei norte-americana de 2002 que exige a divulgação e cumprimento dos códigos de ética<sup>105</sup>, e o *Nouvelles Regulations Economiques (NRE)*, conjunto de leis francesa de 2001, que previa obrigações de divulgação de *reports* às empresas.

Na ótica de Peter Muchlinski (2021), a abordagem sobre DHE passou por ao menos três períodos, a saber: (i) o período de resistência defensiva das empresas aos direitos humanos (nas décadas de 1970 e 1980), a partir das primeiras tentativas internacionais de codificação da RSE, contexto no qual durante as negociações do esboço do Código da ONU, no âmbito do Grupos de Trabalho Intergovernamental os representantes empresariais se concentraram, acima de tudo, em garantir que nenhuma norma juridicamente vinculativa surgisse - o único documento que previu o respeito das empresas pelos direitos humanos foi o esboço do Código de Conduta (as Diretrizes da OCDE somente vieram a incluir tal disposição após a revisão de 2011, e a Declaração Tripartite da OIT originalmente cobria apenas relações trabalhistas, até a revisão de 2017, que incluiu a previsão da *due diligence* em direitos humanos (DDDH), seguido da revolução na política econômica global rumo "neoliberalismo"

---

<sup>102</sup> Resultado da Conferência de Hengrave de 1999, organizada pelas ONGs *Ecumenical Council for Corporate Responsibility of the United Kingdom (ECCR)*, *Interfaith Center on Corporate Responsibility of USA (ICCR)* e a *Taskforce on the Churches and Corporate Responsibility of Canada (TCCR ou KAIROS-Canada)*.

<sup>103</sup> Como, por exemplo, referenciado na seção 2.4.3 deste estudo.

<sup>104</sup> Direito interno, no sentido de que estabelecem as relações entre o sistema nacional e o Direito Internacional, indicado por Salem (2023).

<sup>105</sup> Dentre outras exigências, também podem ser mencionadas as seguintes: (i) os diretores de empresas norte-americanas que realizam relatórios devem certificar que os relatórios anuais e trimestrais de suas empresas cumprem os padrões de divulgação (*disclosure*) especificados; (ii) a divulgação em tempo real de mudanças materiais na situação financeira da empresa; (iii) proibições de concessão, arranjo ou renovação de empréstimos pessoais e de realização; (iv) proibições de transações durante períodos de suspensão ("blackout periods") em planos individuais de contas e de participação nos lucros da empresa; (v) aceleração do prazo de depósito de relatórios de mudança de propriedade de ações por diretores e acionistas com mais de 10% do capital social da empresa.

norte-americano e britânico, cujos governos foram fundamentais para encerrar as negociações do Código da ONU em 1992; (ii) o período da abordagem voluntarista (década de 1990), no qual as TNCs buscaram mais ativamente formas de garantir que suas operações respeitassem os direitos humanos, sobretudo a partir do aumento da conscientização pública sobre o envolvimento das atividades empresariais em graves violações de direitos humanos; (iii) período de “voluntarismo institucionalizado” (a partir de 2000), impulsionado especialmente pela judicialização de violações de direitos humanos cometidas no exterior, no âmbito da corte norte-americana, com fundamento no *Alien Tort Statute*<sup>106</sup>, seguido da iniciativa onusiana do Pacto Global (2001) e dos Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Empresas (2011).

Nesse contexto, a noção de “voluntarismo institucionalizado” advém da possibilidade de se criar um compromisso para a adoção de mais procedimentos para controlar os riscos de direitos humanos nas atividades econômicas, possivelmente reforçados por obrigações jurídicas em âmbito nacional, mas sem chegar à plena responsabilidade jurídica internacional por violações de direitos humanos.

Nesse sentido, vale lembrar alguns dos casos mais emblemáticos e que, de certa forma, motivaram os debates em direção ao tratamento das relações empresariais a partir da ótica dos DHE. Ruggie (2013), Muchlinski (2021) e Ramasastry (2015) narram ao menos quatro casos emblemáticos, sintetizados a seguir: (i) – *Nike*: na década de 1990, empregou trabalho infantil e impôs condições laborais degradantes em países asiáticos; (ii) *Union Carbide*: em 1984, promoveu desastre ecológico em decorrência do vazamento de compostos químicos na região de Bhopal, localizada na Índia; (iii) *Royal Dutch Shell*: em 1990, além de estabelecer um modelo exploratório nocivo à comunidade local, promoveu o 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; (iv) *Yahoo*: em 2004, a empresa compartilhou informações confidenciais para auxiliar na prisão de um jornalista que denunciava a manipulação da imprensa pelo governo chinês.

Com efeito, a partir dos eventos ocorridos na década de 1990 que, o trabalho desenvolvido por ONGs relacionadas a proteção de direitos humanos foi fundamental para o registro e a ampla divulgação sobre violações para a comunidade internacional.

---

<sup>106</sup> Também conhecido como *Alien Tort Claims Act (ACTA)*, é uma seção no Código de Leis dos Estados Unidos da América, que estabelece a competência das cortes federais para julgamento de ações promovidas por cidadãos estrangeiros por atos ilícitos cometidos em violação do direito internacional.

Alguns exemplos são notáveis, como o trabalho desenvolvido pela *Global Witness* e pela *Amnesty International* que cobriram os acontecimentos relacionados à indústria extrativista do diamante, na Serra Leoa, que inclusive culminou com o posterior estabelecimento do *Kimberley Process* <sup>107</sup> (Ramasastry, 2015).

Ruggie (2013), por sua vez, aponta que, no âmbito do Direito Internacional, os principais documentos de *soft law* sobre DHE foram elaborados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), dentre os 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 e dos os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, ambos de 2000, e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, de 2015.

Esse entrelaçamento normativo também poderia promover um reforço recíproco. Neste ponto, como sugerem Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012), ao menos na área do Direito Consumerista, há 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 ETNs), mas forneça uma proteção mínima aos mais fracos (como consumidores no plano internacional).

Segundo Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012), a respeito da declaração elaborada pelo Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores, criado pela *International Law Association* (ILA), em 2010 apesar de ser considerada como *Soft Law*, traz em seu bojo três pontos fundamentais: (i) que a proteção de consumidores deve integrar a agenda do direito internacional (considerando o âmbito do Direito Público e Privado, inclusive os organismos internacionais), na medida em que o consumidor é agente que mais vulnerável no âmbito das relações internacionais, inclusive em razão da existência de diferentes leis, costumes e línguas, de modo que devem ser afastadas as regras da *Lex Mercatoria* ou dos tratados internacionais elaborados com o fito específico de beneficiar o setor empresarial em detrimento de consumidores; (ii) que a vulnerabilidade qualificada dos consumidores

---

<sup>107</sup> O *Kimberley Process Certification Scheme* (KPCS) é um sistema de certificação internacional específico para o mercado de extração de diamantes, criado em 2003.

nos contratos e delitos de consumidores devem ter o direito de que se apliquem as normas imperativas nacionais (ou de ordem pública mínima de proteção) e, em especial, de poder ser beneficiados pela aplicação da lei mais favorável a elas, com a finalidade de que prevaleça a lei que garanta um mínimo de proteção imperativa, mesmo sendo um direito estatal, interestatal ou supranacional, inclusive em relação às regras da economia que dominem o cenário; (iii) que, considerada as consequências da crise financeira mundial, sobretudo em razão da inadequada regulamentação legal do crédito ao consumidor, é que existe uma necessidade de assegurar a efetiva, leal e transparente regulamentação dos serviços financeiros perante os consumidores.

Sobre a experiência brasileira, relata Claudia Lima Marques (2018) para interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, aplicam-se também as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor<sup>108</sup>, em âmbito global, aliada às recomendações do Comitê de Proteção Internacional ao Consumidor da (ILA). A instituição promoveu duas resoluções para auxiliar nessa padronização, a saber: 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 consumidores (Resolução ILA n. 2/2016). Essas resoluções, somadas aos estudos da *International Association of Consumer Law*, ampliam o debate internacional sobre a proteção do consumidor.

Além disso, digno de menção que existem documentos adotados em âmbito regional. Nesse sentido, um exemplo de documento relevante em âmbito regional, é o *Livro Verde da Comissão Europeia (Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas)*, lançado em 2001. A Comissão Europeia (2001) defende que tais diretrizes não devem ser consideradas como um custo para as empresas, e sim como um investimento que visa à sustentabilidade a longo prazo de toda a sua cadeia de produção.

Dito isto, uma primeira tentativa de alçar a RSE a âmbito global foi introduzida em 1999, quando o então Secretário-Geral Kofi Annan, que convocou líderes empresariais mundiais para adotar voluntariamente os nove princípios do Pacto em suas práticas empresariais individuais, apoiando iniciativas complementares de políticas públicas, ao anunciar no Fórum Econômico Mundial.

---

<sup>108</sup> No original: *United Nations Guidelines for Consumer Protection*.

O Pacto Global foi formalmente publicado no ano seguinte, contendo princípios nas áreas de Direitos Humanos, Direito do Trabalho, Direito Ambiental e, posteriormente, Direito Penal (especificamente para enfrentamento da corrupção em nível transnacional)<sup>109</sup> a serem abraçados pelas empresas e que conta com um controle baseado exclusivamente em um sistema de comunicados anuais, conhecido pela designação *Communication on Progress* (COP), por meio do qual há a divulgação de uma lista de participantes ativos (que cumpriram com a obrigação de envio) e não comunicantes, que se reiterado poderá resultar na exclusão do aderente.

Nota-se que tanto as Diretrizes da OCDE quanto o Pacto Global apresentam mecanismos de acompanhamento. Esse formato é típico desses instrumentos, ficando um passo abaixo dos mecanismos de monitoramento, pois o monitoramento enfatiza a verificação pontual do cumprimento de obrigações estabelecidas e específicas, enquanto o acompanhamento promove uma avaliação contínua da temática com a perspectiva de evolução da questão objeto do acompanhamento. As Diretrizes envolvem a criação de Pontos de Contato Nacionais (PCN) responsáveis por incentivar a observância no contexto nacional e por garantir que os princípios adotados sejam conhecidos e compreendidos pela comunidade empresarial local. Assim, exige-se que as empresas endossem publicamente e se comprometam a trabalhar em parceria com a ONU.

Apesar do número expressivo de adesões ao Pacto Global<sup>110</sup> e do nome sugestivo (“Pacto”, como se fosse um acordo comercial que contém mecanismos de responsabilização e exigibilidade), fato é que as empresas que rompem este não estão sujeitas a nenhuma penalidade significativa, a não ser o fato de serem declaradas como membro não participante e a consequente cobertura desfavorável da mídia (Weissbrodt, 2014).

De todo modo, o mérito desse instrumento não é a vinculatividade em si e a atribuição de responsabilidades específicas), e sim a criação de uma ferramenta de medição universal da conduta empresarial, com possibilidade de futuras tratativas sobre o tema para tratados internacionais de Direitos Humanos (Ramasastry, 2016),

---

<sup>109</sup> Trata-se do Princípio 10, incluído em junho de 2004.

<sup>110</sup> Em consulta realizada em 18/04/2024, identificou-se a existência de 22960 membros ativos, 1652 membros não comunicantes e 29 excluídos. A lista atualizada pode ser consultada no sítio: <https://unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>.

embora ainda não se tenha atingido um consenso quanto a criação de um tratado específico voltado a direitos humanos e empresas<sup>111</sup>.

A partir da elaboração desses documentos, identifica-se uma possível transição entre a tradicional disciplina do RSE que, ao ser incorporado pelo direito internacional, e mais especificamente voltado à área dos DHE, passa a ter um tom mais incisivo no que se refere à possibilidade de inclusão de uma responsabilidade jurídica às ETNS.

A par desse histórico e da construção teórica desenvolvida no campo do RSE e dos Investimentos Sustentáveis<sup>112</sup>, há um movimento importante no seio da comunidade de pesquisadores de direito internacional que visa cada vez mais distanciar o RSE do que hoje são os Direitos Humanos e Empresas (DHE) (Ramasastry, 2015; Muchlinski, 2021; Bernaz, 2021; Bilchitz, 2016; Weissbrodt, 2014; Deva, 2021, 2020; Jägers, 2021), e que não necessariamente endossa com entusiasmo o sentido pragmático e mais flexível inicialmente defendido por Ruggie, pois, como pontua Ramasastry (2015, p. 238, tradução nossa<sup>113</sup>): “DHE é, em parte, uma resposta à RSE e sua percepção de fracasso [daquela área]. Isso criou uma lacuna entre duas disciplinas ou vertentes do discurso que estão divergindo em vez de convergir.”.

Sobre este ponto, uma possível diferença entre RSE e os DHE, na ótica de Ramasastry (2015), está nos objetivos encampados pelo DHE, que seriam (i) uma medida universal de Direitos Humanos para todas as empresas; (ii) uma nova ênfase no papel proativo do Estado, e (iii) maior acesso a reparação para vítimas de abusos de Direitos Humanos ligados à conduta empresarial.

Ou, ainda, como aponta Surya Deva (2020), apesar de ambas partirem da noção comum de que as empresas devem ter responsabilidade para além dos acionistas, há diferenças significativas do ponto de vista normativo, isto é, a natureza e extensão de responsabilidade (jurídica), o processo de identificação de indivíduos e comunidades a quem essas responsabilidades são devidas, o *modus operandi* de responsabilidade empresarial em casos de não conformidade.

Em que pese a importância da aproximação entre empresas e organismos internacionais para fortalecer iniciativas globais, não se ignora que há um possível

---

<sup>111</sup> V. seção 4 deste estudo.

<sup>112</sup> V. seção 2.3 deste estudo.

<sup>113</sup> No original: “BHR is, in part, a response to CSR and its perceived failure. This has led to a gap with two disciplines or strands of discourse that are diverging rather than converging”.

efeito colateral. Como exemplificado por Deva (2020) em ao menos dois cenários: (i) a parceria do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)<sup>114</sup> com a Microsoft poderia dar à última uma vantagem sobre seus concorrentes, até porque a *Microsoft* irá 'desenvolver tecnologia avançada na forma de um painel – *Rights View* – que fornecerá às equipes do ACNUDH uma visão geral da situação dos direitos humanos em países específicos para melhor prever, analisar e responder a crises'; (ii) a crise financeira nas agências da ONU as tornaram mais ansiosas para firmar parcerias com o setor privado, abrindo assim janelas para que as corporações influenciem os processos da ONU, como correm em dezembro de 2016, oportunidade na qual a Assembleia Geral da ONU concordou por unanimidade em conceder status de observador à Câmara de Comércio Internacional (CCI) na Assembleia Geral.

Desta forma, entende Deva (2020) que esse estreitamento das relações não inspira muita confiança, na medida em que concede acesso sem precedentes para influenciar em todos os processos e agências onusianas, para atingir seus próprio interesses, sem que haja um contraponto ao *lobby* corporativo, que não caminham em pé de igualdade com organizações sem fins lucrativos e demais atores no contexto da sociedade civil de forma mais ampla, além de permitir que as próprias ETNs assumam o protagonismo do discurso adotado no âmbito dos DHE, enxergado muito mais como uma oportunidade de negócios e sem qualquer compromisso com a assunção de responsabilidade jurídica ou assumindo essas responsabilidades apenas quando reduzem riscos, aumentam lucratividade ou alguma vantagem competitiva.

### **3.3.2 Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Orientadores) e a Due Diligence em Direitos Humanos e Empresas (HRDD)**

Sabe-se que o incentivo reputacional (ou qualquer outro que se designe como social) não é suficiente, na medida em que não traz qualquer garantia de cumprimento, tampouco delimita o que seria esperado das empresas em termos de ação. Assim um passo intermediário em direção à adoção de uma responsabilidade jurídica para ETNs são os *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*, doravante tratados como Princípios Orientadores.

---

<sup>114</sup> No original: *United Nations High Commissioner for Human Rights* (UNHCR).

Os Princípios Orientadores foram adotados por meio da Resolução 17/4 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 16 de junho de 2011, e contempla uma gama de 31 princípios dirigidos aos Estados e às empresas com o objetivo de esclarecer deveres gerais e a responsabilidade de cada um no contexto das atividades empresariais no que diz respeito aos direitos humanos. Esses princípios são organizados e interpretados a partir de três pilares a em torno dos quais todos os princípios relacionados a temática gravitam: (i) *Proteger*: os Estados devem proteger os direitos humanos; (ii) *Respeitar*: as ETNs devem respeitar os direitos humanos; (iii) *Reparar*: dever de estabelecimento de meios judiciais e extrajudiciais eficazes para os casos de descumprimento ou violações promovidas pelas ETNs ou, como sintetizado por Ruggie (2014): “[...] uma combinação inteligente de medidas”<sup>115</sup> que não impediria, a longo prazo, a adoção de outros diplomas normativos sobre o tema.

Eles diferem significativamente dos documentos anteriores. Como explica Muchlinski (2021), enquanto o Pacto Global oferece um espaço de diálogo empresarial sobre direitos humanos, os Princípios Orientadores buscam impactar o próprio processo de tomada de decisão das empresas e estabelecer certas expectativas para os Estados, a fim de promover a observância dos direitos humanos.

Este instrumento não estabelece uma estrutura de obrigações internacionais vinculativas para empresas, nem um foro internacional em relação ao qual eventuais vítimas poderiam veicular suas pretensões. No entanto, como pontua David Weissbrodt (2014), propõe-se por meio deles três sugestões operacionais às empresas para que cumpram sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos: (i) a adoção de um compromisso político; (ii) a criação de um processo de *Due Diligence* em Direitos Humanos e Empresas (DDDHE); (iii) o estabelecimento de processos para permitir a reparação de quaisquer impactos adversos sobre direitos humanos que causam ou para os quais contribuam.

Dessa forma, o “voluntarismo institucionalizado” (Muchlinski, 2021) representa um meio-termo entre compromissos processuais mais amplos para controlar riscos de direitos humanos na atividade empresarial. Compromissos que, vale dizer, podem ser reforçados por obrigações jurídicas nacionais e pelo sistema onusiano (institucional), mas sem chegar à plena responsabilização jurídica internacional por abusos de direitos humanos e, por este motivo, possível chamá-lo de voluntário.

---

<sup>115</sup> No original: “A smart mix of measures”.

Nesse sentido, por exemplo, o 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 que, como indica. Nadia Bernaz (2017), são as formas mais básicas de autorregulação, sem quaisquer mecanismos de exigibilidade e que levam os mais diversos nomes indicados por cada empresa que a adota<sup>116</sup>.

Por outro lado, como sugere Surya Deva (2021) o pilar I e II não possuem a mesma estatura e não se referem ao mesmo universo de obrigações, pois o pilar I se refere as normas (jurídicas) estabelecidas em relação ao Estado, enquanto o pilar II apenas às normas sociais transnacionais que se apliquem às ETNs, pelo fato de serem mais abrangentes e servir como um guia geral para a implementação e construção de um conceito de *due diligence* para os Direitos Humanos (HRDD<sup>117</sup>).

De certa forma, os Princípios Orientadores introduziram a noção de HRDD e, conforme pontuam Ruggie, Rees e Rachel (2021), é a principal ferramenta de gestão para que as empresas saibam e demonstrem que respeitam os direitos humanos, a partir de um processo que deve incluir a avaliação dos impactos reais e potenciais dos direitos humanos, a integração e ação de acordo com o que for apurado na avaliação, o monitoramento da eficácia das respostas e a comunicação sobre como os impactos são abordados ao longo das Cadeias Globais de Valor (CGV)<sup>118</sup>.

Segundo McCorquodale, Neely e Brooks (2017), apesar dos Princípios 17 não providenciar um conceito específico para HRDD, é possível extrair que este é situada no campo do direito civil (responsabilidade civil<sup>119</sup>) a partir do conceito delineado pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos<sup>120</sup>, no sentido de que é um processo contínuo

---

<sup>116</sup> Alguns outros exemplos de nomes adotados são Código de Ética, Código de Condução de Negócios, Declaração de Responsabilidade, Princípios institucionais.

<sup>117</sup> Sigla inglesa para *Human Rights Due Diligence*.

<sup>118</sup> V. seção 2.1 deste estudo.

<sup>119</sup> No original, emprega-se a terminologia *Tort Law*, adotado por países *Common Law* do direito an que se equipara à responsabilidade civil brasileira.

<sup>120</sup> Conforme indicado por McCorquodale, Neely e Brooks (2017), o conceito de DDHR é extraído do guia interpretativo publicado em 2012 pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos (*The Corporate Responsibility to respect Human Rights: an interpretative guide*), que também pode ser consultado em [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/publications/hr.puB.12.2\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/publications/hr.puB.12.2_en.pdf), e reproduzido a seguir: "Such a measure of prudence, activity, or assiduity, as is properly to be expected from, and ordinarily exercised by, a reasonable and prudent [person or enterprise] under the particular circumstances; not measured by any absolute standard, but depending on the relative facts of the special case. In the context of the Guiding Principles, human rights due diligence comprises an ongoing management process that a reasonable and prudent enterprise needs to undertake, in light of its circumstances (including sector, operating context, size and similar factors) to meet its responsibility to respect human rights."

de gestão que uma empresa razoável e prudente precisa implementar, à luz das circunstâncias (incluindo setor, contexto operacional, tamanho e fatores similares), para cumprir sua responsabilidade de respeitar os Direitos Humanos. Processo este que é focado nos impactos causados pelas empresas em toda a cadeia de valor<sup>121</sup>, e não no processo de avaliação de risco desses impactos (conforme Princípios 13 e 15).

Importante pontuar que o Princípio 17<sup>122</sup> sobre HRDD sugere parâmetros para o seu cumprimento, que podem ser traduzidas em condutas mínimas, a serem adotadas independente do setor e do contexto específico. Como indicam McCorquodale, Neely e Brooks (2017), os passos comuns às empresas seriam: identificação inicial por meio de avaliação de impacto de Direitos Humanos; pesquisa documental ou análise de lacunas<sup>123</sup>(se possível, complementada por entrevistas); avaliação dos riscos de direitos humanos, priorização das questões de direitos humanos; desenvolvimento de planos de ação, direção estratégica de conselho de administração da empresa, transversalidade (isto é, criação de grupos de trabalho sobre temas específicos e funções relevantes que interajam); integração dos direitos humanos nos mecanismos internos de *compliance*, especificando as ferramentas e a aplicação para cada função; fornecimento de treinamento para funcionários (e também para as partes interessadas, em alguns casos); garantia de existência de mecanismos de reclamação eficazes.

A partir da adoção do DDHR é que, segundo Muchlinski (2011), se torna mais plausível de se transformarem também em deveres legais vinculativos, no sentido de de cuidado sob prisma da responsabilidade civil (*Tort Law*), representando um acréscimo significativo à proteção dos chamados “credores involuntários”, isto é, no sentido empregado pelo autor, seriam aqueles que não assumiram uma posição jurídica voluntária em relação à empresa, mas sofreram efeitos de tal modo que

---

<sup>121</sup> Que pode incluir, por exemplo, fornecedores e outras entidades, como consumidores e distribuidores, terceiros com os quais mantém relacionamento, entidades estatais e não estatais.

<sup>122</sup> Conforme UN (2011, p.17-18): “Human rights due diligence 17. In order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts, business enterprises should carry out human rights due diligence. The process should include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed. Human rights due diligence: (a) Should cover adverse human rights impacts that the business enterprise may cause or contribute to through its own activities, or which may be directly linked to its operations, products or services by its business relationships; (b) Will vary in complexity with the size of the business enterprise, the risk of severe human rights impacts, and the nature and context of its operations; (c) Should be ongoing, recognizing that the human rights risks may change over time as the business enterprise’s operations and operating context evolve.”

<sup>123</sup> Também chamada de Análise de *Gap* que, envolve a comparação da *performance* da empresa em determinada matéria e o potencial ou objetivo de performance a ser atingido pela empresa.

podem ser consideradas como credoras dela, ainda não exista um contrato formal entre elas. Neste sentido, por exemplo, empregados que não foram remunerados, pessoas afetadas pelas operações da empresa, indivíduos ou grupos que sofreram danos como resultado das atividades da empresa (em razão da poluição ambiental ou da contaminação de produtos), entidades estatais que possuem créditos contra a empresa (como impostos não pagos ou multas; vítimas de crimes pessoas que foram vítimas de crimes cometidos pela empresa ou seus funcionários.

De todo modo, os princípios não estabeleceram uma estrutura de obrigações internacionais vinculativas para empresas ou qualquer fórum internacional perante o qual as vítimas pudessem apresentar reclamações contra atores empresariais, o que contrasta com as tentativas e elaboração do código da ONU.

É justamente essa uma das críticas mais relevantes sobre os Princípios Orientadores, pois, sem a compreensão sobre as obrigações as empresas teriam em relação aos direitos humanos, não é possível às vítimas de violações desses direitos reivindicar acesso a uma reparação (Bilchitz, 2016). Com aponta Bilchitz, 2016, p. 7, tradução nossa<sup>124</sup>):

Uma das características mais estranhas dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos é que, embora reconheçam o acesso a uma reparação judicial enquanto pilar para as vítimas de violações de direitos, não estabelecem expressamente obrigações jurídicas vinculativas. O acesso a uma reparação é, por si, um direito fundamental no direito internacional, mas como se poderia prover a reparação sem reconhecer uma obrigação anterior? O papel de um tratado que reconheça expressamente que as empresas têm obrigações jurídicas vinculativas em direitos humanos torna-se, portanto, crucial para garantir que as vias de reparação sejam proporcionadas aos indivíduos.

Há, neste ponto, um sentido de complementariedade: as normas jurídicas no âmbito interno do Estado e também do direito internacional (sobretudo em relação aos direitos humanos) que devem convergir para reforço dos próprios direitos humanos preconizados no primeiro. Isto é, a relação é de influências recíprocas e de alinhamento flexível entre ambas.

---

<sup>124</sup> No original: “This is perhaps one of the strange features of the Guiding Principles on Business and Human Rights: whilst recognizing the central pillar that victims of rights violations have access to a *legal* remedy, they do not expressly recognize binding *legal* obligations for violations of fundamental rights. Access to a remedy is itself a fundamental right in international law<sup>21</sup> but how can a remedy be provided without a recognition of a prior obligation? The role of a treaty in expressly recognizing that businesses have legally binding human rights obligations thus becomes crucial for providing legal remedies to individuals”.

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 (2018, 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.

O reflexo desse pensamento, no Brasil, por sua vez, resultou tanto em iniciativas, quanto na incorporação jurídica a partir da positivação 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 introduziu diretrizes nacionais gerais para Empresas e Direitos Humanos.

Esses mecanismos difusos passam a ganhar cada vez maior relevância jurídica e foco global, sobretudo a partir da nova porta de entrada propiciada pelo arcabouço teórico e pela estrutura jurídica conferida pelo sistema de proteção a Direitos Humanos, inclusive a partir do compartilhamento de responsabilidades entre Estado e empresas (Piovesan, Gonzaga, 2019; Fachin, 2020; Atchabahian, 2018), ainda que esta seja uma fração do potencial e eficácia, mas que de modo algum isente a responsabilidade primordial do Estado como agente coordenador e direcionador desta proteção (Benacchio, Hudler, 2021; 2020).

Segundo Peter Muchlinski (2009), uma forma de alcançar um equilíbrio entre investimentos e interesse das populações locais consiste na incorporação dos *standards* estabelecidos pelos direitos humanos na regulação interna dos Estados, já

que deixar a critério das próprias empresas por meio dos códigos de conduta voluntários e de mera adesão se revelam como medidas insuficientes.

Por outro lado, o próprio autor reconhece que há uma experiência voluntária mais favorável quando esses mecanismos voluntários são submetidos ao sistema de relatórios e monitoramento por organizações não governamentais, que poderão atuar como catalisadores do processo de desenvolvimento da proteção aos direitos humanos, devido ao fato de realizarem o monitoramento de empresas e por darem publicidade aos principais casos de cumplicidade em violações de direitos humanos.

Contra esse ponto, Ruggie, Rees e Rachel (2021) argumentam que apesar dos princípios previrem explicitamente a responsabilidade como uma forma de prestação de contas pelas empresas, não se poderia aceitar o DDHR como uma forma de afastamento da judicialização, na medida em que a responsabilidade civil por falhas na *due diligence* ainda seriam passíveis de análise e tem papel legítimo para estabelecimento de uma base com a finalidade de reparação judicial.

Na verdade, como indicado por Melina Girardi Fachin (2020, p. p.330-332), os direitos humanos devem ser respeitados pelas empresas, no mínimo três por justificativas: (i) a justificativa ética “porque é a coisa correta a fazer”, sobretudo a partir da construção teórica da dignidade da pessoa humana a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos; (ii) a justificativa legal “porque é lei, seja no âmbito interno, seja no plano internacional”; (iii) “porque é economicamente atrativo”, pois, conforme explica Fachin (2020, p.333):

A adoção de padrões de direitos humanos é atrativa para o mercado e possui alta potencial de lucratividade. Cada vez mais este é um *asset* que as empresas buscam já que se trata de gerar riqueza e não meramente fazer filantropia uma vez que o mercado consumidor tem se tornado mais exigente e responsivo em relação a estas pautas. Por exemplo, o denominado *Pink Money*, movimentou 150 milhões de reais no Brasil.

Em que pese esse instrumento possa se revelar útil por diversas razões operacionais, isso não significa que as empresas aceitariam, em tese, a consolidação de responsabilidade jurídica pela violação de direitos humanos e, muito provavelmente, continuarão a resistir a qualquer tentativa de atribuir uma responsabilidade para além da obrigação processual de demonstrar que realizou a DDHR, em especial pelo sistema de relatórios, de modo que continuarão apresentar barreiras para encobrir falhas no dever de cuidado, inclusive com o uso de argumentos

processuais e doutrinários para atrasar e ou frustrar ações judiciais os quais, geralmente, gravitam em torno das questões de jurisdição e da existência ou não de responsabilidade da empresa controladora pelos atos de uma subsidiária ou de subcontratados em Cadeias Globais de Valor (CGV), recomendando-se ainda um cuidado especial com o potencial disso enquanto uma “cláusula de salvaguarda” (*Safe Harbour*), com a intenção de excluir da análise judicial os casos que supostamente tiverem passado pelo processo de *Due Diligence* (Muchlinski, 2021).

Por fim, Marcelo Benacchio e Paulo Dias de Moura Ribeiro (2022) comentam que os Princípios Orientadores recebem intensas críticas em razão do seu caráter voluntário, pela falta de previsão de aplicação direta das normas emanadas pelo direito internacional dos direitos humanos às empresas, falta de previsão de responsabilização dessas empresas em seus Estados de origem, por lesões ocasionadas em outros países, mas que não deixam de ser importantes em razão de ser um passo em direção a uma futura expansão para um tratado internacional, com previsões de natureza obrigatória e a criação de uma organização internacional apta para investigar e adotar as medidas pertinentes com o objetivo de cessar e providenciar a reparação de lesões de direitos humanos pelas ETNs.

### 3.3.3 Princípios para o Investimento Responsável (PRI) e o dever fiduciário

A elaboração de um regramento voltado para investimentos, com base em princípios ou diretrizes gerais, não é um conceito propriamente novo no âmbito da regulação (e mais propriamente à autorregulação) do mercado financeiro.

Nesse sentido, já existiam os Princípios do Equador, criado em 2003 para promover um conjunto de critérios socioambientais aplicáveis para o financiamento de projetos por instituições financeiras que, embora mais restrito em seu objeto e destinatários (por tratar especificamente de critérios para realização de financiamento de projetos<sup>125</sup> considerando critérios socioambientais), conta com a adesão voluntária, baseados em (i) padrões de desempenho e sustentabilidade socioambiental da

---

<sup>125</sup> Por exemplo, serviços de assessoria em financiamento de projetos (*Project Finance*); financiamento de projetos (*Project Finance Advisory Service*); financiamentos corporativos dirigidos a projetos (*Project-related Corporate Loans*) e Empréstimos-Ponte (*Bridge-Loans*).

*International Finance Corporation* (IFC)<sup>126</sup> e (ii) diretrizes de meio ambiente, saúde e segurança (Diretrizes de EHS<sup>127</sup>) do Banco Mundial, que estabelece seis princípios<sup>128</sup>.

Assim, o que faz a iniciativa dos Princípios para o Investimento Responsável (PRI<sup>129</sup>) ser diferente?

Em primeiro lugar, trata-se de uma iniciativa de investidores em parceria com a Iniciativa Financeira do Programa da ONU para o Meio-Ambiente (UNEP FI)<sup>130</sup> e o Pacto Global da ONU, por meio da qual foram estabelecidas diretrizes a partir de princípios desenvolvidos pela própria comunidade de investimentos, que contava em 2020 com mais de 3250 signatários e a gestão de aproximadamente US\$ 120 trilhões em ativos pelo mundo (PRI, 2019) – que, sem dúvida, é um valor bastante expressivo, visto que o PIB mundial contava com aproximadamente US\$ 85 trilhões para o mesmo período<sup>131</sup>.

Os princípios pressupõem a assunção de um compromisso pelos signatários em relação aos seus deveres fiduciários, no sentido de atuação de acordo com os melhores interesses de longo prazo dos beneficiários e que, simultaneamente, envolva a incorporação dos critérios ESG na tomada de decisões de investimento. Eles se baseiam na convicção de que os fatores ESG impactam o desempenho dos investimentos e não possui características regulatórias por si só, uma vez que não são excessivamente prescritivos e nem estabelecem sanções específicas.

---

<sup>126</sup> Trata-se de organização internacional criada em 1956, que oferece serviços de investimento, consultoria e administração de ativos para promover o desenvolvimento do setor privado em países em desenvolvimento, integrante relacionado ao setor privado no âmbito do Grupo Banco Mundial, que pode ser consultada no sítio <https://www.ifc.org/en/home>.

<sup>127</sup> Sigla que se refere aos termos *Environment, Health e Safety*.

<sup>128</sup> Em consulta realizada em 22/04/2024, consta a adesão de mais de 32 países. Os princípios são relacionados à análise e categorização de investimentos; avaliação socioambiental e aplicação de padrões, implementação de um sistema de gestão e plano de ação; engajamento das partes interessadas (*stakeholders*); estabelecimento de mecanismo de reclamação; introdução de análise independente, por consultores externos; a incorporação de cláusulas contratuais socioambientais; realização de monitoramento independente e formação de adoção de um sistema de reporte; divulgação de informações exigidas pelos clientes e maior transparência. A lista atualizada e uma visão mais detalhada sobre os princípios pode ser consultada no sítio: <https://equator-principles.com/about-the-equator-principles/>.

<sup>129</sup> Para efeitos deste estudo, será referido na sigla inglesa PRI, referente ao nome original *Principles for Responsible Investment*.

<sup>130</sup> É uma parceria entre o Programa das Nações Unidas para o Meio-Ambiente, também conhecida pela designação UNEP-FI (*United Nations Environment Programme Finance Initiative*), e o setor financeiro global. Pode ser consultada em [www.unepfi.org](http://www.unepfi.org).

<sup>131</sup> Em consulta realizada em 23/04/2024 ao Banco Mundial, no sítio: [https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?end=2020&most recent value desc=true&start=1960](https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?end=2020&most%20recent%20value%20desc=true&start=1960)

O compromisso assumido pelos signatários é consubstanciado por uma estrutura dirigida por meio dos princípios e respectivas sugestões de ações listados a seguir (PRI, 2019): (i) incorporação dos temas ESG às análises de investimento e aos processos de tomada de decisão<sup>132</sup>; (ii) proatividade e incorporação dos temas ESG às políticas e práticas de propriedade ativa<sup>133</sup>; (iii) esforços para que as entidades que recebam investimentos divulguem suas ações relacionadas aos temas ESG<sup>134</sup>; (iv) promoção da aceitação e implementação dos princípios no contexto do setor do investimento<sup>135</sup>; (v) esforços em conjunto para ampliação da eficácia na implementação dos princípios<sup>136</sup>; (vi) cada signatário divulgará relatórios sobre as atividades e progresso na implementação dos princípios<sup>137</sup>.

---

<sup>132</sup> Grupo de ações sugeridas pelo PRI (2019): abordar temas ESG nas políticas de investimento; apoiar o desenvolvimento de ferramentas, métricas e análises relacionadas aos temas ESG; avaliar a capacidade dos gestores internos de investimento para incorporar temas ESG; avaliar a capacidade dos gestores externos de investimento para incorporar temas ESG; solicitar que prestadores de serviços de investimento (tais como analistas financeiros, consultores, corretores, agências de pesquisa, agências de classificação) integrem fatores ESG como evolução da pesquisa e análise; encorajar pesquisas acadêmicas e outras sobre este tema; promover o treinamento em ESG para profissionais de investimento.

<sup>133</sup> Grupo de ações sugeridas pelo PRI (2019): desenvolver e divulgar uma política ativa de propriedade de ativos alinhada aos Princípios; Exercer o direito a voto ou monitorar o cumprimento da política de votação (caso seja terceirizada); desenvolver a capacidade de engajamento (diretamente ou por meio de terceirização); participar do desenvolvimento de políticas, regulamentações e definição de padrões (tais como promover e proteger os direitos dos acionistas); arquivar as deliberações dos acionistas seguindo as orientações de longo prazo em ESG; criar engajamento com as companhias no que se refere aos temas ESG; participar de iniciativas colaborativas de engajamento; solicitar que os gestores de investimentos se dediquem ao engajamento e ao relato de temas ESG.

<sup>134</sup> Grupo de ações sugeridas pelo PRI (2019): solicitar relatórios padronizados sobre temas ESG (utilizando ferramentas como o *Global Reporting Initiative*); solicitar que os temas ESG sejam integrados aos relatórios financeiros anuais; solicitar informações para as companhias sobre a adoção de/aderência a normas, padrões, códigos de conduta ou iniciativas internacionais relacionadas ao tema (como o Pacto Global da ONU); apoiar as iniciativas e deliberações dos acionistas que promovam a divulgação de temas ESG.

<sup>135</sup> Grupo de ações sugeridas pelo PRI (2019): incluir os requisitos relacionados aos Princípios nas solicitações de propostas (*RFPs - Requests for Proposals*); alinhar mandatos de investimento, procedimentos de monitoramento, indicadores de desempenho e estruturas de incentivo de acordo com os Princípios (por exemplo, garantir que os processos de gestão de investimentos reflitam horizontes de tempo de longo prazo quando apropriado); comunicar as expectativas ESG aos prestadores de serviços de investimento; rever os relacionamentos com prestadores de serviços que não cumpram as expectativas ESG; apoiar o desenvolvimento de ferramentas para a integração de uma base de referência em ESG; apoiar ações regulatórias ou políticas que permitam a implementação dos Princípios.

<sup>136</sup> Grupo de ações sugeridas pelo PRI (2019): apoiar/participar de redes e plataformas de informação para compartilhar ferramentas e recursos conjuntos, além de utilizar os relatórios dos investidores como fonte de aprendizado; abordar de maneira coletiva questões emergentes relevantes; desenvolver ou apoiar iniciativas colaborativas apropriadas

<sup>137</sup> Grupo de ações sugeridas pelo PRI (2019): divulgar a maneira como os temas ESG estão integrados às práticas de investimento; divulgar o envolvimento ativo em questões de detenção a detenção de ativos (voto, engajamento e/ou diálogo sobre políticas); divulgar o que é exigido dos prestadores de serviços com relação aos Princípios; fornecer informações aos beneficiários sobre os temas ESG e os Princípios; relatar sobre o progresso e/ou as conquistas relacionadas aos Princípios, utilizando uma

Para Eccles (2010), os Princípios, em sua maioria, não parecem apresentar uma posição ética específica (a exceção do Princípio 5, que introduz um espírito de cooperação e parceria), e tem um cunho processual, isso porque os Princípios 1 e 2 descrevem as duas ações básicas que qualquer investimento atrelado ao IS e que os signatários podem tomar (por exemplo, a ampliação da análise fundamental de investimentos para incluir a consideração de questões ESG no processo de tomada de decisão de investimento e práticas de propriedade ativa<sup>138</sup>, respectivamente), além disso, os Princípios 3 e 4 enfatizam o papel de *advocacy* dos signatários, indo além da propriedade ativa e o Princípio 6 estabelece o sistema de relatórios,

De certa forma, a mudança de paradigma está no fato de adotar expressamente o estilo de investimento do IS que se preocupa com a materialidade<sup>139</sup> e não propriamente com dilemas morais, afastando-se das práticas de investimentos eticamente declarados, de modo a reduzir inclusive a barreira relativa à responsabilidade fiduciária, considerada muitas vezes por investidores institucionais (Eccles, 2010).

Neste ponto, o debate é crucial, pois historicamente, havia uma resistência muito grande por parte de investidores institucionais, amparada ainda pelo entendimento jurídico sobre a temática no sentido de que a seleção de investimentos cunhados como éticos ou socialmente responsáveis poderiam violar os deveres fiduciários dos gestores e administradores de fundos (Christensen, Serafeim, Sikochi, 2022; Schanzenbach, Sitkoff, 2020; Hill, 2020; Eccles, 2010; Posner; Langbein, 1980).

Todavia, a questão se torna mais complexa, quando se sai do critério de eficiência econômica do *risco-retorno*, que envolve aspectos contábeis quantificáveis, para o emprego de critérios subjetivos e não necessariamente testados pelo mercado, como preocupações éticas, ambientais e de impactos sociais da empresa na comunidade local.

De fato, a responsabilidade pela escolha do investimento recai sobre o próprio investidor (escolha da aquisição da ação da “Empresa A”, em vez do título público

---

abordagem de “Cumprir ou Explicar”; buscar determinar o impacto dos Princípios; utilizar relatórios para conscientizar um grupo maior de stakeholders.

<sup>138</sup> Conhecida como *Active Ownership*, que, segundo o PRI (2018), é o uso dos direitos e da posição de proprietário para influenciar as atividades ou o comportamento das empresas investidas. A propriedade ativa pode ser aplicada de maneiras diferentes em cada classe de ativos, empregando estratégias como atividades de engajamento (qualquer atividade de interação entre investidores e a empresa) e votação.

<sup>139</sup> V. seção 2.4.3. deste estudo.

“B”). Entretanto, essa situação muda significativamente quando a decisão final sobre a escolha de ativos recai sobre terceiro, como no caso dos fundos de investimento. O porquê disso é simples: não está mais escolhendo a qualidade de um ativo (embora possa ter conhecimento ou interesse na qualidade de determinado ativo), mas necessariamente delegará a decisão para terceiro (administrador ou gestor) por confiar na *expertise* deste profissional, quem efetivamente realizará a escolha sobre os ativos – que, sem dúvida, repercute em deveres e consequências jurídicas.

Nesta esteira de ideias, torna-se pertinente a pergunta sobre a responsabilidade jurídica do administrador ou gestor de fundo de investimento que não se atém aos critérios de risco-retorno e passar a englobar critérios não-financeiros, como é o caso dos critérios ESG. Neste cenário, antes de indicar se existe ou não ofensa objetiva aos deveres fiduciários, aponta-se como pressuposto dois pontos: primeiro, que a motivação de investidores para a escolha de IS e, mais especificamente, investimentos que incorporem critérios ESG, seja guiada prioritariamente pela possibilidade de *performance* equivalente ou superior a investimentos sem esta qualidade (Amel-Zadeh; Serafeim, 2018; ANBIMA, 2020); segundo, que certos critérios gerais do ESG – como diversidade, transparência, responsabilidade social, e ambiental – deixarão de se apresentar enquanto vantagem competitiva para integrar, gradativamente, e de forma definitiva, a própria natureza dos negócios (ANBIMA, 2022, 2020), na medida em que investir é sobretudo uma aposta para um futuro sustentavelmente desejável e *possivelmente* rentável, mas que representa, na atualidade, apenas uma parcela da totalidade de investimentos disponíveis na atualidade e não comprovadamente mais rentável (inclusive por que não existe investimento com garantia de retorno, apenas com expectativas com uma maior ou menor margem de garantia para o retorno).

Sem dúvida, o cerne ético deste debate não é recente, pois presente desde a obra de Bowen (2013), publicada na década de 1953, e experimentado no campo prático nos *Princípios de Sullivan*, que ocasionou em campanhas de desinvestimento em empresas norte-americanas que atuavam na África do Sul, adotadas inclusive com prejuízos financeiros aos beneficiários. Referido episódio foi analisado por Posner e Langbein, que vislumbraram uma possível responsabilidade jurídica a luz das consequências financeiras dessa escolha (Schanzenbach, Sitkoff, 2020; Hill, 2020).

Com efeito, Posner e Langbein (1980) defendiam que as práticas adotadas em nome do investimento social – a exceção dos casos em que há expressa concordância

dos investidores ou previsão no objeto (ou política de investimentos) do fundo –, reduzem a utilidade geral do investimento. O gestor ou administrador, ao aplicar critérios arbitrários de utilidade não financeira ao investimento – que atenda, por exemplo a um princípio moral ou às preferências políticas pessoais – limita a diversificação do portfólio e aumenta os custos administrativos para a seleção dos ativos sem que isso implique necessariamente na redução de riscos, nem aumente significativamente os retornos – o que resultaria, na ótica de Posner e Langbein (1980), na violação jurídica tanto do *dever de lealdade* para com o investidor (*duty of loyalty*), quanto do seu *dever de diligência* na seleção dos ativos de investimento no melhor interesse do investidor (*duty of prudence*). E, por conseguinte, entendeu-se também pela violação do *dever fiduciário* do gestor ou administrador, o qual abrange aqueles deveres de lealdade e diligência.

No contexto brasileiro, não há um conceito teórico satisfatório<sup>140</sup> para a natureza jurídica dos fundos de investimento (Xavier; Santos-Pinto, 2019), tampouco um regramento específico e centralizado para a temática, o que torna mais difícil a identificação de conceitos e a exata delimitação da responsabilidade jurídica do administrador e do gestor.

Além disso, sem descurar das orientações previstas em standards internacionais (como os *Princípios da IOSCO* e do PRI, ora em análise) que irradiam no contexto regulatório brasileiro, há uma gama de normas aplicáveis para negociação de valores mobiliários: há normas de *regulação* formuladas por agência governamental (no caso, Comissão Mobiliário de Valores – CVM) e de *autorregulação* por representantes do setor (por exemplo, pela Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais – ANBIMA, bem como a Associação de Investidores no Mercado de Capitais – AMEC).

Assim, para um estudo mais adequado do tema, indispensável a integração entre normas nacionais, internacionais, transnacionais, regionais, as quais são representadas por leis, instruções normativas, códigos de adesão voluntária, tratados, por exemplo.

No caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, há disposições legais gerais no Código Civil (BRASIL, 2002), bem como específicas em legislação especial

---

<sup>140</sup> Como esclarecem Xavier e Santos-Pinto (2019), os principais estudos sobre o tema sugerem, no mínimo, cinco possibilidades: (i) copropriedade (ou condomínio); (ii) propriedade em mão comum; (iii) propriedade fiduciária; (iv) sociedade; (v) comunidade não condominial (comunhão).

(por exemplo Lei nº 8.668/1993, que disciplina fundos imobiliários). Outros atos normativos também são editados pela CVM (como a Instrução n. 555/2014), além de regras trazidas por associações privadas, a exemplo da ANBIMA por meio do *Código de Administração de Recursos de Terceiros*<sup>141</sup> (vinculante aos associados) e os Guias ASG – os quais, apesar de não possuírem caráter vinculativo, servem, para promover interpretações sobre a aplicação normativa jurídica vigente). A Lei de Liberdade Econômica (Lei. 13.874/2019) trouxe o instituto para o Código Civil, definindo-o como uma *comunhão de recursos especiais*<sup>142</sup>, e inserindo-o no Livro III (Direito das Coisas). Assim como outras alterações relevantes – como a ampliação da finalidade dos fundos de investimento para além dos “ativos financeiros”; expresso afastamento da aplicação das regras referentes ao condomínio; manutenção da autoridade da CVM para regulamentação e registro; possibilidade de limitação da responsabilidade do investidor ao valor de sua cota; possibilidade de criação de classes de cotas com direitos e obrigações distintos, com patrimônio segregado para cada classe; instituiu, ainda, regras aplicáveis no caso de insolvência do fundo de investimento – e, mais importante – estabeleceu a possibilidade de limitação da responsabilidade dos prestadores de serviço perante o condomínio e entre si (Xavier; Santos-Pinto, 2021). Essa última previsão é relevante, na medida em que possível limitar a responsabilidade jurídica do administrador e do gestor de fundos.

Por outro lado, nota-se uma mudança cultural sobre a atuação tanto dos reguladores – por exemplo, como consta no *Guia de Sustentabilidade* elaborado pela B3 (2016, p. 35) com apoio da CVM<sup>143</sup>, ao afirmar que as questões sobre o ESG “[...] dizem respeito ao próprio dever fiduciário de gestores de ativos. Assim, os participantes devem incorporar o tema às suas atividades tendo em vista, além da gestão dos riscos de suas operações, a importância da prestação de serviços a seus clientes e as tendências que o mercado apresenta.” – quanto em relação aos demais agentes do mercado – por exemplo, por meio do Código Brasileiro de *Stewardship*, que estabelecem orientações sobre a conduta dos profissionais e complementam as normas da autoridade reguladora (AMEC, 2016).

---

<sup>141</sup> Atualizado em 03.01.2022, trazendo diversas inovações.

<sup>142</sup> Conforme dispõe o Código Civil, Art. 1.368-C (BRASIL, 2002). “O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.”

<sup>143</sup> Neste sentido, cumpre mencionar a Portaria CVM/PTE/Nº 10, de 23 de janeiro de 2023, que aprova a Política de Finanças Sustentáveis da Comissão de Valores Mobiliários.

Como indica a ANBIMA (2020), o tema sobre as obrigações do dever fiduciário é recorrente e, por esse motivo, a Instrução CVM 558, que regulamenta a atividade profissional do administrador fiduciário e do gestor de recursos foi elaborado no sentido de determinar aos agentes que suas atividades deverão ser desempenhadas com boa-fé, transparência, diligência e lealdade.

Apesar da compreensão tradicional no sentido de que a principal obrigação (dever) do administrador ou gestor é trazer maiores retornos financeiros e que tais preocupações em relação ao ESG serviriam apenas como entraves para a questão principal do retorno financeiro, essa posição está sendo reavaliada, como se verifica, por exemplo, na criação do Código *Stewardship* que tem por finalidade o atendimento das novas preocupações dos gestores, administradores e investidores, complementando o dever fiduciário tradicional. Nesse sentido, também, a recente publicação das *Regras e procedimentos para identificação de fundos de investimento sustentável (IS) pela ANBIMA* que, para além de atribuir destaque aos fundos, deixa bem claro esse posicionamento quanto à incorporação de questões ESG mesmo para fundos que não tenham como objetivo a sustentabilidade<sup>144</sup>.

Outra questão é o motivo que levaria um investidor institucional, empresário ou qualquer representante de ETN a assumir voluntariamente tais compromissos. Para além da motivação reputacional, outros dois fatores também influenciam essa decisão, segundo Majoch; Hoepner; Hebb, 2017: (i) os gestores de investimentos convencionais e fundos de pensão foram mais influenciados pela antecipação do potencial normativo (ou eventual possibilidade de se tornar uma obrigação jurídica) do que demais gestores de investimentos sustentáveis e de investidores públicos (por exemplo, fundos soberanos); (ii) em um estágio inicial de desenvolvimento do movimento do IS, a adoção desses princípios é motivada pela busca dessas próprias organizações no preenchimento da lacuna de conhecimento e também sobre o como proceder em tais temas, com a finalidade de remoção da incerteza sobre sua implementação, em suma, a adesão por considerar o PRI como um “fórum” aberto à aprendizagem.

---

<sup>144</sup> Assim dispõe o regramento da ANBIMA (2022b, p. 14): “Art. 15. Considerando-se que a integração de Questões ASG nos processos de tomada de decisão do Gestor é um indicativo de boa prática de Gestão de Ativos, é recomendável que todos os Gestores busquem, gradualmente, incorporar os recursos e práticas necessários para que possam integrar Questões ASG de forma sistemática e processual, sem prejuízo da divulgação de boas práticas por meio do Guia ASG ANBIMA.”.

## 4 RESPONSABILIDADE JURÍDICA DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA ADOÇÃO DOS CRITÉRIOS ESG

### 4.1 FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE JURÍDICA: DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

Sem prejuízo ao debate sobre a aplicabilidade das normas jurídicas, ainda há outra questão relevantíssima sob o ponto de vista da justificativa de aplicação dessas normas, que ainda não respondida: qual o fundamento jurídico para a responsabilidade das ETNs a partir da adoção de critérios ESG?

Como ponto de partida é indispensável ter em conta alguma noção de responsabilidade jurídica. No entanto, ao se buscar um conceito específico para o contexto da atividade empresarial transnacional, não necessariamente este refletirá em sua inteireza o universo de atuação das ETNs, em especial se forem considerados conceitos e terminologias inerentes a cada sistema jurídico no âmbito do Direito Global<sup>145</sup>, ainda que estes possam, por questões didáticas e por um ponto de vista pragmático, serem ajustados e adaptados.

Neste ponto, importante ter em conta que a expressão *responsabilidade* já contém historicamente uma acepção jurídica, que para esse estudo é mais relevante do que um sentido estrito e específico de responsabilidade e seus pressupostos específicos, por exemplo, como se verifica no âmbito do Direito Penal, descrito por Delmas-Marty (1994), e que poderá ser distinto daquele atribuído no Direito Civil, o qual pressupõe especificamente o dever de indenizar, a conduta antijurídica, o dano e o nexo de causalidade e de imputação (Miragem, 2021a).

Assim, um conceito geral de responsabilidade atribuído por Bruno Miragem (2021a, p.22) seria na acepção de que

A noção de responsabilidade em direito é a consequência jurídica do preceito normativo, sob a conhecida fórmula: se A é, B deve ser. Ora, A é dever originário que deve ser respeitado por seu titular. B é a consequência jurídica, deflagrada na hipótese de violação do dever como sanção e, neste caso, tornando responsável o titular do dever que o violou, ou ainda outras pessoas que a lei indique como responsáveis. As responsabilidades em direito são diversas, conforme a natureza do dever violado e o sistema em que se encontre.

---

<sup>145</sup> V. seção 3.1 deste estudo.

A partir deste conceito, entende-se que, em um primeiro momento, a noção de responsabilidade jurídica é, em relação às ETNs, mais importante do que as peculiaridades e especificidades dos sistemas jurídicos existentes, os quais deverão ser contextualizados e considerados em um dado tempo e no espaço, que é mutável, de acordo com as circunstâncias histórico-culturais. Por exemplo, como indica Miragem (2021a) no sistema de *common law*, há separação estrita entre o *Law of Torts* e a *Law of Contracts*, enquanto no direito romano germânico essa separação é mitigada pela consideração de danos decorrentes de inadimplemento contratual, no âmbito do sistema de responsabilidade geral.

De fato, sobre o direito interno, já existem regramentos em sistemas jurídicos específicos, que não lidam especificamente com direitos humanos, como por exemplo a *Sarbanes-Oxley Act*, lei norte-americana de 2002 que exige a divulgação e cumprimento dos códigos de ética, e o *Nouvelles Regulations Economiques* (NRE), conjunto de leis francesa de 2001, que previa obrigações de divulgação de *reports* às empresas – os quais podem reforçar o tratamento extraterritorial das atividades empresariais (Atchabahian, 2022; De Schutter, 2016; Muchlinski, 2011; Deva, 2004) – e que parece ser o caminho atualmente seguido em algumas jurisdições nacionais, como exemplifica o caso *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*<sup>146</sup>.

Houve avanços notáveis também em relação à responsabilidade jurídica quanto à violações a direitos humanos promovida no âmbito nacional. Nesse sentido, 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* dos Direitos Humanos (Sarlet, 2021, 2018; Marques, Miragem, 2012).

Como lembram Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012): a doutrina alemã indica que, em virtude da *Drittwirkung* (efeitos horizontais dos direitos humanos), alguns institutos do direito público migram para o direito privado. Desta forma, agentes privados mais fortes, quando estabelecerem o conteúdo do contrato, passam a ter um ônus no âmbito dessas relações, em especial quando contratam com

---

<sup>146</sup> Julgado em 2020, trata-se de caso julgado pela Suprema Corte do Canadá que reconheceu a competência para apreciar a demanda no âmbito da jurisdição canadense sobre descumprimento do direito internacional consuetudinário relacionado a conduta da empresa *Nevsun Resources Ltd.*, por abuso de direitos humanos alegadamente cometidos pela empresa canadense em relação a trabalhadores em uma mina localizada na Eritreia.

agentes mais fracos (sob ponto de vista financeiro, econômico e técnico), de forma que devem demonstrar que atuaram de forma leal ao limitar a liberdade dos mais fracos, também chamado por Hanau de ônus argumentativo e visto nos contratos de adesão previstos nos arts. 423 e 424 do Código Civil<sup>147</sup> ou nos arts. 46 e 54 do Código de Defesa do Consumidor<sup>148</sup> brasileiros.

Nesse contexto específico de violação de direitos humanos, há ainda a inclusão da responsabilidade extraterritorial que, como aponta Muchlinski (2011), enquanto forma de responsabilização direta das empresas (sobretudo das empresas com sede em países desenvolvidos) pode ser vista como um antídoto para um modelo societário que privilegia o acionista e o separa de forma total da empresa, e também que afasta a responsabilidade da empresa controladora (ou matriz) em relação à empresa subsidiária, na medida em que o próprio objetivo da responsabilização direta é a subversão dessa presunção a partir da noção de que ambas se beneficiam da mesma estrutura econômica em nível global<sup>149</sup>.

Por outro lado, não se pode olvidar que o sentido atribuído para responsabilidade jurídica no âmbito internacional e no direito interno são distintas, afinal, no estado da arte relativo ao estudo do Direito Internacional se admite estritamente a responsabilidade jurídica por parte de Estados, visto que nem sequer se reconhece formalmente a ETN como sujeito de deveres internacionais<sup>150</sup>.

Assim, a ideia de responsabilidade jurídica que ora se adota, de forma geral, para ETNs, é no sentido de que (i) há um *dever jurídico*, reconhecido pelo direito internacional ou ainda pelo direito interno de cada Estado e (ii) devido ao seu

---

<sup>147</sup> Conforme previsto no Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.” e “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

<sup>148</sup> Conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor: “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance” e “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008) § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. § 5º (Vetado)”.

<sup>149</sup> V. seção 2.2.2 deste estudo.

<sup>150</sup> V. seção 3.1. deste estudo.

descumprimento deverá haver alguma sanção correspondente, ainda que de cunho indenizatório.

A questão é: *e quando as ETNs se comprometem a adotar determinados critérios ESG – seja por meio de contrato, seja por meio de declarações públicas – e tais compromissos se mostram falaciosos ou incompatíveis com a realidade? Caso não exista um dever e uma consequência específica, há necessidade de se recorrer a uma teoria geral.*

Feita essas considerações preliminares, parte-se para o primeiro tópico, sobre a atividade empresarial transnacional, no caso de descumprimento de deveres adotados a partir dos critérios ESG, que deverá receber alguma consequência sob ponto de vista jurídico. Neste ponto, evidente que a preocupação pela atribuição de responsabilidade na divulgação de informações sobre a adoção dos critérios ESG é uma realidade que exemplifica a questão.

Como reconhecem Ahmadifar e Williamson (2022), embora o relatório específico de uma empresa no âmbito do PRI<sup>151</sup> possa não se enquadrar necessariamente na definição de publicidade (por exemplo, para efeitos de enquadramento no Direito Consumerista), as empresas são encorajadas a tratar a questão como se fosse um material publicitário, que dele poderão advir consequências positivas (em termos de publicidade), mas também negativas sob ponto de vista jurídico, de modo que os autores sugerem que as apresentações sejam elaboradas por representante da empresa (por exemplo, a figura do *Chief Communications Officer*) em conjunto com assessoria jurídica, para garantir que os relatórios (i) não incluam nenhuma declaração falsa sobre fato relevante, nem omitam fatos relevantes, para evitar que sejam enganosas, (ii) não incluam uma declaração material de fato que a empresa não tenha o como comprovar; (iii) não apresente um benefício potencial sem fornecer o tratamento justo e equilibrado de riscos ou limitações materiais associados; (iv) não faça referência a conselhos de investimento específicos fornecidos pelo consultor que não seja apresentado de maneira justa e equilibrada; (v) não inclua ou exclua resultados de desempenho ou apresente períodos de tempo de desempenho, de maneira que não seja justa e equilibrada.

Neste ponto, a aplicação de normas voltadas para a responsabilidade jurídica relativas às atividades empresariais transacionais deve ser considerada, no mínimo,

---

<sup>151</sup> V. seção 3.3.3 deste estudo.

a partir de quatro aspectos: o primeiro, relacionada à pessoa jurídica enquanto sujeito de direitos e deveres; o segundo, relacionada à atribuição de responsabilidade jurídica com a indicação de sanções específicas; a terceira, relacionada à justiciabilidade<sup>152</sup> – aqui, tomado no sentido amplo de existirem mecanismos jurídicos suficientes para a implementação e garantia de direitos –, inclusive os relacionados à esfera econômica, social e cultural, eventualmente violados pela atividade empresarial transnacional; e, por fim, o quarto aspecto, no sentido de, inexistindo regras positivadas e específicas sobre responsabilidade jurídica, a possibilidade de considerá-las a partir de outra justificativa.

Nesse sentido, o que se entende é que, independentemente da existência ou não de um tratado específico sobre DHE que estabeleça um sistema com sanções específicas e mecanismos para dar cumprimento, ou ainda um sistema específico internalizado por cada Estado, fato é que a própria conduta das empresas, ao anunciarem publicamente sua adesão ou interesse em determinadas causas gera uma expectativa social de que suas condutas seguirão, no mínimo, de acordo com as declarações realizadas – e que isso, de certa forma, compele socialmente ao seu cumprimento.

Entretanto, para além dessa expectativa social, entende-se que gera uma verdadeira responsabilidade jurídica, para além daquela responsabilidade criada especificamente para os Estados quando da violação de direitos humanos. Essa posição se harmoniza com o entendimento apresentado sobre responsabilidades compartilhadas entre Estado e empresas (Hudler; Benacchio, 2020, p. 146-147):

---

<sup>152</sup> Sobre a ambiguidade do conceito de justiciabilidade, esclarecem Michael J. Dennis e David P. Stewart (2004, p. 14-15): “Among scholars and nongovernmental advocates, the term ‘justiciability’ seems to be used most often to refer merely to the existence of a mechanism or procedure to resolve alleged violations of the rights in question. In this view, rights (or disputes about rights) are justiciable when there is a mechanism capable of adjudicating them, and nonjusticiable when one is lacking. A necessary corollary to this formulation is that there is a right to invoke the competence of the Committee; victims of alleged violations have a ‘right of petition’ to bring complaints before the authorized decision maker. In this rather limited sense, the debate over justiciability of economic, social, and cultural rights is simply about creating a mechanism for adjudicating alleged violations. It is not an especially illuminating discussion but does permit the proponents to avoid having to delve into the underlying issues. A more substantive approach to justiciability looks to the nature of the rights and obligations in question and whether complaints about their violation are susceptible to a rational and meaningful resolution by a duly empowered decision maker. On this view, unlike Craven’s, justiciability is not simply a matter of whether the authorized adjudicator is institutionally able to make a reasoned, objective decision. Competent courts can, at least in theory, decide virtually any question put to them and, in the right circumstances, do so fairly, objectively, and, at least superficially, on a reasoned basis. Instead, it has to do with results. The issue of justiciability must turn on an assessment about the overall impact of the adjudicator’s decision: will adjudication contribute to a practical, useful resolution of the issue at hand, which the relevant parties will, in turn, respect and implement?”.

Apesar do difícil cenário exposto, nota-se que as relações econômicas estão passando por grandes mudanças estruturais, que poderão surgir também como novas oportunidades para se repensar o modelo de produção e distribuição de bens e serviços, oportunidade em que poderá ser redimensionado o abismo entre aquelas pessoas que possuem acesso e as que são alijadas do complexo processo de desenvolvimento humano. Caso essas oportunidades sejam negligenciadas, a humanidade enfrentará um hiato na história do desenvolvimento e o custo político será demasiado caro, na medida em que contrário à essência multilateralista e universalizante preconizada pela comunidade internacional. Ou, ao menos, esta é a expectativa gerada – o que faz muito sentido em um contexto no qual o Estado deixa de ser o protagonista exclusivo. Ao mesmo tempo em que a ética é novamente invocada, as vozes das empresas e da sociedade civil ganham bastante peso, especialmente em tempos de enfrentamento de crises globais pela humanidade, em tempos de coronavírus.

No entanto, para evitar digressões e melhor contribuir ao debate, é que se inicia a exploração de uma outra forma de justificar a exigência de responsabilidade jurídica empresarial, ainda que esta exigência não esteja especificamente positivada e delimitada, por exemplo, por meio de um tratado específico no âmbito internacional ou no direito interno.

Nesta senda, como adiantado, a questão é saber se, para além da expectativa social, haveria a existência de obrigações jurídicas geradas a partir da conduta das ETNs. Assim, mais do que verificar em cada sistema se existe ou não esse dever para cada espécie de direito violado e em cada sistema jurídico em si considerado, entende-se fundamental apontar para um caminho viável de se justificar, ao menos nos sistemas que não se identificarem um dever específico e pormenorizado, o emprego de fundamentos subsidiários: a partir do princípio da boa-fé objetiva (e mais especificamente pela proibição do comportamento contraditório, no âmbito do Direito Civil) e também pelo fundamento de justiça conjugado com a eficiência econômica, no âmbito do direito interno.

#### *4.2 FUNDAMENTOS SUBSIDIÁRIOS PARA RESPONSABILIDADE DE ETNS NO DIREITO INTERNO: PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO, JUSTIÇA E EFICIÊNCIA ECONÔMICA*

##### **4.2.1 Proibição do comportamento contraditório**

De forma geral, o princípio da boa-fé objetiva, no qual se insere a proibição do comportamento contraditório, teve sua origem remota no direito pretoriano romano e emprego marginal pelos pandectistas, mas passou por notáveis modificações durante

o século XX, a partir de autores como Gustav Boehmer e Franz Wiecker e Karl Larenz, sobretudo por meio de interpretações conferidas ao artigo 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), também conhecido como princípio *Treu und Glauben* inserido na seção dos direitos das obrigações (*Schuldrecht*), em especial pela revitalização do Direito Civil alemão no pós-guerra e das interpretações conferidas no âmbito da jurisprudência alemã do século XX (particularmente como uma *cláusula geral*<sup>153</sup>), de modo que passou a ter uma tríplice função, a partir de Franz Wieacker, no sentido de (i) servir como cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) criar deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) a restrição do exercício de direitos subjetivos (Schreiber, 2016; Negreiros, 2006; Cordeiro, 2013; Martins-Costa, 2018).

Consoante Antônio Menezes Cordeiro (2013), a boa-fé e consolida a partir da construção wieackeriana, consagrada no § 242 BGB, com larga aplicação prática, não deve ser entendida como remissão para uma equidade pura e simples; há, antes, uma análise sistemática e metódica, com base na “ética normativa material”, a partir da boa-fé como concretização do plano legal, em áreas de explicitação insuficiente, a boa-fé como regra de comportamento ético-jurídico com fundamentos extralegais, mas não opostas à lei, e a boa-fé como meio de rompimento do Direito legal, quando da ocorrência de quebras ético-jurídicas.

Para Negreiros (2006) na promoção de uma ética de solidariedade contratual, o princípio da boa-fé opera de diversas formas, e em todos os momentos da relação contratual, desde a fase de negociação à sua execução, constituindo-se, portanto, uma fonte de deveres e de limitação de direitos, que é contornada por aquela tripartição das funções.

Não se pode, à evidência, desconsiderar que há uma generalidade e amplitude, ainda que sob os critérios estabelecidos para a boa-fé objetiva. Como aponta Judith Martins-Costa (2018), ao observar o enunciado do art. 422 do Código Civil

---

<sup>153</sup> Conforme aceção de Judith Martins-Costa (2018, p. 139): “A utilização da cláusula geral da boa-fé mostrou-se particularmente frutífera na jurisprudência alemã do segundo pós-guerra do século XX, por forma a permitir a construção ou o desenvolvimento, no Direito Obrigacional, de várias hipóteses que hoje estão perfeitamente assentadas, algumas delas inclusive vindo a ser, posteriormente, fixadas na própria lei civil. Recordem-se os casos de *exceptio doli*; a inalegabilidade de nulidades formais, em certas hipóteses, reunidas sob a denominação de *Verwirkung*; a culpa na formação dos contratos (*culpa in contrahendo*) e todo o desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual; o alargamento dos casos de abuso da posição jurídica; a modificação das obrigações contratuais por alteração superveniente das circunstâncias, dentre outros.”.

brasileiro<sup>154</sup>, verifica que este não define o que é a boa-fé, não descreve um comportamento para agir-se segundo a boa-fé, não delimita as condições em que um contrato seria executado na forma da boa-fé e, por fim, não indica qual seria a extensão desse dever e as consequências de sua infração, de modo que, é no quadro da relação contratual concretamente estabelecida é que deve ser aplicada a boa-fé, dentre outras, a ser avaliado quando apreciar demanda fundamentada na violação ao comportamento segundo a boa-fé, a demandar uma conduta valorativa do interprete.

De todo modo, enquanto princípio jurídico e ideia ordenadora, trabalhado a partir da construção doutrinária e jurisprudencial do tema, por sua vez, sede espaço para a formulação de regras, a exemplo do dever de informar, de não revelar o que se soube durante a fase preliminar, na de indenizar os prejuízos causados pela ruptura das negociações (Junqueira, 1992). E, à medida essas regras vão sendo formuladas, “(...) os operadores do direito já não precisam apelar para o princípio da boa-fé, que passa a ser *ratio legis*, e não, *lex*” (Junqueira, 1992, p. 89).” – o que parece ser o caso, por exemplo, das consequências oriundas das relações transnacionais.

Neste ponto, Teresa Negreiros (2006) embora reconheça que a invocação generalizada e romântica do princípio da boa-fé, sobretudo a partir da ideia protetiva do consumidor, é tão perigosa quanto a noção oposta, no sentido de que haveria níveis diversos de intensidade nas relações mercantis, com a finalidade de tornar esse domínio imune às inovações desse princípio e indica que “É justamente aí, no campo das relações mercantis, tão sensível aos imperativos da globalização e da uniformização das práticas contratuais, que a boa-fé terá uma função verdadeiramente inovadora. Ou não.” (Negreiros, 2006, p. 154).

Por sua vez, e de forma mais específica, a proibição do comportamento contraditório – que, repisa-se, se insere no contexto do princípio da boa-fé objetiva, enquanto corolário deste – também conhecida pelo brocardo (*nemo potest venire contra factum proprium*), está inserida no âmbito da terceira função<sup>155</sup>.

Essencial indicar que a finalidade da proibição do comportamento contraditório é a tutela da confiança, esta última como base de coesão social, que reforça a tutela

---

<sup>154</sup> Conforme previsto no Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”.

<sup>155</sup> Por exemplo, Menezes Cordeiro (2013) inclui a questão no capítulo III sobre o exercício inadmissível de posições jurídicas; Schreiber (2016); Judith Martins-Costa (2018) inclui a questão no capítulo oitavo sobre a função corretora da boa-fé e o exercício jurídico.

das expectativas legítimas dos indivíduos em relação ao comportamento alheio (Miragem, 2021b).

Para Miragem (2021b), a confiança é valorizada em um sistema que privilegia a circulação de bens e seria uma das bases de coesão social, a partir da qual os membros de uma comunidade estabelecem certos padrões para a convivência social e a causa de redução da complexidade da vida social, e que implica na necessidade reforço da tutela das expectativas legítimas dos indivíduos em relação ao comportamento alheio. Desta forma,

[...] a proteção da confiança a estabelece como fonte autônoma de responsabilidade, na hipótese em que um dos sujeitos da relação obrigacional viole os deveres que dela são decorrentes. Esta responsabilidade pela confiança (*Vertrauenshaftung*) constitui o modelo essencial pelo qual se reconhece a proteção da crença gerada a partir do comportamento das partes em dada relação obrigacional, seja em relação a sua constituição, execução ou mesmo após sua extinção, preservando-se os efeitos decorrentes da crença estabelecida.

Sobre a aplicação da proibição do contraditório, explica Schreiber que há quatro pressuposto para sua aplicação, a saber: (i) a existência de um *factum proprium*, ou seja, conduta inicial – esta, a princípio, não seria vinculante por si, mas torna-se vinculante em razão de despertar em alguém a expectativa de cumprimento pela confiança; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta – neste ponto, não basta que haja confiança, ela deve ser legítima, isto é, deve derivar razoavelmente do comportamento inicial; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, nesta medida, violador da confiança), e (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição, de modo que as situações experimentadas no âmbito da adoção de critérios ESG deverá se amoldar a partir desses pressupostos.

#### **4.2.2 Justiça e a Eficiência Econômica**

Não há como adentrar na questão da possibilidade de um fundamento de justiça para responsabilidade jurídica, que ora se entende por subsidiário, sem antes contemplar o vasto repertório de compreensões sobre a ideia de justiça. Isto é, há necessidade de identificação de um possível fundamento de justiça e conjugá-lo com a noção de eficiência econômica, anteriormente debatida.

Conforme debatido a respeito da eficiência econômica<sup>156</sup>, inferiu-se que a alocação de recursos em escala global é realizada por meio de uma organização empresarial específica (a ETN), que toma decisões a partir da gestão do conhecimento, com a finalidade de (i) maximizar a produção e facilitar a circulação, inovação e publicidade de produtos e serviços, (ii) reduzir as dificuldades e custos envolvidos nas transações de mercado complexas e (iii) atingir equilíbrio para maior utilidade em benefício das partes envolvidas, (iv) atender às instituições estabelecidas (“regras do jogo”); e, por fim, (v) obter lucro.

Isto é, a eficiência econômica permite a compreensão no sentido de que as decisões estratégicas sobre as atividades empresariais transnacionais, em especial sobre a alocação de bens, são tomadas com o objetivo de obtenção de benefícios econômicos, em especial auferir lucro. E, a questão é saber se a obtenção desses benefícios econômicos, por si, poderia justificar a responsabilidade jurídica da empresa, a partir da justiça.

De início, importante pontuar que não há, a rigor, uma oposição real entre economia e Direito. Para aqueles que cogitam as questões éticas enquanto uma linha de inquirição demasiado marginal no âmbito da Economia, Amartya Kumar Sen (1988) mostra que tal suposição é equivocada, visto que a Economia já foi considerada inclusive como objeto de estudo no campo da Ciência Moral e, segundo o seu entendimento, tampouco deveria ser dissociada do estudo da Ética<sup>157</sup>.

Quando muito, há uma relação de complementariedade, isto é, há certas abordagens que podem ou não coincidir, mas que devem ser harmonizadas. Neste ponto, Benacchio (2011, p. 10-11), aponta no sentido de que um modelo jurídico (de regulação) da economia

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

---

<sup>156</sup> V. seção 2.3 deste estudo.

<sup>157</sup> Como aponta Sen (1988): “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.”

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.

Assim, com o fito de buscar essa justificativa a partir da justiça, é que se aponta a existência de diversas noções ou ideias de justiça. Essa noção, sem dúvida, é anterior e, de certa forma, um pré-requisito para estabelecimento dos limites sobre as características e elementos de avaliação da norma jurídica (Ferraz Júnior, 2003).

De fato, a ideia de justiça ilumina a concepção de Direito, tal como a luz de uma lanterna mostra os possíveis contornos dos caminhos a serem percorridos, embora não necessariamente se confunda com o caminho em si, que dependerá inclusive do direcionamento dado pelo seu portador. Torna-se, portanto, necessário trilhar algumas dessas compreensões, conforme indicará a seguir.

Como primeiro ponto, no século IV a.C, Aristóteles (1991), ao longo da obra *Ética a Nicômaco*, no Livro V, já trazia uma noção de justiça enquanto uma qualidade ou virtude prática das interações humanas. Na ótica de Aristóteles (1991), há formas distintas de justiça: a justiça distributiva (isto é, associada à forma como há a distribuição de bens e recursos em sociedade), orientada pela igualdade proporcional, no sentido de que as devem receber tratamento de acordo com sua contribuição e segundo mérito ou virtude; e a justiça corretiva, que tinha por finalidade o restabelecimento do equilíbrio de relações. Neste contexto, a lei (ou norma jurídica), deveria reforçar a ideia de justiça.

De outra banda, a ideia de justiça também poderia ser algo inefável para a sociedade humana. Por esta hipótese, se originada de uma ordem transcendental, ainda que não se confunda com aquela exercida pelo governo de uma sociedade humana, poderia ser útil e convergente, sobretudo a partir das ideias de caridade e amor ao próximo, conforme se extrai da abstração de Santo Agostinho (2000) sobre a Cidade Terrena (justiça dos homens) e a Cidade Celeste (justiça divina).

Independente da natureza da justiça, de grande relevo é a discussão sobre se a ideia de justiça poderia colidir com a própria norma jurídica. Neste sentido, uma das principais representações do possível embate entre norma jurídica e a ideia de justiça está na obra *Antígona*, atribuída à Sófocles, em torno de 441 a.C. O texto narra a

história da personagem Antígona que, diante de um decreto do rei tebano Creonte (que representa o Direito e a norma jurídica), proíbe o enterro do seu irmão Polinices e a personagem acredita que era seu dever moral a realização do enterro adequado (ideia de justiça ou moral e a norma divina).

Nesta mesma linha, o raciocínio de Marco Túlio Cícero, formulado em torno de 52 a.C, ao assumir que nem toda norma jurídica – ainda que fosse o fundamento da República e a forma por excelência para instituir a justiça em sociedade – poderia ser válida se fosse injusta.

Com efeito, o cumprimento de uma norma jurídica sem que haja a respectiva reflexão sobre um possível critério de justiça – isto é, uma retomada filosófica sobre o questionamento *ético* que irradia o Direito – pode levar a humanidade a realizar as piores atrocidades, de forma acrítica e mecânica, levando o indivíduo comum a ser um mero cumpridor de ordens irrefletidas e atroz, cujo ápice se evidenciou no curso do século XX pela ascensão e implementação sistematizada da ideologia de extermínio promovida pelo nazismo (Arendt, 2013) – e de tantos outros, infelizmente ainda em curso e apoiado pela atividade econômica transnacional e seu impacto ambiental, social e econômico nas comunidades originárias (Pereira, 2021).

Neste ponto, e ao verificar a existência de tantas situações de iniquidade, motivadas exclusivamente pela obtenção de benefício econômico – é que se torna persuasivo questionamentos como o apresentado por Peter Singer (1973), no sentido de que diante da capacidade de se prevenir um sofrimento extremo (como por exemplo a fome) sem sacrificar algo de igual valor moral, há a obrigação moral de agir, ainda que não seja o agente causador direto daquele sofrimento – e que podem ser interpretados e, eventualmente, validados no âmbito jurídico.

Por outro lado, a ideia de justiça também poderia ser considerada como uma instituição social, originada mais especificamente a partir de um contrato social. Neste ponto, John Rawls (1958) sugere, como critério de justiça, uma noção de que as pessoas devem ser tratadas com equidade, independente de suas habilidades, circunstâncias ou contribuições, e que tal forma poderia ser aferida a partir de dois princípios: o primeiro, de que cada pessoa tem direitos de liberdade<sup>158</sup> e que tais

---

<sup>158</sup> Por exemplo, direito a vida, a propriedade, a liberdade de expressão, de professar a religião, de reunião e associação.

liberdades devem ser compatíveis com os direitos de liberdade de todos<sup>159</sup>; o segundo, de que as desigualdades sociais e econômicas (isto é, a distribuição de recursos em uma sociedade) são permitidas, desde que benéficas para todos os membros e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos em condições de igualdade de oportunidades.

Ou, ainda, de forma mais específica, como entendido por Sen (2013), em um contexto de expansão das liberdades reais, garantido a partir do alijamento de barreiras que limitam essa possibilidade, a exemplo da fome, pobreza, ausência de meios para participação popular na vida política, carência de oportunidades.

Sem dúvida, esse último caminho interpretativo tem papel central na argumentação pública<sup>160</sup> e pode ser empregado enquanto fundamento para responsabilidade jurídica, na medida em que prestigia politicamente noções e princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito<sup>161</sup> – modelo este que, a título de comparação, pode ser avaliado a partir das teorias sociais que buscam entender ou ainda propor uma ideia de justiça conjugada à possibilidade de sua efetivação no mundo real<sup>162</sup> (Sen, 2006).

Assim, pode-se conceber que a atribuição de responsabilidade jurídica de empresas a partir da adoção dos critérios ESG seria justa, como forma de se afastar barreiras que limitam a expansão das liberdades reais das pessoas que sofrem os impactos da divulgação de informações não verdadeiras, e que como decorrência disso permite-se a perpetuação da ameaça e menoscabo aos direitos humanos que, em última análise, fulmina os alicerces do próprio Estado Democrático de Direito.

Ainda que, como delineado por Teubner (2006), o processo democrático, em si, não necessariamente garanta a realização de um ideal de justiça para pessoas concretas, e tampouco a realização da justiça preconizada pelos direitos humanos ditos universais, na medida em que a escolha de um conceito positivo de justiça na

---

<sup>159</sup> Rawls esclarece que os direitos de liberdade podem ser ampliados, desde que isso não acarrete na redução dos direitos de liberdade que todos teriam, ao indicar: "It might be argued at this point that justice requires only an equal liberty. If, however, a greater liberty were possible for all without loss or conflict, then it would be irrational to settle on a lesser liberty. There is no reason for circumscribing rights unless their exercise would be incompatible, or would render the practice defining them less effective. Therefore no serious distortion of the concept of justice is likely to follow from including within it the concept of the greatest equal liberty" (Rawls, 1958, p. 167).

<sup>160</sup> Neste sentido, Amartya Sen (2006; 2009).

<sup>161</sup> V. seção 3.1 deste estudo.

<sup>162</sup> Como identificado por Amartya Sen, as teorias de escolha social, originadas a partir dos estudos de Condorcet no século XVIII e aprofundadas por Kenneth Arrow no século XX, podem ter abordagens diferentes (2006).

relação entre comunicação e ser humano é impossível, então o que resta é outra opção, que considere que a dimensão profunda dos conflitos entre a comunicação, por um lado, e a mente e o corpo, por outro, só possa ser, na melhor das hipóteses, presumida pela lei. Afinal, como aponta Teubner (2006, p. 345, tradução nossa<sup>163</sup>):

A Justiça dos direitos humanos, na melhor das hipóteses, só pode ser formulada negativamente. Seu objetivo é remover situações injustas, e não necessariamente criar situações justas. É apenas o contraprinípio às violações comunicativas do corpo e da alma, um protesto contra as desumanidades da comunicação, sem nunca ser possível afirmar positivamente quais as condições de uma comunicação “justa” do ponto de vista humano. Nem os programas emancipadores da modernidade ajudam em nada. Nenhuma informação vem de critérios de envolvimento democrático dos indivíduos em processos sociais, já que somente as pessoas participam, não os corpos ou as mentes. Desse ponto de vista, só podemos ficar perplexos com a ingenuidade do romantismo participativo. Procedimentos democráticos não são um teste para a justiça dos direitos humanos de uma sociedade. Igualmente desinformativas são as teorias de universalização que procedem de forma transcendental por meio de características a priori ou pela universalização a posteriori de necessidades expressas. O que tais abstrações filosóficas têm a ver com indivíduos humanos reais? O mesmo se aplica às teorias econômicas de preferências individuais agregadas por meio de mecanismos de mercado.

Com efeito, as noções abstratas de justiça não seriam suficientes para explicar (ou justificar a contento) o porquê uma ETN, que adotou os critérios ESG como forma de avaliação e que divulgue informações não compatíveis com os impactos reais causados em comunidades locais, deva abrir mão de parte de seu lucro legitimamente obtido, no contexto de sistema de produção capitalista, com a intenção de destiná-lo a reparar ou evitar danos, os quais são indispensáveis muitas vezes para a realização de suas atividades empresariais no âmbito da economia global, caso não tenha uma obrigação ou dever específico a ele relacionados no âmbito jurídico, mas quando muito uma expectativa social.

---

<sup>163</sup> No original: “The justice of human rights can, then, at best be formulated negatively. It is aimed at removing unjust situations, not creating just ones. It is only the counter-principle to communicative violations of body and soul, a protest against inhumanities of communication, without it ever being possible to say positively what the conditions of ‘humanly just’ communication might be. Nor do the emancipatory programmes of modernity help any further. No information comes from criteria of democratic involvement of individuals in social processes, since only persons take part, not bodies or minds. From this viewpoint one can only be amazed at the naivety of participatory romanticism. Democratic procedures are no test of a society’s human rights justice. Equally uninformative are universalisation theories that proceed transcendently via a priori characteristics or via a posteriori universalisation of expressed needs. What do such philosophical abstractions have to do with actual human individuals? The same applies to economic theories of individual preferences aggregated through market mechanisms.”

Neste caso, o fundamento para a atribuição de responsabilidade jurídica não seria a obtenção de benefício econômico para redução de desigualdades ou rompimento de barreiras ao desenvolvimento humano, isto é, seria em razão da necessidade de manutenção do próprio sistema, sobretudo em um contexto em que se pretende a sobrevivência de um sistema capitalista em que se preconiza a prevalência dos direitos humanos, ainda que dotado de falhas e insuficiências inerentes a qualquer processo em construção.

Desta forma, possível concluir que uma forma de contornar esse problema seria justificar a responsabilidade jurídica de ETNs a partir de alguns pontos, a serem considerados a cada caso: (i) constatação de existência de vítimas de atividades empresariais transnacionais e quais os bens jurídicos efetivamente foram afetados; (ii) da (necessária) autopreservação ou manutenção procedimental do sistema existente; (iii) da constatação de que a divulgação da análise a partir dos critérios ESG adotados pela empresa não condizem com a realidade dos impactos causados por ela; (iv) da identificação dos benefícios econômicos auferidos pela empresa no contexto específico dos danos causados; (v) de delimitação das condutas que poderão ser realizadas, com reflexos econômicos imediatos ou não, em proveito da comunidade local, para eliminar ou reduzir os impactos causados pela atividade empresarial transnacional, com o objetivo de reparo dos danos causados para atingir o convívio e coexistência dos setores envolvidos.

Neste passo, uma aproximação entre a eficiência econômica e a justiça (ainda que considerada sob o estrito ponto de vista da manutenção do sistema capitalista) devem convergir. Sobre a eficiência, tal como ilustram Vailatti e Benacchio (2020), ao analisar a incorporação da eficiência como modelo de gerência empresarial para a administração pública, e ao apontar que este não pode estar dissociado da finalidade estatal de promoção de bem-estar social:

Na concepção em questão, o modelo de gestão estatal deve utilizar-se das concepções empresariais de eficiência. Contudo, sem se esquecer de que o objetivo final do Estado (promoção do bem-estar social e regulação da vida em sociedade) não se pode confundir com o da empresa (lucro).

Além disso, a empresa constitucional continua com o objetivo voltado ao lucro do empresário. Todavia, além do lucro, seu cerne também está voltado na efetivação dos direitos fundamentais. Ao realizar tal ação, em momento algum, objetiva-se retirar do Estado tal incumbência, mas sim reparti-la, sem, contudo, inviabilizar a atividade do empresário.

Neste sentido, a grande ferramenta de mediação que poderá transitar no modelo capitalista como forma de conciliar os interesses do empresário (lucro) com o desenvolvimento humano será por meio da eficácia horizontal

dos direitos fundamentais, a qual se deve frisar não pode ser absoluta, sob pena de descaracterizar a iniciativa privada. (Vailatti; Benacchio, 2020, p. 56).

Assim, a despeito da existência de uma dada norma jurídica, a interpretação desta norma é realizada de tal sorte que ela se torne insuficiente para promover o fundamento de justiça já eleito e contido nela. Exemplo disso, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, pode ser extraído no âmbito do direito à saúde<sup>164</sup>. De um lado, a norma jurídica estabelece como prioridade o direito à vida e à saúde do paciente (por exemplo, nos artigos. 6º, 193, 200 da Constituição Federal); de outro, a par da insuficiência de um sistema público de saúde, autoriza e incentiva a exploração pela iniciativa privada estabelecendo um rol de procedimentos que obrigatoriamente devem ser custeados, como forma de garantir aqueles direitos.

Em um caso hipotético, é possível verificar que a empresa que atua no ramo da saúde, por exemplo, ao divulgar análises favoráveis sobre a sua adoção de critérios ESG sobre o atendimento de beneficiários, recusa-se à realização de um dado procedimento que não esteja previsto no contrato e ou em outra norma jurídica aplicável, de forma sistêmica e reiterada. A questão é saber como se deve interpretar a responsabilidade que lhe seria correspondente.

Em primeiro lugar, já se identifica a análise a partir do fundamento de justiça que, de forma subsidiária, caso inexistir um fundamento específico, poderá auxiliar nessa atribuição. De forma abstrata, seria a divulgação inadequada de avaliações favoráveis ESG sobre o tratamento conferido a pacientes, mas que, na prática, revela que o direito à vida e à saúde do paciente não são prioridades do plano.

No entanto, mesmo nesses casos, tais direitos não poderiam ser considerados de forma absoluta, sem que se verifique, na prática, as relações econômico-financeiras, o contexto das relações analisadas e as partes envolvidas.

Assim, seria indispensável, em um segundo momento, verificar o contexto da eficiência econômica. Neste ponto, não se deve analisar apenas o possível prejuízo imediato e aparente dos beneficiários do plano de saúde, mas a relação inserida no profundo contexto econômico. Isto é, não basta entender que o plano de saúde, naquele caso individual, poderia ter um prejuízo material pelo custeio do procedimento

---

<sup>164</sup> Vale mencionar que o direito à saúde é considerado um direito humano e se encontra positivado não apenas no ordenamento jurídico, mas também em âmbito internacional por meio do art. 12-1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais, Culturais e Econômicos de 1966. O Brasil é um dos países signatários.

não previsto expressamente na norma jurídica. Deve-se considerar também a relação de forma concreta e ao longo do tempo (por exemplo, o período que o beneficiário se utiliza do plano e o valor de suas contribuições financeiras), assim como encará-la no contexto econômico mais amplo, isto é, o sistema econômico no qual inseridos (se as partes estão em relação de assimetria ou poderiam ser consideradas como equivalentes, se os custos são expressivos ou não).

Nesse sentido, sob um ponto de vista econômico, têm-se, por hipótese a seguinte análise: a) a existência de um paciente que está adimplente e pouco se utilizou do plano de saúde, inclusive no período de pandemia quando houve uma drástica redução de atendimentos rotineiros e não urgentes, com conseqüente redução de custos para a empresa durante certo período; b) há o interesse específico da empresa em manter esses custos no mínimo, em razão do objetivo de maximização do lucro, que não deixa de legítimo e inerente à lógica capitalista (o que não se critica, em absoluto, na medida em que o sistema jurídico brasileiro é capitalista em essência); c) a possibilidade de prejuízo material imediato ao plano de saúde e um risco sistêmico de internalizar gastos em escala e de forma não programada.

Elementos esses que, ao serem considerados em conjunto com a prática inadequada da divulgação de análises positivas na adoção de critérios ESG, podem levar ao entendimento de que a negativa de cobertura pela empresa traz prejuízos sociais e econômicos relevantes. Neste ponto, importante seria verificar se a norma jurídica, que elegeu como prioridade a vida e a saúde do paciente, poderiam ser irremediavelmente prejudicadas se, a partir de uma interpretação exclusivamente subsumida a partir da noção de eficiência econômica, fossem afastadas no caso concreto.

A par dessas considerações, adota-se, portanto, a concepção segundo a qual, considerada a eficiência econômica, que não deve prejudicar o sistema jurídico que preconiza a prevalência de direitos humanos, é que em caráter subsidiário se poderia encontrar também na justiça o fundamento jurídico para a responsabilidade de ETNs, como forma de se (i) afastar barreiras que limitam a expansão das liberdades reais das pessoas que sofrem os impactos da divulgação de informações não verdadeiras, e que como decorrência disso a perpetuação da ameaça e menoscabo aos direitos humanos que, em última análise, fulmina os alicerces do próprio Estado Democrático de Direito ou, (ii) ainda como necessidade de manutenção do sistema jurídico existente.

### 4.3 RESPONSABILIDADE JURÍDICA A PARTIR DE UM TRATADO SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: ENTRAVES POLÍTICOS, TEÓRICOS E MODELOS PROPOSTOS

#### 4.3.1 Entraves políticos e teóricos ao tratado sobre Direitos Humanos

Desde a década de 1970, há o debate sobre a efetividade dos Direitos Humanos e Empresas (DHE), em especial pela inexistência de um tratado específico que regule as atividades empresariais transnacionais e estabeleça responsabilidades jurídicas, sanções e mecanismos específicos.

Como explica Bernaz (2017), a década de 1970 foi um período de grandes mudanças, marcada por uma série de crises, escândalos e conflitos com influência profunda no Ocidente, como a crise do petróleo, a crise econômica seguida à crise do petróleo, a onda de expropriações de capital estrangeiro ocidental por parte de países em desenvolvimento, o fim do sistema de taxas de câmbio fixas, o escândalo Watergate, a guerra árabe-israelense e a retirada de tropas americanas do Vietnã. Nos Estados Unidos, o próprio golpe contra o presidente democraticamente eleito do Chile, Salvador Allende, foi ocasionado pelo envolvimento da ETN ITT<sup>165</sup>, que levou justamente ao questionamento sobre a responsabilidade empresarial.

Em fase embrionária, por meio de seus mecanismos institucionais internos e utilizando-se como marco histórico e simbólico o caso de Salvador Allende, a ONU abrigava o cerne da ideia de regulação da atividade empresarial transacional a partir de um Código de Conduta (*United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*), doravante indicado como *Código de Conduta*, cuja primeira versão foi elaborada por um grupo de *experts* e proposta em 1983, no âmbito do Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC), e a partir do trabalho desenvolvido pela UNCTC (Sauvant, 2015).

Importante esclarecer que o Centro das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais (1975-1992) se tratava de um órgão autônomo no contexto do Secretariado das Nações Unidas, sancionado pela resolução 1913 (LVII), de 1974, do Conselho Econômico e Social daquela organização, e foi criado com o objetivo de analisar todas as questões relacionadas com o Investimentos diretos estrangeiros e

---

<sup>165</sup> Sigla inglesa referente à empresa *International Telephone & Telegraph Inc.*

as empresas transnacionais. Somente em um segundo momento é que foi incorporado pela Divisão de Empresas Transnacionais e Gestão do Departamento de Desenvolvimento Econômico e Social das Nações Unidas (1992-1993). Por fim, em 1993, o programa foi transferido para a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).

Nesse contexto, relevante notar a existência de entraves políticos para consolidação desses conceitos no âmbito do direito internacional – o que, de certa forma, inquinou para a negligência do projeto do Código de Conduta onusiano. Para Sauvart (2015), há um grande entrave sobre as interpretações que buscam delimitar as espécies e abrangência dos Direitos Humanos em pauta, principalmente devido aos interesses divergentes entre Estados desenvolvidos, que focam na proteção de investidores, e Estados em desenvolvimento, que não querem perder investimentos, tampouco o espaço de decisão sobre políticas de desenvolvimento.

Além disso, o setor empresarial não foi suficientemente envolvido na sua confecção. Em verdade, como destaca Ramasastry (2015), as normas não foram nem mesmo debatidas pelos Estados, mas sim representavam um documento elaborado por especialistas acadêmicos, de modo que o setor privado enxergava isso como um processo disfarçado de tratado, e que fazia referência a uma lista intimidadora de outros tratados a ele vinculados.

De todo modo, desde a 25ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, de 26 de junho de 2014, na qual foi adotada a resolução 26/9, que estabeleceu o grupo de trabalho intergovernamental sobre ETNs com respeito aos direitos humanos com o objetivo de elaboração de um instrumento jurídico internacional vinculativo para regular, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, as atividades de ETNs, foram realizadas nove sessões, com apresentação de três projetos distintos, que foram revisados e serviram de base para negociações. Fato é que, já se passou mais de uma década e o debate se encontra sem desfecho ou qualquer previsão para aprovação do texto submetido<sup>166</sup>.

Por outro lado, digno de nota que a comunidade europeia sinaliza o que aparenta ser um interesse genuíno no estabelecimento de mecanismos de *Due Diligence* em Direitos Humanos (HRDD) e da responsabilidade jurídica de ETNs em

---

<sup>166</sup> Conforme consulta realizada em 18/04/2024 sobre o andamento das negociações no sítio: <https://www.ohchr.org/en/business-and-human-rights/bhr-treaty-process>. No entanto, é de conhecimento que será realizada a 10ª sessão em junho de 2024.

relação a violações à direitos humanos na cadeia de produção, a exemplo da recente votação no Parlamento Europeu que, em 24/04/2024 aprovou a *Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)*, por meio de votação em data simbólica, no ano do 11º aniversário do desabamento do edifício Rana Plaza, em Bangladesh, em 2013, que matou 1138 trabalhadores da indústria têxtil e feriu mais de 2000 pessoas (HRW, 2024)

A legislação em comento, se aprovada<sup>167</sup>, conferirá poderes aos órgãos reguladores no âmbito da comunidade europeia para adotarem medidas diretas contra empresas que não realizam essa *due diligence* e, em algumas situações, permitirá que vítimas de abusos corporativos recorram aos tribunais europeus para veicular seus pleitos judiciais (HRW, 2024; EP, 2024) – e, sem dúvida, poderá influenciar (ou facilitar) o processo de adoção de um tratado de direitos humanos e empresas, caso obtenha experiências positivas em nível regional.

Fato é que, como antecipado, 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 no sentido jurídico e do ponto de vista do Direito Internacional Público, com possibilidade de responsabilização de indivíduos, e não de Estados –, as ETNs não possuem uma responsabilidade jurídica e consequências específicas bem delineadas (Muchlinski, 2021; Jägers, 2021; Bernaz, 2017; De Schutter, 2016; Ramasastry, 2015; Weissbrodt, 2014; Ruggie, 2013; Deva, 2021, 2020, 2004, 2003; Bantekas, 2004).

Ademais, os instrumentos disponíveis, conforme visto<sup>168</sup>, permanecem para a maioria dos estudiosos de DHE e de Direito Internacional enquanto instrumentos não vinculativos ou de natureza meramente voluntária, em especial no contexto de aplicação das normas do direito internacional. Entretanto, esse posicionamento é passível de questionamento.

Antes de qualquer ponderação específica sobre os possíveis caminhos para o tratado de direitos humanos e empresas, no âmbito do direito internacional, importante compreender que, independentemente da existência de vinculatividade a esses instrumentos há certa eficácia normativa para os compromissos assumidos globalmente, por no mínimo duas razões, apontadas por Nadia Bernaz (2017): a uma, é que se tornou lugar comum o reconhecimento do poder econômico e influência

---

<sup>167</sup> A votação contou com 374 votos favoráveis, 235 contrários e 19 abstenções (EP, 2024).

<sup>168</sup> V. seção 4.1. deste estudo.

política imanente de ETNs como fundamento para essa atribuição de responsabilidade, que é reforçada por relatórios de ONGs que monitoram especialmente as violações cometidas direta ou indiretamente no exercício da atividade empresarial; a duas, 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 (como os grupos paramilitares), cujo alcance pelo Direito Internacional é limitado, de modo que a estratégia de exposição reputacional (*naming-and-shaming*) na medida em que a atividade empresarial depende da boa imagem para sobrevivência do próprio empreendimento – o que compele tais empresas a atuarem de acordo com o declarado por elas.

Desde a década de 1970, a ONU, por meio de seus mecanismos institucionais internos – e utilizando-se como marco histórico e simbólico o caso de Salvador Allende – trouxe a ideia de regulação da atividade empresarial transacional a partir de um rascunho de *Código de Conduta* (Sauvant, 2015). Relevante notar a existência de entraves políticos para consolidação desses conceitos no âmbito do direito internacional – o que, de certa forma, inquinou para a negligência do projeto do Código de Conduta onusiano.

De todo modo, como reconhecido por Nicola Jägers (2021), a falta de referência à responsabilidade e prestação de contas empresarial em narrativas concorrentes no âmbito da política indica que os DHE até o momento não parecem funcionar como uma diretriz para os Estados sobre como envolver o setor privado no alcance de metas de sustentabilidade (ambiental) de uma maneira que reconheça suas responsabilidades em matéria de direitos humanos, com prevalência da perpetuação da narrativa da RSE de vincular a conduta empresarial responsável à filantropia. Além disso, os Estados continuam a perseguir uma estratégia de “desenvolvimento primeiro, direitos humanos depois” e as agências da ONU com falta de recursos flertam cada vez mais com as empresas para formar “parcerias sem princípios” (Jägers, 2021).

#### **4.3.2 Modelos possíveis de adoção segundo a doutrina de DHE**

A doutrina de DHE desenvolveu possíveis sugestões de modelos, sobretudo para superação dos entraves teóricos (Bernaz, 2021; De Schutter, 2016; Cassel, Ramasastry, 2016; Deva, 2004, 2003; Bilchitz, 2016).

Ao analisar a questão, Deva (2004) aponta a existência de ao menos quatro pontos fundamentais a serem abordados: (i) *quem deveria regular as atividades de ETNs?* Deveria ser feito por Estados, organizações internacionais, órgãos da sociedade civil (por exemplo, pela mídia, ONGs ou advogados e acadêmicos com interesse público)? Deve ter fontes internas, externas ou uma combinação de ambas?; (ii) *quais seriam as áreas ou atividades que devem ser reguladas?*; (iii) *onde a regulação deve ocorrer?* Em nível institucional (interno das empresas), nacional, regional ou internacional?; (iv) *como deve ser aplicada a regulação (enforcement)?* ou seja, como lidar com as ETNs que não cumprem com as normas a elas aplicáveis?

Deva (2004) explica que o estabelecimento de um regramento, sob ponto de vista de quem deverá promovê-lo poderá assumir quatro níveis (institucional, local, regional e internacional), que podem ser categorizados também a partir da participação ou envolvimento de Estados (unilateral, bilateral, multilateral e internacional). Neste passo, aponta o autor que o estabelecimento de normas jurídicas de forma unilateral seria imposta por um único Estado, sem acordos com outros Estados, e que pode ser subdividido em regulação pelo Estado-sede (onde a empresa está registrada) e regulação pelo Estado-anfitrião (onde empresa opera); o estabelecimento de normas jurídicas bilateral seria um acordo entre dois Estados com o objetivo de impor obrigações às ETNs; estabelecimento de normas jurídicas multilaterais e regionais consistiria em um acordo entre vários Estados, com alcance ampliado; o estabelecimento de normas jurídicas internacionais envolveria a criação de um órgão internacional responsável por estabelecer e aplicar as obrigações às ETNs.

Diante disso, Bernaz (2021) aponta a possibilidade de ao menos quatro modelos de responsabilidade jurídica passíveis de serem adotados por meio do tratado de DHE, sumarizados a seguir: (i) *Modelo dos Princípios Orientadores*; (ii) *Modelo da Declaração Universal de Direitos Humanos*; (iii) *Modelo progressista*; (iv) *Modelo transformador*.

Sobre o *Modelo dos Princípios Orientadores*, por meio do qual a responsabilidade empresarial é baseada no requisito já conhecido de “não causar danos”, enquanto expectativa social aplicável a todas as empresas (independente se ETNs ou não). Neste modelo, a responsabilidade de respeitar os direitos humanos é mera conduta esperada pelas empresas e direcionada para a sociedade como um todo (indivíduos e comunidades consideradas de forma ampla), tal qual previsto no

Princípio 29 dos Princípios Orientadores, integrante do Pilar III, sobre acesso a mecanismos de reparação no âmbito operacional. A responsabilidade das empresas se limita ao respeito aos direitos humanos, inexistindo o dever de proteção e com interpretação restrita, como ocorre sob o Pilar II dos Princípios Orientadores, e que limita também a compreensão sobre quais direitos humanos devem ser respeitados, isto é, aqueles indicados no Princípio 12 (os reconhecidos internacionalmente, entendidos, no mínimo, como os expressos na Carta Internacional de Direitos Humanos, na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho).

A respeito do *Modelo da Declaração Universal de Direitos Humanos*, identifica-se como um tipo mais amplo de responsabilidade, baseada no direito internacional, mas sem mecanismos específicos de aplicação. Baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), resolução desprovida de caráter vinculativo e sem qualquer mecanismo de acompanhamento, controle ou reparação específicos, adotada em 1948 quando da recém criação da Assembleia Geral da ONU. Apesar de não ser formalmente vinculativa, tem como objetivo fornecer padrões amplos de conduta na área dos direitos humanos, com poder persuasivo. Todos seriam, em tese, responsáveis pelos direitos ali previstos, na medida em que destinados à humanidade como um todo. No entanto, justamente em razão da vagueza e da menção a sociedade como um todo, haveria bastante dificuldade na sua operacionalização.

Em relação ao *Modelo progressista*, este indica uma responsabilidade empresarial baseada no Direito Internacional e apoiada por mecanismos específicas de aplicação pelo direito interno, incluindo os mecanismos extraterritoriais. Não se baseia em nenhum instrumento específico de direitos humanos internacionais, no entanto seria vinculativo e se inspira em formas existentes de responsabilização sob o direito internacional em outras áreas que não são os direitos humanos, por exemplo, como ocorrem em tratados ambientais e na parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Nele, seriam explicitamente responsáveis, de forma direta, pelo cumprimento ou todas as empresas, ou apenas aquelas consideradas como ETNs, e as atividades empresariais transnacionais seriam avaliadas a partir de duas categorias principais: o *monitoramento* – modelo similar ao adotado no contexto dos Princípios Orientadores, no qual organizações da sociedade civil, pesquisadores acadêmicos, jornalistas, investidores, parceiros comerciais e outras partes interessadas podem acompanhar a

conformidade das corporações aos padrões estabelecidos no tratado, por meio de processos descentralizados, não sistemáticos e não vinculativos – e a *fiscalização* – neste caso, os Estados têm a obrigação de garantir, por meio de mecanismos domésticos, que as empresas cumpram suas obrigações internacionais, inclusive quando operam no exterior, e essa responsabilidade pode ser acompanhada a partir da criação de um órgão de tratado ou um tribunal de direitos humanos, para fins de verificação se as empresas cumprem os padrões de conduta estabelecidos.

Neste modelo, há previsão expressa de reparação, mas que dependeria inteiramente de mecanismos domésticos para sua efetivação, os quais podem variar de acordo com o contexto específico de cada Estado, e os recursos judiciais podem ser baseados em direito civil ou penal, de modo que os Estados teriam liberdade para escolher quais os recursos jurídicos mais adequados aos seus sistemas jurídicos. Além disso, poderia ser estabelecido mecanismos não judiciais, a exemplo do procedimento de mediação dos Pontos de Contato Nacionais (PCN), a exemplo dos adotados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

No que se refere ao *Modelo transformador*, aqui também se verifica uma responsabilidade empresarial baseada no Direito Internacional e apoiada por mecanismos de aplicação tanto do direito interno (incluindo extraterritoriais) quanto internacionais, entretanto, diferentemente do modelo anterior, há a previsão de mecanismos internacionais específicos, no sentido de que, no mínimo, haverá um órgão de tratado competente para receber petições contra empresas, ainda que não possa proferir decisões vinculativas. Nesse sentido, por exemplo, seria possível a criação de uma câmara de DHE na Corte Internacional de Justiça ou, ainda, a reorganização dos três sistemas regionais de direitos humanos para lhes atribuir competência específicas para apreciação de atividades empresariais transnacionais. Nesse sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos humanos, O Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos passariam a adotar competências específicas para além do que possuem atualmente, de jurisdição sobre os Estados.

Por fim, diante desses modelos, De Schutter (2016) entende que é mais plausível, em termos de novo instrumento juridicamente vinculativo e que imponha obrigações diretas às ETNS, o modelo do tratado, aberto à assinatura e ratificação dos Estados, por meio do qual estes aceitariam que todas as ETNs sob suas respectivas jurisdições fossem submetidas a alguma forma de controle, mais robusta

que o monitoramento, e o estabelecimento de um Tribunal de Direitos Humanos em âmbito global (a exemplo do Tribunal Penal Internacional), no qual o Estado expressaria seu consentimento a um novo mecanismo de monitoramento aplicado diretamente às ETNs sob sua jurisdição, quando alegada violações a direitos humanos, desde que tais violações não tenham sido tratadas pelos mecanismos internos de reclamação ou por meio de recursos jurídicos disponíveis no Estado em questão.

A despeito do vislumbre de criação de um ou mais instrumentos jurídicos, possível concluir que as empresas continuarão resistindo a toda e qualquer ampliação de responsabilidade jurídica. É improvável a aceitação de uma responsabilidade objetiva por violações de direitos humanos.

Mais crível que as ações baseadas em violação de dever de cuidado decorrente de ato ilícito (*Tort*) ou de violação de direitos humanos em espécie, serão submetidas a apreciação de tribunais locais e, a partir delas, as empresas utilizem-se de argumentos processuais e doutrinários para atrasar e ou frustrar essas ações judiciais, como ocorre no debate sobre a jurisdição e a existência de responsabilidade da empresa-mãe pelos atos de uma subsidiária ou responsabilidade por subcontratados no contexto de uma cadeia de produção global.

## 5 CONCLUSÃO

Na primeira parte do estudo, verificou-se que as relações transnacionais são consubstanciadas a partir de uma rede complexa de interações, as quais são consideradas a partir de múltiplos aspectos e que se concretizam em uma arena que ultrapassa as fronteiras nacionais, de modo que podem ser interpretadas como um processo amplo.

Este processo pode ser identificado a partir de um recorte – a exemplo do estabelecimento de um comércio internacional e das relações econômicas, da interação dos atores sociais por meio das relações políticas e institucionais, de movimentos de migrações e turismo, da transferência de tecnologia e intercâmbio científico. Neste estudo, partiu-se das *relações econômicas* e *políticas*, para compreensão das atividades empresariais transnacionais e a avaliação dos impactos dessas atividades a partir dos critérios ESG.

A respeito da eficiência econômica, apurou-se que a organização dessa atividade se formaliza a partir das empresas transnacionais (ETNs), enquanto feixe de relações contratuais, que ocorre por meio da associação de alguns elementos essenciais, que permitem a alocação de recursos em escala global com a possibilidade de tomada de decisões racionais a partir da gestão do conhecimento, com emprego de um modelo de administração empresarial *geocêntrico*, *policêntrico* ou *etnocêntrico*, e que tem a finalidade de (i) maximizar a produção e facilitar a circulação, inovação e publicidade de produtos e serviços, (ii) reduzir as dificuldades e custos envolvidos nas transações de mercado complexas, (iii) atingir o equilíbrio das relações para maior utilidade em benefício das partes envolvidas, (iv) atender às instituições estabelecidas (“regras do jogo”); e, por fim, (v) obter lucro.

Para além do aspecto econômico, nota-se a grande influência exercida pelas ETNs, de modo que, independentemente de sua nacionalidade, composição (formação societária) ou interesse institucional, atuam em mais de um país, com impactos políticos e institucionais relevantes, inclusive na esfera pública e no âmbito das organizações internacionais integradas por Estados. Essa influência é favorecida justamente pela flexibilidade da estrutura organizacional e jurídica dessas empresas, que se adaptam às circunstâncias de cada localidade a partir dos elementos da eficiência econômica.

O alcance e poder das ETNs, que representa a atividade empresarial no âmbito global, é que justifica a retomada do questionamento sobre a ampliação da responsabilidade empresarial para além do benefício econômico e lucro auferidos. Por este motivo, trilhou-se o estudo a partir da responsabilidade empresarial, que instaurou o debate ético no âmbito da RSE, durante o século XX. Neste sentido, infere-se que a RSE, enquanto disciplina, nasceu como uma tentativa de sistematização e organização de pensamentos que objetivam alargar a responsabilidade empresarial para abarcar valores sociais por meio do direcionamento de condutas negociais e da gestão empresarial para concretização desses valores. No entanto, diante da (i) imprecisão quanto ao conteúdo desses ditos valores sociais, (ii) da inexistência de obrigações jurídicas específicas e (iii) em razão da incorporação meramente voluntária (não exigível do ponto de vista jurídico), é que se evidencia sua fragilidade do ponto de vista jurídico.

Paralelo a esse debate e anterior aos novos contornos temáticos conferidos pelos DHE (disciplina esta que defende uma responsabilidade empresarial jurídica para empresas), é que surge também a questão sobre a ampliação de responsabilidade no âmbito da decisão sobre Investimentos Socialmente Responsáveis (ISR) ou ainda Investimentos Sustentáveis (IS), que direciona gestores e administradores de fundos de investimento a avaliarem suas decisões estratégicas considerando critérios ESG – prática essa questionada por supostamente ocorrer em detrimento do interesse de acionistas sobre o legítimo lucro.

A indagação é relevante, na medida em que o conceito de investimento parte da Economia e é transmutado para a lente jurídica, inclusive quando aplicado especificamente para a questão do dever fiduciário relativo aos investimentos financeiros que adotem os critérios ESG – isto é, enquanto um gasto voltado à geração de renda futura, que adota uma estratégia (ou algumas estratégias) com vistas à otimização entre um retorno favorável e um risco compatível, ao longo de um dado período (*performance*), e que considere no processo de decisão as questões não-financeiras (sociais, éticas, ambientais e de governança corporativa).

E, precisamente neste contexto, é que se indaga a possibilidade (ainda que hipotética) de descumprimento do dever fiduciário – e que se constata ser pouco crível, na medida em que não relacionadas a mera existência desses critérios e muito mais direcionadas a situações excepcionais de desconhecimento ou engano

direcionados aos investidores, aplicáveis à gestão e administração de qualquer investimento, de modo geral.

Além disso, outras barreiras são vislumbradas em relação a emprego dos critérios ESG: (i) a inconsistência das definições e possíveis acepções assumidas pela terminologia, (ii) a incompatibilidade entre os retornos de curto prazo esperados pelos investidores e os resultados de longo prazo proporcionados pelos investimentos; (iii) a dificuldade no fornecimento de produtos e serviços financeiros “amigáveis” para os investidores; (iv) a falta de transparência e de informações não-financeiras confiáveis; (v) o receio de que os gestores e administradores cobrem taxas mais elevadas injustificáveis; e, por fim, (vi) o risco de esvaziamento da relevante temática de desenvolvimento sustentável, caso se confine aquele debate à sustentabilidade na forma como preconizada no âmbito do mercado financeiro.

Neste último ponto, não se pode ignorar a possibilidade de abusos nas relações de poder existentes no seio da própria comunidade financeira e que permitem o uso de mecanismos (muitas vezes legítimos em si), mas para veicular interesses escusos com a finalidade de abuso do poder econômico, inclusive por meio de práticas bastante nocivas no âmbito comercial, rotuladas como *greenwashing* e *bluwashing*,

Em que pese os pontos pertinentes e críticos à adoção dos critérios ESG, não podem ser assumidos como óbices intransponíveis, na medida em que não refletem necessariamente a realidade desses investimentos, tampouco tratam os desafios do tema pelo que efetivamente são: um conjunto de instrumentos que, voltados ao mercado financeiro, estão à disposição da sociedade para tentativa de avaliação sobre as práticas sustentáveis e responsáveis, por meio de um sistema de incentivos diretos e indiretos promovidos pelos atores envolvidos, que podem (ou não) atingir os objetivos preconizados pelo desenvolvimento sustentável e, mais importante, não se confundem com ele.

Sob ponto de vista social, os critérios ESG podem ser considerados também como instrumento à disposição da sociedade civil que detém interesse no acompanhamento da conduta empresarial, de administradores, gestores e investidores que realizam seu apoio direto ou indireto a tais empresas, de modo a possibilitar o exercício de pressões a partir do tratamento e da divulgação das avaliações realizadas a partir desses critérios.

Especificamente sobre a delimitação dos critérios ESG, averiguou-se que o emprego do termo pode assumir ao menos quatro acepções não excludentes entre si:

(i) *fatores para a análise de investimentos*; (ii) *análise de risco*, (iii) *sinônimo de RSE e sustentabilidade* e (iv) *manifestação de uma preferência ideológica*.

A dificuldade de uniformização dos temas a partir de um conceito único e universal apto a agregar todos os elementos da RSE e da sustentabilidade voltados para o setor financeiro não obstatam necessariamente ao processo de escrutínio, avaliação de dados, comparação com os pares (cruzamento de dados), e a validação dos dados amparados por instrumentos e técnicas razoavelmente mais rigorosas e com maior publicidade.

Na verdade, é a partir do desenvolvimento de métodos, ampliação da análise e debate gerado pela ampla divulgação dos dados ali tratados que se torna possível atribuir credibilidade ao processo, extraindo-se informações mais significativas aos consumidores e investidores a respeito dos compromissos efetivamente assumidos pelas empresas, de modo que a grande preocupação se centraliza na análise a partir do *conceito dinâmico de materialidade*.

Delimitou-se, ainda, que critérios ESG, portanto, podem tanto se referir a uma estrutura de reporte, com regras e métricas variadas, considerado a partir do *conceito dinâmico de materialidade*, quanto à forma da sua assunção por um instrumento jurídico, como a adesão voluntária por empresas que se submetem a procedimentos específicos (por exemplo, a elaboração e publicação de relatórios periódicos ou à submissão desses para a avaliação por agências de classificação) e ou pelo estabelecimento de uma cláusula específica em contrato.

Essas formas podem ser empregadas para identificar a vinculação dessas empresas, em especial quando a sua adoção (isto é, a análise de investimentos de acordo com regramentos ou *standards* internacionais e nacionais vigentes, e que subsidiam a tomada de decisões sobre tais investimentos) é divulgada no âmbito do mercado financeiro.

Na segunda parte do estudo, sobre as normas aplicáveis à atividade empresarial transnacional, possível compreender que não há como desvencilhar o paradigma do Estado moderno (ou do Estado-nação) da noção de norma jurídica, assim como da ideia de centralidade do Estado, sem que haja uma consequente ruptura com a construção dos próprios sistemas jurídicos de direito interno e do direito internacional.

Essa noção, inclusive, é essencial para a conjectura do próprio emaranhamento normativo, que é bastante complexo e permeia o âmbito do “Direito Global”, entendido

como espaço onde se desenvolvem os sistemas jurídicos, isto é, sistemas que atuam “dentro”, “fora” e “além” das fronteiras do território do Estado – e que não se identifica com a ideia de um sistema jurídico global unificado e operacionalizado a partir de um único ente (seja privado ou público), de forma unidimensional e hierarquizado (como é a visão centralizadora do Estado).

Nesse contexto é que se contempla a existência de um entrelaçamento normativo, composto tanto por normas nacionais, internacionais e regionais (enquanto normas jurídicas, inclusive aquelas relativas aos Direitos Humanos), quanto as normas transnacionais (enquanto normas sociais, inclusive aquelas emanadas pelas ETNs), que se complementam no todo, e que integram esse “Direito Global”.

Assim que se torna possível a compreensão de existência de um emaranhado normativo, representado por (i) *normas de direito positivo*, (ii) *normas técnicas*, (iii) *normas de conglomerados transnacionais*; (iv) *normas de organismos multilaterais* – que existem simultaneamente no âmbito do Direito Global.

No entanto, não se pode olvidar a tentativa de ampliar a compreensão sobre o próprio Direito a partir de outras áreas do conhecimento, inclusive a partir da adoção de uma metodologia diferenciada, como ocorre com o pluralismo jurídico, verificado a nas distintas leituras de Wolkmer, 2015; Griffiths, 1986; Merry 1988; Santos, 2003, 1977; Bergh, 1969; Teubner, 1997, 1991.

O reflexo disso, ainda que desviado do foco inicial, afastadas de situações coloniais e que agora se concentram na inter-relação entre o direito do Estado-nação e as diversas leis de comunidades étnicas, culturais e religiosas, passa também a adotar um novo ponto de vista, sobretudo a partir das relações empresariais, com o vislumbre de criação de uma nova área de estudo: o Direito Transnacional (Jessup, 1956; Cotterrell, 2012; Halliday, 2016) ou Direito Transnacional Privado (Calliess, Zumbansen, 2010; Robert Wai, 2005; 2008). Ou, ainda de um tratamento pragmático conferido pela Regulação Privada Transnacional (Colin, Cafaggi, Senden, 2011).

De fato, haveria uma considerável vantagem no tratamento temático enquanto disciplina autônoma, visto que permitiria um enfoque que reconhece e busca conferir um tratamento específico às atividades empresariais transnacionais, com possibilidade de resguardo de direitos relativos a comunidades transnacionais, indivíduos e grupos de pessoas que podem ou não estar vinculadas por contrato. Neste sentido, há uma tentativa de conciliação entre setores públicos e privados, por meio da adoção de regramentos elaborados no âmbito da autorregulação e de

cumprimento de exigências de participação, transparência e *accountability* a partir do surgimento de novos arranjos regulatórios, como a correção e a autorregulação regulada, enquanto práticas que favorecem a elaboração de normas consentidas.

A suposta vantagem desses modelos é que, por serem consentidos, supostamente teriam uma eficácia maior, ainda que também possam acarretar situações indesejáveis do ponto de vista jurídico, como por exemplo o favorecimento da constituição de cartéis e outros arranjos comerciais destinados a limitar a concorrência, com efeitos negativos para as relações econômicas, sobretudo reflexos reais nos preços, na qualidade de produtos e serviços. A título exemplificativo, no Direito Concorrencial brasileiro, pode-se assumir alguns exemplos como a influência à adoção de conduta comercial uniforme e a troca de informações concorrencialmente sensíveis, bem como as condutas previstas na lista exemplificativa de condutas anticompetitivas previstas no art. 36 da Lei. 12.529 de 2011.

Entretanto, a criação de normas jurídicas para atividade empresarial transnacional, sobretudo a partir da proposta de disciplina autônoma, enfrenta três grandes dificuldades, indicadas a seguir.

A primeira se refere à escolha de uma metodologia específica para identificação, interpretação e aplicação do direito – isto é, por conta do recorte transnacional exigir como pressuposto uma noção de pluralismo jurídico (dentre as várias possíveis), e que depende de abordagens com interseção de áreas distintas (Direito, Sociologia, Antropologia), torna-se indispensável identificar um consenso ou uniformidade do próprio direito, provavelmente inexistente ou impossível de se atingir.

A segunda diz respeito à dificuldade de se promover o exercício e a garantia dos direitos humanos nesse contexto que envolve, em uma mesma realidade social, múltiplos níveis e camadas jurídicas e sociais que supostamente estabeleceriam normas específicas para essas relações transnacionais.

A terceira, e muito provavelmente a mais difícil de ultrapassar, se refere à ausência de resposta satisfatória sobre o como avançar na compreensão de relações que envolvem tanto institutos inerentes à construção teórica do Direito Privado, quanto aquelas inerentes ao Direito Público, sem que um campo seja efetivamente esvaziado pelo outro. Exemplo prático deste ponto é o tratamento conferido à chamada *Soft Law* (por exemplo códigos de conduta). Como tratar a *Soft Law* de forma equiparável ao direito positivado em um determinado ordenamento jurídico, sem que haja a sua

descaracterização? Ou o inverso: como a *Soft Law* poderá se tornar tão relevante e gerar efeitos práticos notáveis, sem que se afaste o próprio direito positivado?

Apesar de útil para a tentativa de compreensão do fenômeno jurídico considerando a existência de relações transnacionais (e não apenas a noção bidimensional do “dentro” e “fora”), é que também se torna possível justificar a existência de normas emanadas por ETNs (com alcance global). Entretanto, essas normas não são necessariamente dotadas de legitimidade e efetividade indispensáveis ao contexto de defesa do Estado Democrático de Direito e que preconiza a primazia dos direitos humanos (ainda que esses últimos possam ser interpretados e limitados àqueles reconhecidos pela comunidade internacional, por meio de tratados, convenções e declarações unilaterais).

O Direito Transnacional e a possibilidade de criação de uma Regulação Privada Transnacional, ainda que voltadas para uma melhor compreensão e regramento efetivo das atividades transnacionais empresariais, padecem do risco de alijar quase que de forma completa e irrestrita um importante ator social: o Estado.

Desta forma, ao menos no estágio atual de desenvolvimento do tema, entende-se que não é plausível a sua implementação, sobretudo por dois motivos: (i) em razão da ausência de mecanismos específicos de reforço dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente; e (ii) justamente por buscar isolar deste processo o próprio regramento estatal e, por conseguinte, todo o conjunto normativo que é sustentado a partir dele, inclusive os próprios direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Por outro lado, diante deste panorama que permitiria a perpetuidade de violações a direitos humanos, louvável é a tentativa de estabelecer *parâmetros mínimos* protetivos em âmbito global (e regional), ainda que exista dúvida pertinente sobre o estabelecimento de mecanismos específicos para o cumprimento. Neste ponto, uma ilação possível é no sentido de que o Pacto Global foi apenas a porta de entrada para outros instrumentos de alcance universal, como por exemplo os Princípios Orientadores Sobre Empresas e os Princípios de Investimento Responsável, os quais podem servir como apoio à adoção e emprego dos critérios ESG enquanto forma de avaliação das atividades transnacionais para as próximas décadas.

Na terceira parte, indicou-se como pressuposto que a atividade empresarial transnacional causa impactos inegáveis em comunidades locais. E os critérios ESG,

uma vez adotados pelas ETNs (seja por contrato, seja por meio de declarações de adesão), ao serem publicamente divulgados, sem que tenham a materialidade necessária, podem induzir investidores, consumidores e outros atores sociais a uma compreensão equivocada sobre os reais e potenciais impactos dela, de sorte que indispensável a atribuição de uma responsabilidade jurídica às empresas.

Neste passo, para fundamentar a responsabilidade jurídica de ETNs, em especial quando da adoção de critérios ESG – a despeito de peculiaridades e especificidades dos sistemas jurídicos existentes, os quais deverão ser contextualizados e considerados em um dado tempo e no espaço, que é mutável, de acordo com as circunstâncias histórico-culturais – possível o emprego dos seguintes fundamentos gerais (i) a partir do direito interno, a exemplo do que já acontece em casos específicos que não lidam necessariamente com direitos humanos (como por exemplo a *Sarbanes-Oxley Act*, lei norte-americana de 2002 que exige a divulgação e cumprimento dos códigos de ética, e o *Nouvelles Regulations Economiques* (NRE), conjunto de leis francesa de 2001, que previa obrigações de divulgação de *reports* às empresas) e que lidam com direitos humanos, a exemplo da 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, conhecido como *eficácia horizontal* (Sarlet, 2021, 2018; Marques, Miragem, 2012), e ainda a responsabilização extraterritorial (Atchabahian, 2022; De Schutter, 2016; Muchlinski, 2011; Deva, 2004); (ii) a partir do direito internacional, em especial a partir da adoção de um tratado sobre direitos humanos e empresas.

No campo do estudo do Direito Internacional, o que se nota na atualidade é uma transição entre aquilo que eram os temas de RSE – que originariamente possuía natureza filantrópica, voluntária e aberta, e sem qualquer lastro jurídico – para um sistema jurídico proposto por meio da doutrina de DHE (por exemplo, Muchlinski, 2021; Jägers, 2021; Bernaz, 2017; De Schutter, 2016; Ramasastry, 2015; Weissbrodt, 2014; Ruggie, 2013; Deva, 2021, 2020, 2004, 2003), por meio do qual se defende a noção de dever de proteção (e não de mero respeito) aos direitos humanos, com a atribuição de uma responsabilidade jurídica para ETNs e delimitação de consequências jurídicas, como por exemplo proposto a partir dos modelos progressista e transformador (Bernaz, 2017), que preveem o estabelecimento de uma responsabilidade empresarial apoiada por mecanismos de aplicação dos sistemas jurídicos de direito interno (incluindo extraterritoriais) e do direito internacional – os

quais poderiam versar especificamente sobre a adoção de critérios ESG, enquanto instrumento de avaliação social das ETNs e que relevância sob ponto de vista dos IS.

A despeito da relevância do Direito Internacional e da imprescindibilidade do Estado-nação para criação e aplicação de normas jurídicas, sobretudo relativas a direitos humanos, fato é que há forte resistência para estabelecimento de responsabilidades jurídicas de ETNs, que são profundamente afetados por entraves teóricos e políticos. Ainda são observadas grandes dificuldades na formalização de um tratado de DHE, inclusive diante da inexistência de um consenso político entre os diversos setores envolvidos.

Desta forma, igualmente, não se vislumbra em um cenário próximo a adoção de um tratado específico sobre investimentos que envolvam a adoção de critérios ESG de forma global e como um todo coeso, ainda que as temáticas nele inseridas possam ser tratadas individualmente a cada espécie de direitos, em diplomas normativos esparsos.

O ponto relevante é que, a partir do momento no qual as empresas se comprometem a adotar determinados critérios ESG, por meio de contrato ou por declarações públicas, e essas são divulgadas a partir de avaliações que não correspondem com a realidade, ainda que o dever jurídico não esteja especificamente positivado e delimitado, por exemplo, por meio de um tratado específico no âmbito internacional ou no direito interno, haverá necessidade de se recorrer a uma teoria geral de responsabilidade. É nesse contexto que se defende o emprego de fundamentos subsidiários de responsabilidade a partir do princípio da boa-fé objetiva (e mais especificamente pela proibição do comportamento contraditório, no âmbito do Direito Civil) e pelo fundamento de justiça conjugado com a eficiência econômica, ambas aplicáveis no âmbito do direito interno.

Neste sentido, ao menos para o direito interno, o primeiro fundamento subsidiário é a proibição do comportamento contraditório – cuja finalidade é a tutela da confiança e que se insere no contexto do princípio da boa-fé objetiva – e que tem quatro pressupostos: (i) a existência de um *factum proprium*; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, nesta medida, violador da confiança), e (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.

Assim, para além da expectativa social, infere-se que a existência de obrigações jurídicas geradas a partir da conduta das ETNs, no sentido de adoção dos

critérios ESG, estabelece a legítima confiança por parte de investidores e consumidores, de modo geral, e a proibição de exercício do comportamento contraditório pela empresa, pois viola essa confiança nelas depositadas no sentido de que deverão cumprir com os critérios ESG adotados. Ainda, possível identificar a existência de danos (ou no mínimo, do potencial de dano): no caso do consumidor, a lesão por adquirir um produto ou serviço acreditando que se adequa aos preceitos delineados pelos critérios ESG adotados no caso (por exemplo, que respeita direitos humanos e que é sustentável), e aos investidores, pois certamente, na divulgação dessa contradição, além de terem investido em empresa que não se alinha com os interesses responsáveis e sustentáveis, poderão ter seus retornos reduzidos diante do dano reputacional e das oscilações de mercado dele consequentes.

O segundo fundamento subsidiário é a justiça conjugada com a eficiência econômica, isto é, como forma de se (i) afastar barreiras que limitam a expansão das liberdades reais das pessoas que sofrem os impactos da divulgação de informações não verdadeiras, e que como decorrência disso a perpetuação da ameaça e menoscabo aos direitos humanos que, em última análise, fulmina os alicerces do próprio Estado Democrático de Direito ou, (ii) ainda como necessidade de manutenção do sistema jurídico existente.

De tudo, possível aduzir que as empresas continuarão resistindo a qualquer ampliação de responsabilidade além da responsabilidade processual por falha na demonstração de devida diligência razoável em seus relatórios. Nesse sentido, é altamente improvável que as empresas aceitem responsabilidade objetiva por violações de direitos humanos. Essa oposição se reflete, inclusive, nas ações judiciais baseadas em violação de dever de cuidado decorrente de ato ilícito (*Tort*), por meio das quais são veiculadas teses defensivas com base em argumentos processuais e doutrinários para atrasar e ou frustrar essas demandas, a exemplo de questões que dizem respeito à jurisdição em razão da existência de responsabilidade da empresa-mãe pelos atos de uma subsidiária ou responsabilidade por subcontratados na ótica de uma cadeia de produção global.

Há situações concretas e identificáveis de lesões por atividades transnacionais que, em razão do avanço tecnológico e do acompanhamento contínuo por meios eletrônicos, não permitem mais escusas gerais de isenção de responsabilidade jurídica em menoscabo à realidade social.

## REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. **Cidade de Deus**, v. III. 2. ed. Trad. de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- AHMADIFAR, Thomas. M.; WILLIAMSON, Gwendolyn A. ESG investing Frameworks and SEC Regulation. **The Investment Lawyer**, v. 29, n.7, p. 1-15, Jul. 2022.
- ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. **The American Economic Review**, v. 62, n. 5, p. 777-795, Dec. 1972.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- AMATO NETO, João *et al.* **ESG Investing: um novo paradigma de investimentos?**. São Paulo: Blucher, 2022.
- AMEL-ZADEH, Amir; SERAFEIM, George. Why and How Investors Use ESG Information: Evidence from a Global Survey. **Financial Analysts Journal**, v. 74, n. 3, p. 87 - 103, Jun./2018.
- ANBIMA. **Guia ASG II: Aspectos ASG para gestores e para fundos de investimento**. 2022. Disponível em: [https://www.anbima.com.br/data/files/93/F5/05/BE/FEFDE71056DEBDE76B2BA2A8/Guia\\_ASG\\_II.pdf](https://www.anbima.com.br/data/files/93/F5/05/BE/FEFDE71056DEBDE76B2BA2A8/Guia_ASG_II.pdf). Acesso em 24 abr. 2024.
- ANBIMA. **Guia ASG: Incorporação dos aspectos ASG nas análises de investimento**. Jan./2020. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/data/files/1A/50/EE/31/BFDEF610CA9C4DF69B2BA2A8/ANBIMA-Guia-ASG-2019.pdf>. Acesso em 25 abr. 2024.
- ANBIMA. **Regras e Procedimentos para Identificação de Fundos de Investimento Sustentável (Is)**. 2022b. Disponível em [https://www.anbima.com.br/data/files/E8/50/C4/BF/1519D710E79BD7D76B2BA2A8/Regras\\_procedimentos\\_Fundos%20IS\\_03.01.22.pdf](https://www.anbima.com.br/data/files/E8/50/C4/BF/1519D710E79BD7D76B2BA2A8/Regras_procedimentos_Fundos%20IS_03.01.22.pdf). Acesso em: 16 set. 2023.
- ANTUNES, Ana Filipa Moraes. ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. **Revista de Direito Comercial**, 2022.
- ARARIPE, J. G. A. A influência dos princípios da IOSCO na construção do atual arcabouço regulatório da comissão de valores mobiliários aplicável aos administradores e aos gestores de fundos de investimento. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 91, p. 15 - 45, jan./mar./2021.
- ARARIPE, J. G. A; ZELMANOVITS, N. Recomendações internacionais da IOSCO e a autorregulação da ANBIMA para fundos de investimento sustentável. **Boletim Revista dos Tribunais Online**, v. 23, jan./2022.
- ARENDRT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARNDT, Channing *et al.* The Ukraine war and rising commodity prices: Implications for developing countries. **Global Food Security**, v. 36, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.gfs.2023.100680> . Acesso em 19 set. 2023.

ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia. A transterritorialidade como mecanismo de responsabilização de empresas por violações aos Direitos Humanos. 2018. 188 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia. Empresas e Direitos Humanos e ESG: Linhas iniciais de uma relação de gênero e espécie. *In*: ZAVANELLA, Fabiano *et al* (coord.). **Temas de Direito internacional, direito do trabalho e direito internacional do trabalho**: estudos em homenagem ao professor Carlos Husek. 1a ed. São Paulo: LTr, 2023.

ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia. **ESG**: Teoria e prática para a verdadeira sustentabilidade nos negócios. São Paulo: Saraiva, 2022.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, v. 36, n. 57, 1992.

BANTEKAS, Ilias. Corporate Social Responsibility in International Law. **Boston University International Law Journal**, v. 22, p. 309-348, 2004.

BECK, Ulrich. **Risk Society**: Towards a New Modernity. Sage Publications, 1992.

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, v. 1. São Paulo: UNINOVE, 2018, p. 27-46.

BENACCHIO, Marcelo; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. As empresas transnacionais e os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da Organização das Nações Unidas. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual**, v. 2, n. 35, p. 277-295, 2022.

BENACCHIO, Marcelo; HUDLER, Daniel Jacomelli. Direito ao desenvolvimento: desafios econômicos, jurídicos e éticos nos tempos de Coronavírus (COVID-19). **PRIM FACIE**, v. 19, p. 123-153, 2020.

BENACCHIO, Marcelo; HUDLER, Daniel Jacomelli. Respostas estatais para o enfrentamento da pandemia (covid-19): uma releitura jurídica da economia global a partir da sociedade fraterna. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, v. 2, p. 616-642, 2021.

BERGH, G. C.J.J. van den. Legal Pluralism in Roman Law. **Irish Jurist**, v. 4, n. 2, p. 338-350, 1969.

BERLE JR., Adolf. A.; MEANS, Gardiner C. **The Modern Corporation and Private Property**. New York: Macmillan, 1933. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.216028/page/n5/mode/2up?view=theater>. Acesso em 31 ago. 2023.

BERNAZ, Nadia. **Business and Human Rights**: History, law and policy: bridging the accountability gap. Abingdon, New York: Routledge, 2017.

BILCHITZ, David. The necessity for a business and human rights treaty. **Business and Human Rights Journal**, v.1, n. 2, p. 203-227, 2016.

BLANC, Cristina Szanton; BASCH, Linda; SCHILLER, Nina Glick, Nation-States, and Culture. **Current Anthropology**, v. 36, n. 4, p. 683–86, 1995.

BOURNE, Randolph S. Trans-National America. **Atlantic Monthly**, v. 118, n. 1, p. 86-97, 1916. Disponível em: <https://cdn.theatlantic.com/media/archives/1916/07/118-1/132285471.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2023.

BOWEN, Howard R. **Social Responsibilities of the Businessman**. University of Iowa Press: Iowa City, 2013.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 mai 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 11 jan. 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm). Acesso em: 15 mai 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, 12 set. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8078compilado.htm). Acesso em: 15 mai 2024.

CAFAGGI, Fabrizio. New foundations of transnational private regulation. **Journal of Law and Society**, v. 38, n. 1, p. 20-49, 2011.

CAFAGGI, Fabrizio. **Private Regulation in European Private Law**. Working Paper of European University Institute, n. 31, 2009.

CALLIESS, Graf-Peter. Introduction: Transnational Corporations Revisited. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 18, n. 2, p. 601–615, 2011.

CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. **Rough Consensus and Running Code: a Theory of Transnational Private Law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2010.

CARROLL, Archie. B. A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Performance. **The Academy of Management Review**, v. 4, n. 4, p. 497-505, Oct. 1979.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 6. ed. Trad. de Roneide Venancio Majer. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

CHRISTENSEN, Dane M.; SERAFEIM, George; SIKOCHI, Anyhow. Why is Corporate Virtue in the Eye of The Beholder? The Case of ESG Ratings. **The Accounting Review**, v. 97, n. 1, p. 147-175, 2022. Disponível em: <https://meridian.allenpress.com/accounting-review/article-abstract/97/1/147/463920/Why-is-Corporate-Virtue-in-the-Eye-of-The-Beholder?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em 18 jan. 2022

CHRISTENSEN, Hans B.; HAIL, Luzi; LEUZ, Christian. **Economic Analysis on Widespread Adoption of CSR and Sustainability Reporting Standards**. 2018.

CHRISTENSEN, Hans B.; HAIL, Luzi; LEUZ, Christian. Mandatory CSR and sustainability reporting: economic analysis and literature review. **Review of Accounting Studies**, v.26, p. 1176-1248, 2021.

CÍCERO, Marco Túlio. Sobre as Leis (Das Legibus). Trad. de Bruno Amaro Lacerda, Charlene Martins Miotti. Juiz de Fora, MG: Editora UFJF, 2021.

CLAVIN, Patricia. Defining Transnationalism. **Contemporary European History**, v. 14, n. 4, p. 421–39, 2005.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica: New Series**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov./1937.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Law & Economics**, v. 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: 24 set. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. **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](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20020416/doc05a_pt.pdf). Acesso em: 24 set. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. **Reponsabilidade Social das Empresas**: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 1983. 1406 f. Tese (Doutoramento em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013.

COTTERRELL, Roger. What is Transnational Law? **Law & Social Inquiry**, v. 37, n. 2, p. 500 - 524, 2012.

CURTIS, Quinn; FISCH, Jill; ROBERTSON, Adriana Z. Do ESG Funds Deliver on Their Promises? **Michigan Law Review**, v. 120, n. 3, p. 393-450, 2021.

DE LUCCA, Newton. **Da Ética Geral a Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DE SCHUTTER, Olivier. Towards a new treaty on business and human rights. **Business and Human Rights Journal**, v. 1, n. 1, p. 41-67, 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. Gouverner la mondialisation par le droit. **La Revue Européenne du Droit**, v. 1, n. 1, p. 6-11, 2020.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné**. Editions du Seuil: Paris, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Pour un droit commun**. Editions du Seuil: Paris, 1994.

DENNIS, Michael J.; STEWART, David P. Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?. **The American Journal of International Law**, v. 98, n. 3, p. 462-515, 2004.

DERINGER, Freshfields Bruckhaus. **A legal framework for impact**: Sustainability impact in investor decision-making. 2021.

DEVA, Surya. Acting extraterritorially to tame multinational corporations for human rights violations. **Melbourne Journal of International Law**, v. 5, p. 37, 2004.

DEVA, Surya. From “business or human rights” to “business and human rights”: What next?. **Research Handbook on Human Rights and Business**. p. 1-21, 2020.

DEVA, Surya. The UN Guiding Principles’ orbit and other regulatory regimes in the business and human rights universe: Managing the interface. **Business and Human Rights Journal**, v. 6, n. 2, p. 336-351, 2021.

DEVA, Surya. UN's Human Rights Norms for Transnational Corporations and Other Business Enterprises: An Imperfect Step in the Right Direction?. **ILSA Journal of Internacional & Comparative Law**, v. 10, p. 493-523, 2003.

DRUCKER, Peter. **Concept of the Corporation**. Transaction Publishers: New Brunswick; London, 1993.

EAGLESHAM, Jean. Business Losses From Russia Top \$59 Billion as Sanctions Hit: nearly 1,000 Western companies plan to leave the country or cut back operations, with more write-downs expected. **The Wall Street Journal**, Jun. 10, 2022. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/business-losses-from-russia-top-59-billion-as-sanctions-hit-11654853400> . Acesso em 19 set. 2023.

ECCLES, Neil Stuart. UN principles for responsible investment signatories and the anti-apartheid SRI movement: A thought experiment. **Journal of Business Ethics**, v. 95, p. 415-424, 2010.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Trad. de René Ernani Gertz. Universidade de Brasília: Brasília, 1986.

EP. **Due Diligence**: MEPs adopt rules for firms on human rights and environment. 24 apr. 2024. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240419IPR20585/due-diligence-meps-adopt-rules-for-firms-on-human-rights-and-environment>. Acesso em 26 abr. 2024.

ESTY, Daniel; CORT, Todd. Corporate Sustainability Metrics: What investors Need and Don't Get. **Journal of Environmental Investing**, v. 8, n. 1, p. 11-53, 2017.

ESTY, Daniel; CORT, Todd. ESG Standards: Looming Challenges and Pathways Forward. **Organization & Environment**, v. 33, n. 4, p. 491-510, 2020.

FACHIN, Melina. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 324-339, 2020.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. ESG (ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND CORPORATE GOVERNANCE): A PUBLICIDADE ENGANOSA E A PUBLICIDADE ABUSIVA EM FACE DO DIREITO EMPRESARIAL AMBIENTAL BRASILEIRO. **Revista Direitos Culturais**, v. 17, n. 41, p. 207-223, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.20912/rdc.v17i41.714>. Acesso em 16 set. 2023.

FLECKNER, Andreas Martin. **Adam Smith on the Joint Stock Company**. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, n. 1, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2721811>. Acesso em: 07 ago. 2023.

FLEURY, A.; FLEURY, M. T. A reconfiguração das Cadeias Globais de Valor (global value chains) pós-pandemia. **Estudos Avançados**, [S. l.], v. 34, n. 100, p. 203-222, 2020. DOI: 10.1590/s0103-4014.2020.34100.013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/178769>. Acesso em: 26 jul. 2023.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n.1, 2015.

FREEMAN, R. Edward. **Strategic Management: A Stakeholder Approach**. Massachusetts: Pitman, 1984.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. The University of Chicago Press: Chicago, 2002.

FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits. **New York Times Magazine**, Section SM, p. 17, Sept. 1970. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>. Acesso em: 12 set. 2023.

GIDDENS, Anthony. **The consequences of Modernity**. Cambridge: Polity Press, 1991.

GILLAN, Stuart. L *et al.* Firms and social responsibility: A review of ESG and CSR research in corporate finance. *Journal of Corporate Finance*, v. 66, 2021.

GILPIN, Robert. The Politics of Transnational Economic Relations. **International Organization**, v. 25, n. 3, p. 398-419, 1971.

GLOBAL COMPACT. **Who Cares Wins: Connecting Financial Markets to a Changing World**. UN: New York, 2004. Disponível em: [https://www.unepfi.org/fileadmin/events/2004/stocks/who\\_cares\\_wins\\_global\\_compact\\_2004.pdf](https://www.unepfi.org/fileadmin/events/2004/stocks/who_cares_wins_global_compact_2004.pdf). Acesso em: 05 mar. 2024.

GRI. **GRI 3: Temas Materiais 2021**. Global Sustainability Standards Board: Boston, 2022.

GRI. **Normas GRI Consolidadas**. Global Sustainability Standards Board: Boston, 2024.

GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? **Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law**, v. 1, n. 24, p. 1 - 55, 1986.

GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

HALBRITTER, Gerhard; DORFLEITNER, Gregor. The wages of social responsibility—where are they? A critical review of ESG investing. **Review of Financial Economics**, v. 26, p. 25-35, 2015.

HAYEK, Friedrich. A. The Use of Knowledge in Society. **The American Economic Review**, v. 35, n. 4, p. 519 -530, Sep. 1945.

HAZEN, T. L. Social Issues in the Spotlight: The Increasing Need to Improve Publicly-Held Companies' CSR and ESG Disclosures. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, v. 23, n. 3, p.740-796, May 2021. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol23/iss3/3/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

HELD, David. **Models of Democracy**. 3th edition. Cambridge: Polity Press, 2006.

HILL, John. **Environmental, Social, and Governance (ESG) Investing: A Balanced Analysis of the Theory and Practice of a Sustainable Portfolio**. London, San Diego: Academic Press, 1 ed., 2020.

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.

HOEPNER, Andreas; MAJOCH, Arleta; ZHOU, Xiao. Does an asset owner's institutional setting influence its decision to sign the principles for responsible investment?. **Journal of Business Ethics**, v. 168, p. 389-414, 2021.

HRW. **EU Parliament Approves Supply Chain Law**. 24 apr./2024. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2024/04/24/eu-parliament-approves-supply-chain-law>. Acesso em 26 abr. 2024.

HUDLER, Daniel Jacomelli; BENACCHIO, Marcelo. Access to justice through business and human rights: the Chilean experience on transnational mining. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 19, n. 2, p. 84-100, Ago. 2022.

HUDLER, Daniel Jacomelli; BENACCHIO, Marcelo. Critérios ASG e democracia econômica: dever fiduciário de administradores e gestores de fundos de investimento para o desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 14, n. 2, p. 244, maio/ago, 2023.

HUDLER, Daniel Jacomelli; BENACCHIO, Marcelo. Direito ao desenvolvimento: desafios econômicos, jurídicos e éticos nos tempos de Coronavírus (COVID-19). **PRIM@ FACIE**, v. 19, p. 123-153, 2020.

HUDLER, Daniel Jacomelli; LOCATELLI, Alexandre Lagoa. DIREITO À SAÚDE: Desequilíbrio econômico-financeiro e o limite da negativa por parte dos planos de saúde. *In*: **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**, 2021, Florianópolis. DIREITO E SAÚDE. Florianópolis: CONPEDI, 2021. v. 1. p. 322-338. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/o61s82m5/ILzyt0Jp57shu7H9.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

HUNTINGTON, Samuel P. Transnational Organizations in World Politics. **World Politics**, v. 25, n. 3, Cambridge University Press, p. 333-368, Apr. 1973.

JÄGERS, Nicola. UN guiding principles at 10: Permeating narratives or yet another silo?. **Business and Human Rights Journal**, v. 6, n. 2, p. 198-211, 2021.

JESSUP, Philip C. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHAN, Mozaffar; SERAFEIM, George; YOON, Aaron. Corporate sustainability: First evidence on materiality. **The Accounting Review**, v. 91, n. 6, p. 1697-1724, 2016.

KIRKPATRICK, Colin, NIXSON, Frederick. Transnational Corporations and Economic Development. **The Journal of Modern African Studies**, v. 19, n. 3, p. 367–399, 1981.

KITIMBO, Adrian; BLOWER, Jenna; MCAULIFFE, Marie *et al.* Migration and migrants: regional dimensions and developments. *In*: MCAULIFFE, Marie; TRIANDAFYLLIDOU (eds.). **World Migration Report 2022**. International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021.

KRUGMAN, Paul; Wells, Robin. **Economics**. Third Edition. New York: Worth Publishers, 2013.

KUHN, Thomas Samuel. **The structure of scientific revolutions**. University of Chicago Press: Chicago, 1962.

- LEWIS, Alan; JURAVLE, Carmen. Morals, markets and sustainable investments: A qualitative study of 'champions'. **Journal of Business Ethics**, v. 93, p. 483-494, 2010.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.
- MAJOCH, Arleta; HOEPNER, Andreas G.F; HEBB, Tessa. Sources of Stakeholder Saliency in the Responsible Investment Movement: Why Do Investors Sign the Principles for Responsible Investment?. **Journal of Business Ethics**, v. 140, p. 723-741, 2017.
- MANNE, Henry G. Corporate Responsibility, Business Motivation, and Reality. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 343, p. 55-64, 1962b.
- MANNE, Henry G. The "Higher Criticism" of the Modern Corporation. **Columbia Law Review**, v. 62, n. 3, p. 399-432, 1962a.
- MANNE, Henry G. The Myth of Corporate Responsibility. **The Business Lawyer**, v. 26, n. 2, p. 533 - 539, 1970.
- 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.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARSHALL, Alfred. **Principles of Economics**: An introductory volume. 8<sup>th</sup> edition. London: Macmillan and Co., 1920. Disponível em: <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Marshall,%20Principles%20of%20Economics.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2023.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MCCORQUODALE R, LISE SM, NEELY S, BROOKS R. Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises. **Business and Human Rights Journal**, v. 2. n. 2, p. 195-224, 2017.
- MERRY, Sally Engle. Legal Pluralism. **Law & Society Review**, v. 22, n. 5, p. 869- 896, 1988.
- MIRAGEM, Bruno. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021b.
- MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021a.
- MUCHLINSKI, Peter. Social and human rights implications of TNC activities in the extractive industries. **Transnational Corporations**, v. 18, n. 1. Apr., p.125-136, 2009.
- MUCHLINSKI, Peter. The Impact of UN Guiding Principles on Business Attitudes to Observing Human Rights. **Business and Human Rights Journal**, v. 6, p. 212-226, 2021.
- MÜLBERT, Peter. O.; SAJNOVITS, Alexander. The Inside Information Regime of the MAR and the Rise of the ESG Era. **ECGI Working Paper Series in Law**, Law Working Paper N° 548/2020, October 2020.
- NASSER, Salem. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 12, n. 2, p. 98-126, 2015.

NASSER, Salem. **Direito Global: Normas e Suas Relações**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2023.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

NORTH, Douglass C. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p. 97 - 112, Winter, 1991.

NYE, Joseph Samuel; KEOHANE, Robert Owen. Transnational Relations and World Politics: An introduction. **International Organization**, Cambridge, v. 25, n. 3, p. 329-349, Summer/1971a.

NYE, Joseph Samuel; KEOHANE, Robert Owen. Transnational Relations and World Politics: A Conclusion. **International Organization**, Cambridge, v. 25, n. 3, p. 721-748, Summer/1971b.

PARETO, Vilfredo. **Manuale di Economia Politica**. Milano: Libreria, 1919. Disponível em: <https://www.policonomics.com/wp-content/uploads/Manuale-di-Economia-Politica.pdf> . Acesso em 08 ago. 2023.

PERLMUTTER, Howard V. The tortuous evolution of the multinational corporation, **The Columbia Journal of World Business**, v. 4, n. 1, p. 9-18, 1969.

PIOVENSA, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 1, p. 11-28, 2019. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/9>. Acesso em: 12 set. 2023.

POLLMAN, Elizabeth. Corporate Social Responsibility, ESG, and Compliance. *In: The Cambridge Handbook of Compliance*. ROOIJ, Benjamin van; SOKOL, Daniel (Ed.). Cambridge: Loyola Law School, 2019.

POLLMAN, Elizabeth. The making and meaning of ESG. **University of Pennsylvania Institute for Law & Econ Research Paper**, n. 22-23, p. 2022.

POLLMAN, Elizabeth. The Supreme Court And The Pro-Business Paradox. **Harvard Law Review**, v. 135, n. 1, p. 220 - 266, Nov./2021.

POSNER, Richard A. Social Norms and the Law: An Economic Approach." **The American Economic Review**, v. 87, n. 2, p. 365-369, 1997.

POSNER, Richard. A; LANGBEIN, J. H. Social Investing and the Law of Trusts, **MICHIGAN LAW REVIEW**, v. 79, p. 72 - 112, Nov./1980.

PRI. A Practical Guide to Active Ownership in Listed Equity. UNEP; Global Compact, 2018. Disponível em: <https://www.unpri.org/download?ac=4151>. Acesso em 23 abr. 2024

PRI. Princípios para o Investimento Responsável. UNEP; Pacto Global, 2019. Disponível em: <https://www.unpri.org/download?ac=10969>. Acesso em 23 abr. 2024.

RAMASASTRY, Anita. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 1, p. 237-259, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6.e. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAWLS, John. Justice as Fairness. **The Philosophical Review**, v. 67, n. 2, p. 164-194, Apr. 1958.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

ROBÉ, Jean-Philippe Robé. Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order. In: **Global Law without a State**. TEUBNER, Gunther (ed.), Dartmouth: Aldershot, 1996.

ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Sansoni: Firenze, 1962.

RUGGIE, John Gerard. 'Third United Nations Forum on Business & Human Rights Closing Plenary Remarks. Genebra: United Nations, 2014. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/ForumSession3/Submissions/JohnRuggie\\_SR\\_SG\\_BHR.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/ForumSession3/Submissions/JohnRuggie_SR_SG_BHR.pdf). Acesso em 27 abr. 2024.

RUGGIE, John Gerard; REES, Caroline; DAVIS, Rachel. 'Ten Years After: From UN Guiding Principles to Multi-Fiduciary Obligations. **Business and Human Rights Journal**, v. 6, n. 2, p. 179-97, 2021.

RUGGIE, John. Corporate Identity in Play: The Role of ESG Investing. **M-RCBG Faculty Working Paper Series**, n. 5, 2019. Disponível em: [https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/FWP\\_2019-05.pdf](https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/FWP_2019-05.pdf). Acesso em 07 mar. 2024.

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

RUGGIE, John; MIDDLETON, Emily K. Money, millennials and human rights: sustaining 'sustainable investing'. **Global Policy**, v. 10, n. 1, p. 144-150, 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Conceito de Investimento para Fins do Art. 443 do RIR. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 40, p. 54-67, 2018.

SANDBERG, Joakim *et al.* The heterogeneity of socially responsible investment. **Journal of Business Ethics**, v. 87, p. 519-533, 2009.

SANDBERG, Joakim. Socially responsible investment and fiduciary duty: Putting the Freshfields report into perspective. **Journal of Business Ethics**, v. 101, p. 143-162, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica de la razón indolente**: contra el desperdicio de la experiencia. Bilbao: Desclée de Brower, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The Law of the Opressed: the Construction and Reproduction of Legality in Pasargada. **Law and Society Review**, v. 12, n. 1, Fall 1977.

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**, v. 16, p. 11-87, 2015. Disponível em: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D82F7T32>. Acesso em: 17. Jan 2021.

SCHANZENBACH, Max M.; SITKOFF, Robert. H. Reconciling Fiduciary Duty and Social Conscience: The Law and Economics of ESG Investing by a Trustee. **Stanford Law Review**, v. 72, p. 381 - 454, Feb./2020.

SCHINCARIOL, Juliana. Guerra na Ucrânia evidencia pressão sobre compromissos das empresas com temática ESG. **O Globo**, 9 de março de 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/esg/guerra-na-ucrania-evidencia-pressao-sobre-compromissos-das-empresas-com-tematica-esg-25425086>. Acesso em 20 set. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**, 4ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

SCOTT, Colin; CAFAGGI, Fabrizio; SENDEN, Linda. The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation. **Journal of Law and Society**, v. 38, n. 1, p. 1-19, March 2011.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

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.

SEN, Amartya. What Do We Want from a Theory of Justice? **The Journal of Philosophy**, v. 103, n 5, p. 215-238, May 2006.

SERAFEIM, George. ESG: Hyperboles and reality. **Harvard Business School Research Paper Series Working Paper**, p. 22-031, 2021.

SINGER, Peter. Famine, Affluence, and Morality. **Philosophy and Public Affairs**, v. 1, n. 3, p. 229-243, Spring 1972.

SKLAIR, Leslie. The Transnational Capitalist Class and Global Politics: Deconstructing the Corporate: State Connection. **International Political Science Review / Revue Internationale de Science Politique**, v. 23, n. 2, p. 159–174, 2002.

SMITH, Adam. **An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of nations**. MetaLibri Digital Library, may 2007. Disponível em: [https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA\\_WealthNations\\_p.pdf](https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf). Acesso em: ago. 2023.

SOUZA, José Fernando Vidal de; MEZZARROBA, Orides. Conhecer para não se iludir: (Re)leitura dos fundamentos do ESG. **CONPEDI Law Review**, Santiago, v. 8, n. 1, p. 249-273, Jul-Dez 2022.

SPARKES, Russell; COWTON, Christopher J. The maturing of socially responsible investment: A review of the developing link with corporate social responsibility. **Journal of Business Ethics**, v. 52, p. 45-57, 2004.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In: **Global Law without a State**. TEUBNER, Gunther (ed.), Dartmouth: Aldershot, 1997.

TEUBNER, Gunther. Law and Social Theory: Three Problems. **Asian Journal of Law and Society**, v. 1, n. 2, p.235-254, Winter, 2014.

TEUBNER, Gunther. Self-Constitucionalizing TNCs? On the Linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct, **Indiana Journal of Global Studies**, v. 18, n. 2, p. 617-638, 2011.

TEUBNER, Gunther. The anonymous matrix: human rights violations by ‘private’ transnational actors. **The Modern Law Review**, v. 69, n. 3, p. 327-346, 2006.

TEUBNER, Gunther. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. **Cardozo Law Review**, v. 13, p. 1443, 1991.

TOWNSEND, Blaine. From SRI to ESG: The Origins of Socially Responsible and Sustainable Investing. **The Journal of Impact and ESG Investing**, v. 1, n. 1, p. 10-25, 2020.

UN. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework. New York; Geneva: United Nations, 2011. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). Acesso em 29 abr. 2024.

UNCTAD. **Studies in Technology Transfer**: Selected cases from Argentina, China, South Africa and Taiwan Province of China. New York; Geneva: United Nations, 2014. Disponível em: [https://unctad.org/system/files/official-document/dtlstict2013d7\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/dtlstict2013d7_en.pdf). Acesso em: 27 jul. 2023.

UNDESA. **The Impact of Multinational Corporations on Development and on Development and on International Relations**. New York: United Nations, 1974. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/819904?ln=en>. Acesso em: 7 ago. 2023.

VAILATTI, Diogo. B.; BENACCHIO, Marcelo. Estado e empresa dentro do viés constitucional. **Interfaces Científicas**, v. 8, n. 2, p. 46-61, 2020.

VERNON, Raymond. The Multinational Enterprise: Power versus Sovereignty. **Foreign Affairs**, v. 49, n. 4, p. 736-751, 1971.

VERTOVEC, Steven. Conceiving and researching transnationalism. **Ethnic & Racial Studies**, v. 22, n. 2, p. 447-462, March 1999.

VIEIRA, Trajano. **Antígone de Sófocles**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

WAI, Robert. The interlegality of transnational private law. **Law & Contemporary Problems** v. 71, p. 107, 2008.

WAI, Robert. Transnational Private Law and Private Ordering in a contested Global Society. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 471-488, 2005.

WEISSBRODT, David. Human Rights Standards Concerning Transnational Corporations and Other Business Entities. **Minnesota Journal of International Law**, v. 23, p. 135-171, 2014.

WILLIAMS, Matthias; ZINETS, Natalia. Russia has launched full-scale invasion of Ukraine, Kyiv says. **Reuters**, Feb. 24th 2022. Disponível em: <https://www.reuters.com/world/europe/russia-has-launched-full-scale-invasion-ukraine-kyiv-says-2022-02-24/> . Acesso em 19 set. 2023.

WILLIAMSON, Oliver. E. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 2, p.233-261, oct. 1979.

WOLKMER, Antônio C. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

XAVIER, L. P.; SANTOS-PINTO, R. Art. 7º: fundos de investimento. Art. 1.368, C, D, E. In: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (coord.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

XAVIER, L. P.; SANTOS-PINTO, R. Os fundos de investimento e a 'lei da liberdade econômica' – novos problemas para um antigo e controverso instituto?. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v. 5, n. 1, Abril de 2020. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/04/revista-esa-11-cap-08.pdf>. Acesso em: 12 Set. 2023.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Construção da Cultura da sustentabilidade à luz dos ODS e dos Princípios ESG. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto; KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Finanças Sustentáveis**: ESG, Compliance, Gestão de Riscos e ODS. Brasília: ABRAMPA, CNJ, CNMP e Projeto Conexão Água, 2022.