

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

ENDERSON DANILO SANTOS DE VASCONCELOS

A DEVIDA DILIGÊNCIA OBRIGATÓRIA EM DIREITOS HUMANOS

São Paulo
2024

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

A DEVIDA DILIGÊNCIA OBRIGATÓRIA EM DIREITOS HUMANOS

Tese de Doutorado em elaboração
apresentada à banca examinadora da
Universidade Nove de Julho, como requisito
parcial para obtenção ao título de **DOUTOR**
em Direito, sob a orientação da Profa. Dra.
Renata Mota Maciel

Vasconcelos, Enderson Danilo Santos de.

A devida diligência obrigatória em direitos humanos. / Enderson Danilo Santos de Vasconcelos. 2024.

259 f.

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

Orientador (a): Prof. Dr. Renata Mota Maciel.

1. Direitos humanos. 2. Regulação. 3. Empresa. 4. Devida diligência.

ENDERSON DANILO SANTOS DE VASCONCELOS
A DEVIDA DILIGÊNCIA OBRIGATÓRIA EM DIREITOS HUMANOS

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, 19 de dezembro de 2024.

BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Renata Mota Maciel

Orientadora

UNINOVE

(Documento assinado digitalmente)

govbr SAMANTHA RIBEIRO MEYER PIJUG MARCUS
Data: 19/12/2024 12:30:03 -0300
Verifique em <https://validar.br.gov.br>

Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pijug
Examinadora Interna

UNINOVE

(Documento assinado digitalmente)

govbr MARCOS BENACCHIO
Data: 19/12/2024 12:41:57 -0300
Verifique em <https://validar.br.gov.br>

Prof. Dr. Marcelo Benacchio
Examinador Interno
UNINOVE

Documento assinado por

Gina Pompeu
Examinadora Externa

UNIFOR

MARCUS ELIAS
MICHAELLE
ALMEIDA

Assentado de forma digital
Por meio de assinatura
Digitalizada automaticamente
Data: 20/12/2024
Timestamp: 10:04:48Z

Prof. Dr. Marcus Elias Michaelle de Almeida
Examinador Externo
PUC/SP

Aos ignorados,
enquanto não for tarde demais.

Agradeço à luz que me guia até
em casa, aos meus amores e as
horas roubadas de seu convívio

“A liberdade é o direito de fazer o próprio dever.”
Augusto Comte

RESUMO

Os casos de violação de direitos humanos se avolumaram no último século. A necessidade de maior produção de bens e serviços implica em maior esgotamento dos recursos naturais e humanos, resultando em externalidades negativas com severos danos ao meio ambiente e aos indivíduos. Estes impactos são provocados por empresas, notadamente as transnacionais, o que exige maior reflexão sobre a possibilidade de exigir o exercício de um comportamento ético e responsável. A responsabilidade empresarial, contudo, não pode limitar-se a conformação ou a simples divulgação de que os direitos humanos são respeitados, sob pena de incorrer na captura destes valores pelo mercado, convertendo-os em linguagem econômica. Os princípios orientadores da ONU para empresas e direitos humanos ocupam este espaço, embora sejam objeto de crítica por sua voluntariedade. Não há dúvida que parâmetros devem ser buscados, o problema consiste em como impô-los às empresas sem violar a ordem jurídica, notadamente o princípio da legalidade. Neste cenário, a devida diligência em direitos humanos apresenta-se como uma ferramenta útil, na medida em que conduz as empresas a adoção de um comportamento responsável e orientado ao respeito aos direitos humanos. A devida diligência é um processo, contínuo e proativo, por meio do qual as empresas podem ter conhecimento de quais riscos ou impactos aos direitos humanos estão sendo provocados para, com isso, poder agir em sua mitigação, prevenção ou reparação. A devida diligência opera justamente em uma área de incerteza e desconhecimento da empresa, sendo a única forma que a autoriza a demonstrar que respeita os direitos humanos. Diante da importância da ferramenta, a dúvida consiste em verificar se é possível atribuir-lhe a natureza de obrigatoriedade a partir do sistema jurídico vigente. Isso implica em definir o modo de atuação da devida diligência no cenário nacional diante da atuação empresarial, ainda que se trate de empresas transnacionais. Desta forma, o presente trabalho objetiva responder a questão, sobretudo a partir da análise dos princípios e fundamentos da ordem econômica previstos na Constituição Federal e de chaves interpretativas como a dignidade da pessoa humana e a eficácia horizontal dos direitos humanos. A análise do problema exigiu que aspectos relacionados ao comportamento empresarial, ética empresarial e demais instrumentos utilizados para o enfretamento de violações aos direitos fossem ponderados. Para elaboração do presente trabalho, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com o auxílio de pesquisa bibliográfica como procedimento metodológico. Assim, pretendeu-se identificar um fundamento jurídico válido para a existência de um dever de cuidado atribuível às empresas em relação aos direitos humanos e, principalmente, se é possível defender a existência de um dever constitucional de devida diligência em direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Regulação. Empresa. Devida diligência.

ABSTRACT

Cases of human rights violations have increased in the last century. The need for greater production of goods and services implies greater depletion of natural and human resources, resulting in negative externalities with severe damage to the environment and individuals. These impacts are caused by companies, notably transnational companies, which requires greater reflection on the possibility of demanding the exercise of ethical and responsible behavior. Corporate responsibility, however, cannot be limited to the confirmation or simple dissemination of the fact that human rights are respected, under penalty of incurring the capture of these values by the market, converting them into economic language. The UN guiding principles for business and human rights occupy this space, although they are the object of criticism for their voluntariness. There is no doubt that parameters should be sought; the problem lies in how to impose them on companies without violating the legal order, notably the principle of legality. In this scenario, due diligence in human rights presents itself as a useful tool, as it leads companies to adopt responsible behavior oriented towards respect for human rights. Due diligence is an ongoing and proactive process through which companies can learn about the risks or impacts on human rights that are being caused, so that they can take action to mitigate, prevent or repair them. Due diligence operates precisely in an area of uncertainty and lack of knowledge on the part of the company, and is the only way that allows it to demonstrate that it respects human rights. Given the importance of the tool, the question is whether it is possible to attribute it to mandatory status under the current legal system. This implies defining how due diligence should operate in the national scenario in the face of corporate activity, even in the case of transnational companies. Thus, this paper aims to answer this question, especially based on the analysis of the principles and foundations of the economic order provided for in the Federal Constitution and interpretative keys such as the dignity of the human person and the horizontal effectiveness of human rights. The analysis of the problem required that aspects related to corporate behavior, business ethics and other instruments used to address human rights violations be considered. To prepare this work, the hypothetical-deductive method was used, with the aid of bibliographic research as a methodological procedure. Thus, the aim was to identify a valid legal basis for the existence of a duty of care attributable to companies in relation to human rights and, mainly, whether it is possible to defend the existence of a constitutional duty of due diligence in human rights.

KEYWORDS: Human rights. Regulation. Business. Due diligence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 ORDEM ECONÔMICA COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIOS, FUNDAMENTOS E ASPECTOS ÉTICO-CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS.....	15
1.1 A força normativa da Constituição e o princípio da unidade.....	17
1.2 Constituição Econômica: coexistência entre direitos e liberdades	24
1.3 Princípios e Fundamentos da Ordem Econômica como alicerces de proteção aos direitos humanos	29
1.3.1 Princípio da Livre Iniciativa em um contexto de proteção aos direitos humanos.....	34
1.3.2 Justiça Social e Solidariedade: a construção de um <i>locus</i> constitucional para os direitos humanos	37
1.3.3 Existência digna e dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos humanos.	39
1.3.4 A Função Social da Empresa orientada à ideia de respeito aos direitos humanos.....	44
1.4 Ética Empresarial.....	48
1.4.1 Ética e Economia.....	49
1.4.2 Dilema dos fins	54
1.4.3 Ética da responsabilidade	57
1.4.4 Desalocação de valores	58
2 DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: DA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL AOS CASOS DE VIOLAÇÃO	64
2.1 Fundamentação dos Direitos Humanos.....	67
2.2 Gerações de Direitos Humanos	74
2.3 Casos de violação de Direitos Humanos por empresas.....	78
2.3.1 O caso Probo Koala	92
2.3.2 O caso Texaco/Chevron na Amazônia Equatoriana.....	93
2.3.3 Exploração infantil e tráfico de ouro entre Burkina Faso, Togo e Suíça.....	94
2.3.4 A exploração de minérios e as barragens de resíduos	95
2.3.4 A exploração de sal-gema em Maceió: caso Braskem	98
2.4 Reparação e Impunidade	103
3 EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE SOBRE OS MECANISMOS UTILIZADOS E SUA EFICIÊNCIA	109
3.1 As normas de responsabilidade de corporações transnacionais e outras empresas em relação aos direitos humanos.....	111
3.2 Pacto Global	113

3.3 ESG (environmental, social and governance).....	117
3.4 NBR 16001 e ISO 26000	121
3.5 Responsabilidade Social Corporativa.....	123
3.6 Diretrizes da OCDE	132
3.7 Agenda 2030	142
3.8 <i>Compliance</i>	145
3.9 Princípios orientadores para empresas e direitos humanos.....	149
3.9.1 Normas de referência: proteger, respeitar e reparar.	152
3.9.2. Os Princípios orientadores referentes à norma de referência “proteger”	158
3.9.3 Os Princípios Orientadores referentes à norma de referência “respeitar”	162
3.9.4 Os Princípios Orientadores referentes à norma de referência “reparar”	165
3.10 Direitos humanos e empresas no cenário brasileiro: O Plano de Ação e o Decreto 9.571/18	169
3.11 A insuficiência dos mecanismos tradicionais em face de impactos adversos aos direitos humanos	173
4 A DEVIDA DILIGÊNCIA OBRIGATÓRIA EM DIREITOS HUMANOS	178
4.1 Origem e conceito da devida diligência.....	178
4.2 Características da devida diligência	182
4.3 A devida diligência nos Princípios Orientadores da ONU para empresas e direitos humanos	190
4.4 Metodologia: como fazer a devida diligência.....	197
4.5 A devida diligência obrigatória em direitos humanos e a superação do princípio da legalidade estrita.....	216
4.5.1 Normas de observância voluntária: <i>soft law</i>	218
4.5.2 A força normativa dos princípios Ruggie	224
4.5.3 O princípio da legalidade.....	227
4.5.3 A eficácia horizontal como fundamento da devida diligência obrigatória em direitos humanos	231
4.5.4 A dignidade da pessoa humana e o dever de cuidado como fundamento da devida diligência obrigatória em direitos humanos.....	234
CONCLUSÕES.....	240
REFERÊNCIAS	247

INTRODUÇÃO

As empresas ocupam importante espaço na sociedade. São responsáveis pela produção de riquezas e geração de bens importantes para a melhoria da qualidade de vida. São importantes atores sociais e sujeitam-se à lógica e ética específicas, o que pode resultar, ocasionalmente, em disfuncionalidades.

Estas entidades não podem ser consideradas isoladas do modelo econômico vigente. O mercado, a despeito de ser um ambiente artificial e abstrato, supostamente conduz os comportamentos e define, ou contribui para definir, os rumos da sociedade, atribuindo à produção de riqueza a natureza de único parâmetro de progresso e régua de desenvolvimento.

As empresas, contudo, devem sujeitar-se ao ordenamento jurídico, assim como qualquer outro indivíduo, ainda que se trate de empresas transnacionais. A atuação dessas, a partir do momento em que agem no ambiente interno, devem atender as regras vigentes.

No caso brasileiro, a Constituição Federal ressalta, especificamente, princípios e fundamentos que devem orientar estes atores e conduzir a ordem econômica. Não há dúvida que a Constituição possui regras próprias de hermenêutica, a fim de que se alcance o melhor resultado possível em sua interpretação, principalmente para que se alcance resultados concretos.

A Constituição possui força normativa, devendo ser interpretada como um todo uniforme, e, com isso, deve ser objetivada sua concretização, produzindo-se alterações no mundo fático, conformando a realidade política e social.

Em virtude disto, os supracitados princípios e fundamentos da ordem econômica, previstos na Constituição, devem ser interpretados de forma a produzir reflexos concretos. Aqueles que estão sujeitos à sua incidência, como as empresas, devem ser conformados, comportando-se de modo a cumprir a vontade da Constituição.

Sendo assim, princípios como a livre iniciativa devem ser interpretados conjuntamente com os princípios da função social da empresa, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, sobretudo quando o objetivo da ordem econômica encontra-se expressamente inserido na Constituição como sendo a necessidade de se assegurar a todos existência digna.

Sem prejuízo disso, pode-se discutir o comportamento empresarial sob o aspecto ético. Não há dúvida que as empresas devem agir a par da ética, não sendo admissível que a vontade de obtenção de lucro possa superar todos os outros valores. A economia é um instrumento e não um fim.

As empresas devem agir a partir de uma ética da responsabilidade, preocupando-se com as consequências de suas ações e agindo para evitar que resultados lesivos possam ocorrer. E na hipótese de ocorrerem, agirem para reparar ou, quando não for possível, mitigá-los.

Todavia, não se observa ampla preocupação das empresas com o aspecto ético. Com isso, somando-se às naturais externalidades negativas decorrentes da atividade empresarial, surgem eventos de impactos negativos aos direitos humanos.

O presente trabalho se insere na linha de pesquisa do programa de doutorado especificamente na análise da empresa, nacional ou transnacional, e aspectos relacionados a regulação, sobretudo na possibilidade de se exigir comportamentos destas quando atuam no cenário nacional.

Inicialmente, é necessário utilizar como ponto de partida o cenário doméstico, ante o estabelecimento de premissas jurídicas que, embora tendentes a universalidade, devem se estruturar em um ordenamento constitucional. Sendo assim, as respostas buscarão um fundamento jurídico de validade na ordem constitucional, em que pese ser possível sua reprodução em um ambiente mais amplo.

Para o presente trabalho, mostra-se importante delimitar o conceito de direitos humanos, notadamente sua fundamentação e ideia de gerações/dimensões, a fim de demonstrar que direitos mais recentes como paz, democracia, privacidade, podem, no limite, inserir-se no conceito de direitos humanos. Por conseguinte, analisando-se os valores protegidos, pretende-se ilustrar o trabalho com alguns casos de violação de direitos humanos por empresas, apontando para a quantidade crescente de eventos desta natureza.

Assim, no capítulo 2 serão analisados alguns casos importantes de violação de direitos humanos. A princípio, serão apontados eventos descritos pelo Centro Europa Terceiro Mundo (CETIM), porquanto se trate de fatos consolidados e documentados com informações relevantes. Além disso, casos recentes envolvendo tecnologia, bem como eventos significativos ocorridos na última década em território nacional serão utilizados como modelo, considerando os resultados lesivos e a contemporaneidade. Sem prejuízo disso, serão referenciados outros fatos importantes para demonstrar o

número de eventos negativos que violam direitos humanos e são praticados por empresas. Estes são escolhidos pela consistência das informações, pela profundidade do tema e da repercussão, bem como por já terem sido analisados em outros trabalhos importantes. No cenário brasileiro, os casos foram escolhidos pela proximidade e pelos resultados significativos observados, sem prejuízo da possibilidade de se analisar as repercussões provocadas e se houve mudança no enfrentamento do tema após os desastres recentes.

Ocorre, conforme identificado, que o número de violações não é proporcional à reparação, sugerindo um cenário de impunidade, o que preocupa há décadas diversos estudiosos e organizações. Há entraves judiciais, financeiros e políticos, resultando em reparações insuficientes ou mesmo na ausência destas. A partir de um viés utilitarista ou meramente econômico, é possível apontar que ante o cenário existente em muitos casos, para as empresas, é preferível a prática da violação, porquanto possa resultar em vantagem econômica.

Assim, apresenta-se necessário no capítulo 3 analisar a relação entre empresas e direitos humanos, sobretudo as ferramentas utilizadas, pelo menos nas últimas duas décadas, para tratar a matéria. Soluções não concluídas como “as normas de responsabilidade de corporações transnacionais e outras empresas em relação aos direitos humanos”, até ferramentas em voga, como o *compliance*, serão analisadas sob a ótica da aptidão para enfrentamento dos casos de violação aos direitos humanos. Observar-se-á, ainda, as normas de referência da ONU “proteger, respeitar e reparar” e os princípios orientadores para empresas e direitos humanos. Analisando os referidos, conjuntamente com as diretrizes da OCDE, identificando-se a ferramenta da devida diligência em direitos humanos, possivelmente apta para o enfrentamento do problema.

No quarto capítulo tratar-se-á da devida diligência em direitos humanos, sua origem e conceito, além da sua metodologia de aplicação. Como será notado, a devida diligência situa-se no âmbito do julgamento, da cautela, da prudência e da análise documental, por meio de uma avaliação crítica das informações e não meramente descritivas, o que a coloca em distinção com o *compliance*. A devida diligência atende ao paradoxo do observador, permitindo que a empresa possa responder, de forma consciente, se respeita os direitos humanos ou se promove riscos ou impactos negativos, e quais impactos seriam estes.

A devida diligência contrapõe-se a simples declaração da empresa de que respeita os direitos humanos. Sem um processo interno que comprove que esta conhece os riscos de envolvimento e impactos que possa provocar aos direitos humanos e que considera estes riscos na tomada de decisão, prevenindo-os, evitando-os, ou comportando-se de forma proativa quando estes forem inevitáveis, as empresas não podem, conscientemente, fazer esta declaração.

Assim, a devida diligência é um processo que deve ser realizado para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como as entidades empresariais lidam com impactos adversos, reais ou potenciais, em suas operações, na cadeia de fornecimento ou em outras relações comerciais.

Considerando que a devida diligência em direitos humanos é uma ferramenta essencial, possivelmente a única apta ao enfrentamento da matéria, indaga-se sobre a possibilidade de que esta possa ser obrigatória.

Portanto, será analisada a possibilidade de se construir um dever jurídico de cuidado a partir da própria ordem constitucional, analisando-se se este dever pode ou deve decorrer da legislação, a repercussão do princípio da legalidade, além de aspectos de voluntariedade, *hard law, soft law*.

Ainda será analisado o princípio da dignidade da pessoa humana, a tese da eficácia horizontal dos direitos humanos e sua repercussão na construção da ideia da devida diligência obrigatória em direitos humanos.

Com isso, se espera do presente trabalho encontrar uma ferramenta válida para o enfrentamento do problema entre empresas e direitos humanos, sobretudo quanto aos seus impactos negativos, buscando verificar a possibilidade de que esta ferramenta seja de uso obrigatório, caso os instrumentos colocados à disposição já não sejam suficientes, e que tenha aptidão de evitar, minorar ou mitigar de forma adequada os impactos negativos provocados.

1 ORDEM ECONÔMICA COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIOS, FUNDAMENTOS E ASPECTOS ÉTICO-CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS.

As fronteiras das relações comerciais há tempos estão em processo de degradação ou dispersão. O fenômeno não é recente, desde o império romano, passando pelas grandes navegações, viu-se uma integração contínua entre os países culminando em uma interdependência. Contudo, no último meio século, esta relação vem acelerando, muito em virtude dos avanços tecnológicos que permitem diminuir as distâncias físicas e de comunicação, garantindo imediatismo nas operações.

Do ponto de vista econômico, este fenômeno, que pode ser identificado como globalização, resultou na distribuição da produção industrial em vários países, pretendendo a redução dos custos de qualquer natureza, exigindo que as empresas buscassem novos arranjos societários e novas formas de organização.

Deste arranjo surgem as empresas transnacionais, muitas das quais acumulam poder econômico e político superior a pequenos países ou aqueles cuja economia não se encontra bem consolidada. Em muitos casos, as empresas produzem mais riqueza do que os países em que parte de sua produção é executada.

A grande empresa acompanhou essa evolução, percorrendo nos últimos séculos ao menos três etapas, sendo que apenas a primeira delas encontra-se totalmente ultrapassada, sendo a organização unitária com divisões ou departamentos internos, o grupo societário e a rede empresarial (Comparato, 1996).

A universalização da economia multiplicou os grupos societários multinacionais, constituídos por sociedade controladora e suas controladas, além de ter permitido o surgimento da organização reticular no mercado internacional (Comparato, 1996, p. 39), uma verdadeira rede estruturada que permite atuação em vários fluxos.

O modelo reticular revela a ausência de vinculação entre as unidades empresariais, substituindo o modelo de participação societária de capital por uma rede de contratos estáveis, o que não afastam a estrutura de controle societário externo, contudo, sob a forma contratual (Comparato, 1996).

Nesta estrutura em rede, a controladora assume exclusivamente as funções de administração de um conjunto de outras empresas fornecedoras de componentes ou

matérias-primas, pesquisadoras, distribuidoras ou fabricadoras, sem que haja participação do capital nestas empresas.

Este modelo de economia globalizado sofre duras críticas, tanto pela fragilidade do arranjo e a exposição global a problemas regionais, bem como pelas consequências negativas relacionadas com problemas de exclusão social, externalidades e prejuízos sociais em alguns países que integram a cadeia de produção.

Merece registro, contudo, a observação de que “a globalização não é um valor, mas um fato” (Perez Luño, 2021, 643), de modo que não contém arquétipos, embora seja um ambiente propício para problemas.

Conforme ressalta José Eduardo Faria (2004), em uma economia transnacionalizada, os problemas internacionais e os problemas internos de cada país alteram progressivamente sua relevância, de modo que os problemas internacionais passam de parte dos problemas internos para ganharam maior preponderância e acabam por condicioná-los.

Muitas das críticas também são direcionadas ao mercado global, compreendido como uma designação econômica para um arranjo institucional que determina a utilização de recursos através de negociações livres entre aqueles que os possuem e os que tem interesse em sua aquisição (Rodrigues, 2007). Dentre as críticas, destaca-se a realizada por Alberto Ricardo Dalla Via (2006), para quem o mercado globalizado cria a figura do *homo economicus* marcadamente egoísta e individualista, funcionando mediante a dinâmica do mercado, objeto da conversão das relações humanas em relações comerciais, simples troca em espaço autorregulado pelo mercado.

Em contrapartida, identifica-se uma melhora global na qualidade de vida, embora em algumas regiões ainda haja desigualdade e dificuldades de toda sorte. Na última quadra histórica identificou-se maior acesso à vacinas, melhor distribuição de renda, diminuição da mortalidade infantil, maior expectativa de vida, maior liberdade política. Em que pese ter havido uma diminuição desses índices nos últimos anos, o saldo ainda é positivo quando comparado com os últimos séculos. Outrossim, esta melhora não é homogênea, remanescente alguns bolsões de miséria e populações alijadas de vários processos decisórios e sem o mínimo de dignidade.

Como seria natural em um ambiente complexo, sem maniqueísmos, a ordem econômica proporciona vantagens significativas, embora produza resultados não

esperados e por vezes danosos, os quais dependem de reflexão e solução por meio da regulação.

Inseridas, em alguma medida, no território brasileiro, seja na cadeia produtiva, com subsidiárias ou empresas parceiras, devem as empresas, nacionais ou transnacionais, sujeitar-se a ordem jurídica e constitucional quando atuam no cenário brasileiro.

Sendo assim, como será observado, uma vez que a atividade empresarial é capaz de ocasionar disfunções e eventos sociais indesejados, inclusive com repercussão nos direitos humanos, sua atuação deve encontrar limites no texto constitucional. É este texto que identificará a moldura na qual as empresas, quando atuam de alguma forma no território nacional, devem desenvolver sua atividade, notadamente a partir de um viés ético de responsabilidade, fundamentado na dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos humanos.

Neste cenário, a ordem constitucional apresenta balizas iniciais de conformação destes comportamentos, servindo como primeiro filtro alinhando aos direitos humanos. Não é possível, no cenário nacional, aplicar os direitos humanos dissociados do texto constitucional, o qual auxilia na interpretação e no modelo de aplicação. Em virtude disso, é essencial analisar algumas balizas que permitem estruturar a devida diligência obrigatória em direitos humanos no cenário jurídico nacional.

1.1 A força normativa da Constituição e o princípio da unidade

Antes de analisar especificamente os princípios e fundamentos da ordem econômica aplicáveis às empresas, é imprescindível estabelecer os parâmetros de interpretação constitucional, a fim de que o texto seja compreendido da forma adequada.

Sendo assim, importa observar que os movimentos constitucionalistas democráticos possuem na essência a ideia de limitação do poder e supremacia da lei, construídos a partir de uma adesão voluntária e espontânea dos destinatários a um conjunto de valores.

O Estado constitucional possui três ordens de limitação do poder. As limitações materiais consistem na preservação de valores básicos e direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e a liberdade (Barroso, 2017). A estrutura orgânica define as funções de administrar, legislar e julgar, atribuindo-as a órgãos distintos e independentes, os quais se controlam reciprocamente, sendo esta a segunda limitação. Por fim, as limitações processuais, implicam o dever dos órgãos de poder agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal em sua natureza procedural e no seu aspecto substantivo.

É possível dizer, como propõe Barroso (2017, p. 72), que “A constituição é um instrumento do processo civilizatório. (...) [sua] finalidade [é] conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados”.

A Constituição reproduz a tensão entre norma e realidade, enquanto se limita a reproduzir a faticidade existente, confirmado as relações de poder e riqueza presentes (*status quo*), também pretende alterar a realidade, revelando um otimismo judicizante que crê na possibilidade da norma poder tudo e “na ambição de salvar o mundo com papel e tinta” (Barroso, 2017, p. 72).

Apesar disso, o amadurecimento dos movimentos constitucionais ultrapassou a ideia de um instrumento de proteção da sociedade em face do Estado para transformar-se em um mecanismo de conformação do poder político e capaz de gerar transformação social, impondo deveres e assegurando direitos (Barroso, 2017).

A evolução da compreensão da disciplina constitucional ainda permite a construção de ideias como o direito subjetivo constitucional, por meio do qual o titular do direito tem a possibilidade de invocar a norma da Constituição para assegurar o exercício da situação jurídica prevista, estes direitos subjetivos permitem exigir do Estado ou de outro destinatário da norma constitucional, prestações positivas ou negativas que proporcionem o desfrute dos interesses jurídicos consagrados (Barroso, 2017). Neste aspecto se estrutura, por exemplo, a ideia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

As normas constitucionais possuem determinadas características que as tornam singulares, destacando-se a superioridade jurídica em relação ao sistema, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o seu caráter político (Barroso, 2017, p. 337).

O ato interpretativo da norma constitucional deve seguir premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas. Estas premissas não estão expressas, contudo estão pacificamente contidas na doutrina e na jurisprudência.

Destacam-se os seguintes princípios instrumentais: princípio da supremacia da Constituição; princípio da presunção de constitucionalidade; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da unidade da Constituição; princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; princípio da efetividade; princípio da força normativa da Constituição; princípio da correção funcional; princípio das razões públicas (Barroso, 2017; Canotilho, 1993; Sarlet, 2021; Sarmento, 2019; Tavares, 2019).

Ao presente trabalho mostra-se imprescindível a análise dos princípios da supremacia da Constituição, da efetividade, da unidade e da força normativa. Embora os demais sejam instrumentais e devam compor a atividade hermenêutica, os destacados assumem especial relevo na construção do raciocínio jurídico que se expõe.

O princípio das razões públicas também se mostra relevante na medida em que se deve ter presente que as sociedades democráticas contemporâneas são compostas por diversidades de visões religiosas, filosóficas e políticas, como destaca Rawls (2011).

Parte-se da premissa, portanto, de que há um fato do pluralismo que identifica um contexto de desacordo moral entre estas divergentes visões de mundo, as quais coexistem.

Assim, a interpretação a partir do princípio das razões públicas, cujas origens remontam a Kant, mas foram recentemente desenvolvidas por Rawls (2011), fundamenta-se no princípio de que temas da esfera política, notadamente essenciais como os referentes aos direitos humanos, só devem ser discutidos a partir de argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas. Ou seja, na discussão pública os argumentos devem ser públicos, rationalmente aceitos, tratando-se de um verdadeiro imperativo moral.

Para Rawls (2011), não se admite no debate público a interpretação a partir das visões individuais, ainda que se trate da crença majoritária, sob pena de não se alcançar a necessária legitimidade em uma sociedade pluralista.

Outro princípio de interpretação constitucional essencial para o presente trabalho é o da supremacia da Constituição, o qual pode ser compreendido como o

fato de que as normas constitucionais, em virtude de sua origem e da distinção do órgão que as cria (poderes constituintes e poderes constituídos) (Sarlet, 2021). Em decorrência disso é possível dizer que as normas constitucionais se encontram no topo da hierarquia do sistema normativo, devendo todas as demais normas e atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário com ela serem compatíveis.

Sobre o tema, Barroso (2017, p. 338) propõe que com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Esta característica permite apontar que as definições constitucionais prevalecem sobre o processo político majoritário, porquanto seja decorrência da especial manifestação de vontade popular exarada em uma especial conjuntura política, o momento constitucional (Barroso, 2017).

O princípio da eficiência, como propõe Canotilho (1993), também nominado de princípio da máxima efetividade, implica na formulação de que deve ser atribuído a norma constitucional o sentido que permita extrair a máxima eficácia. Trata-se de princípio operativo (instrumental), estando diretamente relacionado ao plano da concretização, procurando aproximar o quanto possível o dever-ser normativo do ser da realidade social (Sarlet *et al*, 2021).

Neste sentido, “o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional (Hesse, 1991, p. 21). Pode-se apontar, ainda, que o princípio serve de instrumento para otimizar a eficácia e efetividade das regras constitucionais, estando intimamente ligado ao princípio da força normativa da constituição.

A ideia da força normativa da constituição, conforme proposto por Konrad Hesse (1991), consistiu em uma mudança do paradigma anterior. Superou-se o modelo por meio do qual a Constituição era compreendida apenas como um documento político convidando os Poderes à atuação, passando a ser compreendido como norma jurídica. Por conseguinte, a norma constitucional passou a exercer caráter vinculante e obrigatório, dotando-se de imperatividade.

Para Hesse (1991) o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justificadora das relações de poder dominantes, caso contrário, estaria prevalecendo a Constituição Real, convertendo em simples ciência do mundo do ser, sem pretensões de transformar a realidade.

Como o próprio autor pondera, isso não implica dizer que a norma constitucional seja despida de seu aspecto real, não existindo a despeito da realidade, todavia, a essência da norma consiste em sua pretensão de ser concretizada na realidade. A pretensão de eficácia da norma (*Geltungsanspruch*) exige a observância das condições naturais, técnicas, econômicas e sociais (Hesse, 1991, p.7).

A partir deste raciocínio é possível apontar que a Constituição não opera apenas no mundo do ser, mas também no dever ser, sendo determinada e servindo de determinante, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social (Hesse, 1991).

Não se ignora, como Hesse (1991) já fazia, que a Constituição isoladamente não tem aptidão para transformar a realidade, mas ela serve de força ativa, caso haja disposição para orientar a própria conduta conforme a ordem nela estabelecida. Cuida-se de superar os juízos de conveniência em virtude da vontade de concretizar. No ponto, importa destacar que o texto constitucional autoriza o intérprete a utilizá-lo para a concretização dos valores sociais previstos na carta, cuida-se de força ativa que impulsiona, desde que esteja presente a vontade social. Assim, a construção de mecanismos e estruturas que confrontem as ações contrárias aos direitos previstos constitucionalmente, mostra-se plenamente possível.

Perez Luño (2021, p. 600) registra que na Alemanha surge progressivamente uma série de decisões constitucionais funcionalistas, apontando para a necessidade de servir a Constituição como uma ordem de convivência voltada para o futuro, servindo de consecução da ponderação dos bens, bem como exigindo-se uma interpretação evolutiva e expansiva, a fim de corresponder às exigências de uma sociedade em constante mudança.

É possível dizer que todos estão permanentemente convocados pela Constituição a concretizar o desejo constitucional e dar conformação à vida do Estado, sob pena de um perigoso empobrecimento do pensamento coletivo.

Neste sentido:

pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*). (Hesse, 1991, p.12)

Como anotado por Walter Burckhardt (1931), aquilo que é identificado como vontade da Constituição

deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, momente ao Estado democrático. [Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício], malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado (Walter Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3a. ed., 1931, p. 8).

O princípio da força normativa da constituição exige que seja observado não apenas os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que seja incorporado o espírito da época (*zeitgeist*), o que possui capacidade de assegurar o apoio e a defesa da consciência coletiva enquanto ordem jurídica adequada e justa (Hesse, 1991).

Por *Zeitgeist* é possível compreender como sendo os valores que compõem a Constituição Federal. No caso brasileiro, os fundamentos e objetivos da República, conjuntamente com o plexo de direitos fundamentais previstos, podem compor este espírito da época. Para a finalidade desse trabalho, os princípios e finalidade da ordem econômica representa este espírito da época, sendo norteador desta análise e desta vontade de Constituição.

Verifica-se, portanto, que o intérprete tem atribuição concretizadora, consolidando e preservando a força normativa da Constituição. Como aponta Hesse (1991, p. 16) “a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*)”. Não é por outra razão que a hermenêutica constitucional ganha contornos próprios para permitir o exercício desta vontade de constituição.

Por fim, merece destaque o princípio da unidade, intimamente relacionado com o princípio da concordância prática ou harmonização.

A Constituição “não é um agregado de normas; e nem se pode interpretar em tiras, aos pedaços” (Eros Grau, 1991, p.216), logo, a Constituição deve ser compreendida e interpretada de forma a que todos os seus dispositivos tenham concordância prática.

Do princípio da unidade decorre a necessária harmonização entre os sentidos das normas contrapostas, devendo os bens jurídicos tutelados coexistirem, preservando-se o máximo possível de cada um.

O princípio da unidade pretende afastar contradições ou antinomias, obrigando o intérprete a considerar a Constituição como um todo unitário, procurando harmonizar os espaços de tensão existentes, devendo as normas serem compreendidas como preceitos integrados em um sistema unitário (Canotilho, 1993).

Não se dissociando dos demais princípios interpretativos, notadamente do princípio da unidade, do qual é extraído, o princípio da concordância prática obriga o intérprete a combinar os bens jurídicos em conflito, evitando-se o sacrifício total de qualquer deles em relação aos demais (Canotilho, 1993).

Em relação ao princípio da harmonização, os bens jurídicos reconhecidos e protegidos pela constituição precisam ser ordenados de modo que onde houver colisão um não seja realizado às custas do outro, “seja pela ponderação apressada de bens, seja pela ponderação de valores em abstrato” (Hesse *apud* Sarlet, 2021, p. 219).

Considerando que o princípio da concordância prática não deve ser isoladamente aplicado, a ponderação entre os bens jurídicos em conflito implicará na necessidade de se estabelecer os limites e condicionamentos recíprocos no caso concreto, o que implica dizer que não há soluções *a priori*.

Considerando que a Constituição Federal é um todo harmônico, segundo o princípio de interpretação constitucional da unidade, deve ser interpretada e aplicada de modo a ser considerada como um todo indivisível, devendo ser evitadas e afastadas as contradições, harmonizando-se os espaços de tensão, mediante uma interpretação global (Canotilho, 1993). Ainda que a Doutrina aponte dúvida se se trata de princípio ou objetivo, sendo certo que deve ser articulado com outros métodos e princípios interpretativos a fim de que seja considerada na prática, além de permitir a manifestação de outros intérpretes não oficiais (Sarlet et al, 2021).

O princípio da unidade, portanto, sujeita o princípio da propriedade privada ao respeito da dignidade humana e da solidariedade, os quais, inclusive, poderiam ser extraídos da função social, diante do conteúdo axiológico presente. A própria atividade econômica também se sujeita a esta estrutura normativa e por consequência a licitude das ações empresariais necessariamente deve observar os princípios fundamentais que lhe conformam o exercício da empresa.

Neste sentido, diante de casos de violação aos direitos humanos que possam ser praticadas pelas empresas, ou mesmo dos riscos potenciais de sua existência, não pode a atividade empresarial se distanciar do marco constitucional, sendo possível exigir juridicamente que seu comportamento seja responsável e que seja diligente em sua atuação.

Conforme será melhor desenvolvido adiante, a atividade empresarial deve necessariamente respeitar a ordem constitucional e os direitos humanos. Para que isto seja possível, ferramentas devem ser desenvolvidas e implementadas, como é o caso da devida diligência, a qual pretende inserir na atividade empresarial a percepção do risco de violação aos direitos humanos e desenvolver metodologia para sua identificação e enfrentamento de forma proativa e responsável.

1.2 Constituição Econômica: coexistência entre direitos e liberdades

O constitucionalismo clássico e o modelo de Estado Liberal não se ocupava propriamente de definir finalidades públicas na organização social, havia a compreensão da necessidade de total separação entre as esferas públicas e privadas, mas especificamente entre o Estado e a sociedade civil, de modo que a própria atividade empresarial era marcadamente individualista. Ao Estado competia apenas a garantia da ordem pública para permitir o livre desenvolvimento das atividades privadas.

A superação desta compreensão ocorre no pós-primeira guerra, compreendendo-se que a organização política exige a realização de finalidades gerais, não sendo mais possível a separação do Estado da esfera privada, passando-se a exigir que todos, público e privado, atuem visando fins superiores, previstos na Constituição (Comparato, 1990).

A economia encontra-se relacionada diretamente com os aspectos políticos da sociedade. A Constituição é um mecanismo adequado para fazer escolhas econômicas diretamente, contudo, não se pode olvidar que escolhas políticas podem influir diretamente em questões econômicas.

Tavares (2003) recorda, citando Oscar Dias Corrêa, que as constituições, ao incorporar aspectos da economia política, especificamente quanto à ideologias e

sistemas econômicos, mesclam-nos na forja da realidade social, não sendo possível identificar formas puras, mas modelos diversos e variados em que características de diversos sistemas se entrelaçam a tipos fundamentais, extraíndo-se liberalismo econômico, democracia políticas e modelos de socialismo peculiares e específicos.

A mesma compreensão pode ser observada em Bercovici (2022, p. 24) ao apontar que não é possível falar em constituições monolíticas ou homogêneas, mas sínteses de conteúdos concorrentes inseridas em um mesmo quadro de compromissos pluralistas. O conflito é incorporado ao texto constitucional, representando visões de mundo diferentes e, a princípio, divergentes, pretendendo a convergência.

A escolha pela democracia pode impactar diretamente no modelo econômico. Robert Dahl (2015) ao discorrer sobre a democracia, embora utilize o termo poliarquia, porquanto a democracia seja um modelo ideal, aponta que existem três condições necessárias para tanto, ainda que não sejam suficientes, sendo a possibilidade de os cidadãos formularem suas preferências, de expressarem suas preferências através de ações individuais e coletivas e de ter estas preferências igualmente consideradas pela conduta do governo.

Observa-se, portanto, que nesta configuração, o indivíduo demanda atenção do estado e consideração por suas opiniões, o que indica maior atenção a sua liberdade e a escolha de suas preferências.

A par disso, André Ramos Tavares (2003) comprehende que a democracia é incompatível com o modelo socialista, o que faz com que conclua que apenas o modelo capitalista seja apto a conviver com a democracia. Partindo deste raciocínio, diante da previsão contida no art. 1º¹ da Constituição Federal, seria possível dizer que expressamente foi estabelecido politicamente o modelo econômico capitalista pela Constituição Federal.

Recorda o autor que a conformação consciente e sistemática da ordem econômica por uma decisão política originou a ideia de uma Constituição Econômica, o que teria ocorrido após as grandes guerras, decorrência da perda da confiança na autorregulação econômica do mercado (Tavares, 2003, p.72). Registra, contudo, que desde antes já seria possível falar em conformação da economia pelo direito,

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

porquanto a ordem econômica seja, em todos os estados, fixada ou pressuposta por uma ordem jurídica, porquanto o Estado intervém com propósitos de policiamento econômico ou proteção econômica.

Citando Nobert Reich, Tavares, (2003, p.73) aponta que é possível abordar a ideia de Constituição Econômica a partir de quatro abordagens, sendo possível considerá-la como um sistema econômico concreto, independentemente de previsão expressa; ou ainda como preceitos norteadores da intervenção do Estado para determinada direção e prestação de determinadas funções; bem como sob o prisma da intervenção direta na economia; e a contemplação dos limites da intervenção estatal. A despeito disso, como pondera Vital Moreira (1974) a Constituição Econômica aponta para uma decisão presente em uma ordem normativa apontando para uma situação desejada.

O direito econômico não tem a pretensão apenas de confirmar as escolhas prévias, mas possui aptidão de alterar ou superar as estruturas estabelecidas, notadamente conforme proposto pela Constituição. Como assevera Fábio Konder Comparato (1978), essa concepção surge como o conjunto de técnicas jurídicas postas em favor do Estado para que seja possível sua intervenção em busca do aperfeiçoamento ou transformação.

Aponta Comparato (1990) que não há dúvida que cuidar de economia é tratar da produção e distribuição de riqueza e formação de preços, a determinação da renda nacional e o nível de emprego, embora haja dificuldade em definir riqueza, sendo certo, contudo, que o termo alcança bens materiais e imateriais, como condições sociais de possibilidade.

Os preceitos da Constituição Econômica não estão necessariamente posicionados geograficamente no texto constitucional, podendo haver previsão esparsa, o que importa é identificar se os elementos são definidores de um determinado sistema e indicam uma determinada forma de organização e funcionamento da economia, constituindo uma ordem econômica ou proporcionando a concretização ou seu direcionamento (Tavares, 2003).

É neste sentido que Vital Moreira (1974, p. 35-36) aponta que de uma economia capitalista orientada fazem parte não apenas disposições que asseguram a propriedade privada e os meios de produção, além de outros direitos fundamentais econômicos, como a liberdade de empresa e de trabalho, mas também normas que determinam o papel do mercado e da forma de orientação no processo econômico,

como as finanças do Estado, regras para constituição e funcionamento da empresa e a posição do trabalhador, *verbi gratia*.

Com isso, utiliza-se o conceito formal de Constituição Econômica para o presente trabalho, sendo relevante a incursão sobre disposições previstas expressamente no texto, apresentadas na tessitura estrutural, não importando sua posição geográfica.

Contudo, a fim de delimitar ainda mais o campo da observação, Tavares (2003, p.77) considera como Constituição econômica a parcela da carta que abriga e interpreta o sistema econômico material (capitalista na essência), consubstanciada nas disposições que contém os direitos que legitimam a atuação dos agentes e sujeitos econômicos, o conteúdo e os limites desses direitos, além da responsabilidade inerente ao exercício da atividade econômica.

Nesta linha de intelecção, José Alfredo de Oliveira Baracho (*apud* Tavares, 2003) destaca que a Constituição econômica regula a iniciativa privada, a intervenção pública na economia, a existência de um Estado subsidiário e a primazia da iniciativa privada, uma economia social de mercado, contratação propriedade e liberdade de empresa, aceitação ou eliminação da planificação e sobredimensionamento do Estado.

Estabelecidas estas premissas, não há dúvida de que o modelo econômico adotado é justamente o capitalista, embora com o influxo de regras de cunho social e limitações pontuais ao livre mercado. A defesa da propriedade privada e da liberdade geral, notadamente a empresarial, é um dos marcos característicos do sistema econômico escolhido.

Eros Grau (2003) pontua que o modo de produção capitalista é essencialmente jurídico, o que equivale dizer que o direito é elemento constitutivo deste modo de produção, caracterizado pela universalidade abstrata das formas jurídicas e igualdade formal perante a lei, refletindo a universalidade da troca mercantil e buscando garantir previsão e calculabilidade de comportamentos, como recorda Gilberto Bercovici (2022).

Conforme apresentado por Natalino Irti (2007), a ordem jurídica do mercado relaciona-se a três princípios (artificialidade, juridicidade e historicidade). Primeiro, deve-se ter presente que o mercado é *locus artificalis* e não *locus naturalis*; em segundo lugar, o autor aponta que esta artificialidade deriva do direito, ou seja, decorre de decisões políticas, o qual confere forma à economia; por fim, estas decisões

políticas são mutáveis, o que faz com que modelos e regimes econômicos sejam historicamente marcados e não possam ser compreendidos como absolutos e definitivos.

Segundo Bercovici (2022, p. 15), “o direito é uma condição de possibilidade do sistema capitalista”, o mercado não é natural, mas uma estrutura social, decorrente da história e de decisões políticas e jurídicas, servindo a determinados interesses, o que permite apontar, conforme assevera Eros Grau (2003) que o direito é produzido pela estrutura econômica, embora também com ela interaja, alterando-a.

O mercado é um instrumento, como aponta Marcelo Benacchio (2018), uma escolha política e jurídica da sociedade, não sendo preexistente ao direito, competindo ao Direito indicar suas finalidades e ordenar seu funcionamento, devendo ser utilizado para suprir as necessidades humanas, permitindo igualdade de acesso e desenvolvimento das pessoas.

Natalino Irti (2007) destaca, inclusive, que não há naturalidade no mercado, o direito deve ser criado e oposto pelo Estado para que o mercado possa exigir o cumprimento dos acordos e contratos. Isso implica dizer que o mercado não é responsável pela própria autonomia jurídica, mas depende da força coercitiva externa para sua execução.

Importante a crítica do autor ao dispor que

a passagem do espaço tecno-econômico para lugares determinados é inevitável. O problema – visto que a economia global precisou do direito e que sem direito ela não pode nem constituir nem se desenvolver – está na individualização do direito aplicável. Aqui se colocam soluções diversas: ou que um poder imperial domine e regule a economia global; ou que os negócios escolham, eles mesmos, o lugar do direito (de modo que os Estados parecem participar de uma “corrida para ver quem consegue diminuir os custos” ao oferecer a mercadoria jurídica); ou que os Estados, desfrutando ao máximo a artificialidade da técnica normativa, estipulem tratados, instituam uniões e órgãos internacionais, e por isso sejam capazes de seguir e capturar os atos das empresas. Mais uma vez, cabe à decisão política escolher o caminho (Natalino Irti, 2007, p. 48).

Não há dúvida, portanto, que o mercado é acima de tudo uma escolha política, um arranjo jurídico a partir de decisões, não havendo que se falar em criação natural. Dito isso, é possível destacar que o mercado pode, e deve, sujeitar-se a arranjos éticos, podendo ser submetido a exigências éticas e de respeito aos direitos humanos.

O mercado que responde exclusivamente a princípios econômicos, a maximização do autointeresse e a exclusiva racionalidade econômica nos comportamentos humanos distancia-se dos preceitos constitucionais.

Importantes são as ponderações de Raul Machado Horta (1991) ao estabelecer que a ordem econômica e financeira prevista constitucionalmente não pode ser compreendida de forma apartada do restante do texto constitucional, portanto, deve ser integrada ao todo. Sendo assim, a interpretação e a aplicação dos preceitos econômicos reclamam o ajustamento permanente das regras da ordem econômica e financeira prevista expressamente, sendo ela indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Os princípios que informam a ordem econômica são inseparáveis dos direitos e garantias fundamentais.

Não se trata do estabelecimento de um direito de livre mercado, mas uma análise crítica que deve ter presente o conflito entre a liberdade individual e o compromisso coletivo, como pondera Bercovici (2022).

Com efeito, os dispositivos afetos à ordem econômica previstos na Constituição não podem ser analisados de forma dissociada de todo o conjunto normativo constitucional. Qualquer análise deve ser feita de forma integral, notadamente em virtude do princípio da unidade da Constituição. Logo, o modelo econômico escolhido e previsto constitucionalmente deve ser adequado e lapidado pelas demais escolhas constitucionais, buscando-se estabelecer um conjunto harmônico e convergente.

1.3 Princípios e Fundamentos da Ordem Econômica como alicerces de proteção aos direitos humanos

A Constituição Federal é considerada pela doutrina como uma Constituição Dirigente. Esta construção intelectual, a partir dos estudos de Canotilho (1993), consiste em apontar que a Constituição tem a “pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres e de atuação positiva, com a consequente redução do campo reservado à deliberação política majoritária” (Barroso, 2017, p. 111)

Extrai-se, ainda, a partir destas premissas, que a ordem jurídica possui uma função social e que esta não é compreendida como a necessidade de suprir a

ausência de políticas públicas, mas de criar as condições institucionais para que elas se desenvolvam, o que equivale dizer que, dentro da ordem econômica, consiste em organizar os Poderes Públicos e a atividade privada (Comparato, 1990).

A previsão constitucional afeta a ordem econômica não se limita a apontar os fundamentos, mas também finalidades, ou seja, objetivos a serem atingidos pelo Estado por intermédio da ordem econômica (Tavares, 2003).

Assim o sendo, verifica-se no texto um conjunto de diretrizes, programas e fins que pretendem ser alcançados pelo Estado e pela sociedade. A disposição contida no art. 170 da Constituição Federal segue este mesmo intuito, como pondera Eros Grau (1991) ao estabelecer uma nova ordem econômica quando em comparação com o modelo anterior.

Há na doutrina posições críticas, defendendo que não há força vinculante na declaração de princípios da ordem econômica, como defende Comparato (1990). A posição, contudo, parece não se sustentar ao longo do tempo, como se pode evidenciar do atual momento de amadurecimento da ciência jurídica e sobretudo a partir da evolução constitucional das últimas décadas, muito em decorrência do princípio da força normativa da constituição proposto por Konrad Hesse (1991) e pela ideia de Constituição Dirigente (Canotilho, 1993)

Para Eros Grau (1991) os elementos determinantes que aglomeraram a ordem econômica, embora não a reduzam as disposições topográficas, são a propriedade e a empresa, sendo esta compreendida pelo autor como expressão dinâmica dos bens de produção entre o capital e o trabalho e o desenvolvimento dos processos econômicos privados.

A ordem econômica pode ser compreendida para além das disposições contidas no Título VII, devendo ser agregadas as disposições presentes no art. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219, sem prejuízo de outros correlatos e a elas aderidas, como, *verbi gratia*, o contido no art. 5º, LXXI, no art. 24, I, no art. 37, XIX e XX, no §2º do art. 103 e nos arts. 149 e 225 (Grau, 1991, p. 201; Tavares, 2003).

Não há como se discordar da proposição. Como apontado, a leitura da Constituição necessariamente deve ser feita de forma conjunta, interpretando-se os preceitos a fim de que se permita a manutenção da harmonia entre seu conteúdo. Neste sentido, as disposições apontadas por Grau (1991) estão diretamente relacionadas, denotando-se o modelo econômico desejado, projeto de futuro a ser buscado pela sociedade. Por isso, será apresentado adiante a necessidade de

conjugar os preceitos contido na ordem econômica de forma indissociável com os dispostos, por exemplo, nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal, tudo orientado para a proteção de direitos humanos e fundamentais.

Eros Grau (1991) aponta que a ordem econômica prevista na Constituição consagra um regime de mercado organizado afetado pelos preceitos da ordem pública clássica, optando pelo tipo liberal do processo econômico, sendo admitida a intervenção do Estado excepcionalmente para coibir abusos e preservar a livre concorrência, tanto do próprio Estado como de outros agentes econômicos que possam culminar na formação de monopólios ou abuso do poder econômico objetivando o aumento arbitrário dos lucros (1991, p.211).

A ordem econômica constitucional não é produto de imposições circunstanciais do constituinte, mas pode ser vista como resultado do conflito de texturas e posições ideológicas e de interesses que foram compostos para ajustar-se no texto constitucional. A despeito disso, porquanto a Constituição seja um sistema dotado de coerência, a interpretação deve ser construída a partir da Unidade e não da contradição e incompatibilidade. As superações devem ser superadas pela interpretação.

A sociedade empresarial está inserida nesta ordem econômica constitucional, o que exige a observância de princípios específicos, encarados como essenciais para a construção e manutenção de uma sociedade livre, os quais estão previstos no art. 170 da Constituição Federal.

O art. 170 da Constituição Federal, aponta que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, já indicando interesses aparentemente contrapostos mas que devem ser harmonizados. Segue apontando que esta ordem objetiva “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Desta previsão denota-se a consideração do ser humano como finalidade e não instrumento.

A previsão reproduz a ideia de dignidade da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal. A justiça social é limite interpretativo e moldura de atuação. A ordem econômica não é neutra e deve, apesar dos interesses em conflitos, respeitar os ditames da justiça social.

Para tanto, indica que devem ser observados os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades

regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Além desses, geograficamente posicionados, outros princípios devem conformar a interpretação, como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a liberdade de associação profissional ou sindical, o direito de greve, a integração do mercado interno ao patrimônio nacional.

Os princípios da ordem econômica, ao menos aqueles previstos no art. 170, podem ser agrupados em duas categorias, conforme propõe Barroso (2001), sendo o primeiro grupo o dos princípios de funcionamento e o segundo o dos princípios fins.

Por princípios de funcionamento entende-se aqueles que estabelecem parâmetros de convivência básica para os agentes da ordem econômica, refere-se, portanto, à dinâmica das relações produtivas. Por princípios-fins compreendem-se aqueles que descrevem realidades materiais que o constituinte pretende que sejam alcançadas (Barroso, 2001).

O primeiro grupo é composto pelos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente.

O grupo dos princípios finalísticos é abrangida por aqueles que descrevem uma realidade fática desejada, conjugados com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da Constituição Federal), sendo eles a existência digna para todos, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e a expansão das empresas de pequeno porte (Barroso, 2001).

Aponta Barroso (2001) que cabe ao Estado o dever, como agente da ordem econômica, de criar mecanismos de incentivo que estimulem a iniciativa privada a contribuir para a consecução dos objetivos constitucionais, influindo nas condutas dos agentes econômicos, por meio de ações de fomento ou outros mecanismos.

Há divergência quanto à possibilidade do Estado exigir dos particulares o exercício ou a atuação para alcançar os fins constitucionais, defendendo-se, como aponta Barroso (2001) que não cabe a este ente impor aos particulares o atendimento destas diretrizes, mas apenas incentivar e atrair, mediante planejamento indicativo, para seduzir e condicionar a iniciativa privada.

A visão, contudo, parece merecer maior reflexão. Ainda que não se negue que a atuação da iniciativa privada se encontra jungida ao princípio da legalidade, o qual aponta que à iniciativa privada não se pode exigir que faça ou deixe de fazer sem previsão legal, parece certo que a previsão principiológica e valorativa contida na ordem econômica e em demais disposições constitucionais possa ser o suficiente para exigir o condicionamento da atividade empresarial.

Com efeito, parece não haver dúvida que na atuação empresarial os princípios e objetivos constitucionais devam ser observados. Embora não se possa exigir uma atuação positiva, ou ao menos que ainda não se possa dizer que esta atuação é exigível, pode-se apontar que a omissão ou a conduta lesiva, mesmo que inicialmente lícita, é vedada, seja por um dever implícito de não lesar, seja pelo dever de não violar o direito de todos a uma existência digna. Portanto, um comportamento dissonante, lesivo e prejudicial a existência digna de todos, é contrário à Constituição.

Isso implica dizer que as empresas têm o dever de respeitar os direitos humanos. O raciocínio será mais bem desenvolvido durante o trabalho, todavia, é possível antecipar que uma vez que a dignidade da pessoa humana é o núcleo dos direitos humanos e que há um dever de não violar a existência digna de todos os indivíduos, não é possível vislumbrar atividade empresarial que não respeite esses direitos.

Em virtude da necessidade de que os princípios constitucionais sejam ponderados em conjunto para que o texto constitucional seja devidamente discernido e se possa definir com adequação o sistema e o modelo econômico escolhido, devem as empresas agir de forma não lesiva, sobretudo quanto aos direitos humanos, não apenas quando a violação já ocorreu, mas também quando esta é potencial, o que exige devida diligência.

A atuação dos agentes econômicos, como as sociedades empresariais, ainda que se tratem de transnacionais, desde que atuem em território nacional, deve ser inserida neste modelo e sob o influxo dos princípios destacados, compreendidos como essenciais para a construção e manutenção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Não há dúvida que os particulares e, sobretudo, os agentes econômicos, são os principais atores da ordem econômica, possuindo direito subjetivo à livre concorrência, não dissociados do intuito de obtenção de lucro. Contudo, há dever jurídico a eles impostos para que observem os princípios de funcionamento da atividade econômica (BARROSO, 2001), dentre os quais se inserem objetivos como

assegurar a todos existência digna, previsto expressamente no art. 170, *caput*, da Constituição Federal, fundamento do dever de observância dos direitos humanos pelas empresas, conforme será oportunamente esclarecido.

Estabelecidas estas premissas, passa-se à análise dos princípios com maior pertinência para o presente trabalho.

1.3.1 Princípio da Livre Iniciativa em um contexto de proteção aos direitos humanos

A livre iniciativa encontra previsão no art. 1º, IV, da Constituição Federal e no art. 170, *caput*, em ambos os casos é acompanhada pelo princípio do valor social do trabalho, o que indica, como observa Grau (1991) que não se trata de uma expressão individualista, mas de um princípio socialmente valioso. Identifica-se, inclusive que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo da República, justifica o princípio da liberdade de iniciativa.

Desdobramento da liberdade, a livre iniciativa não se limita a ordem econômica, notadamente porquanto se trate de fundamento da República Federativa do Brasil. Analisada sob a perspectiva da liberdade, convém apontar que liberdade é em si mesma sensibilidade e acessibilidade, como propõe Grau (1991), uma vez que não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e comportamento, o que equivale a sensibilidade; e como acessibilidade não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonegado.

Neste sentido, a livre iniciativa é ampla e se relaciona com a liberdade, não se contendo exclusivamente como princípio do liberalismo econômico, contudo, é possível observar o fenômeno a partir da ordem econômica, o que permite apontar que se manifesta também como liberdade de desenvolvimento da empresa, liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica (Grau, 1991).

Em sua gênese, destaca Grau (1991) não se fala, assim como não se observa depois, em um direito absoluto a livre iniciativa, esta sempre é limitada pelo poder do Estado e serve para limitar este, manifestando seu caráter de legalidade. Por conseguinte, trata-se de liberdade pública, não podendo haver restrições estatais senão em virtude de previsão legal, nos termos do art. 5º, II, da Constituição Federal.

Recordando as lições de Renato Alessi, não é possível falar em um direito absoluto a liberdade econômica. Porquanto este só existe em uma ordem jurídica, seu exercício leva em conta as limitações existentes nesta mesma ordem jurídica, havendo variações do grau de liberdade neste exercício (*apud* Grau, 1991), além da necessidade de respeito a outros valores, princípios e direitos, notadamente aqueles previstos na Carta Constitucional ou de alguma forma incorporados a estes, como o disposto no art. 5º, §2º, do referido documento.

O princípio da livre iniciativa pressupõe a existência de propriedade privada, ou seja, a apropriação particular dos bens e dos meios de produção. É possível apontar que a liberdade de empresa integra o núcleo do princípio, porquanto a ordem constitucional assegure a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, sendo também, de sua essência, a liberdade de contratar (Barroso, 2001).

O princípio da livre iniciativa manifesta-se a partir de quatro características marcantes do modo de produção capitalista. Conforme lição de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 27-34), a livre iniciativa denota a imprescindibilidade da empresa privada para o acesso de bens e serviços pela sociedade; a busca do lucro como motivação principal do empresário; a importância de proteção dos investimentos privados; e o reconhecimento da empresa como entidade de geração de empregos e riquezas para a sociedade.

Para alguns autores, como José Afonso da Silva (2016), a livre iniciativa seria condicionada pela valorização do trabalho humano, destacando-se que no texto constitucional este princípio sempre antecede aquele, essa prioridade possuiria, segundo o autor, a finalidade de orientar a intervenção do Estado na economia, destacando que ambos são fundamentos não apenas da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil.

Entende-se, contudo, que não se trata de priorização, mas de conjugação e coexistência harmônica. Ou, ainda, de limitação ao exercício do primeiro pelo segundo. Conforme apontando, não se faz possível o exercício da livre iniciativa de forma absoluta, esta sempre encontrará, em alguma medida, conformações e limites, manifestados em outros direitos de igual envergadura jurídica.

O referido princípio reclama ponderação, não podendo ser aplicado isoladamente do texto constitucional. Sua conjugação exige a harmonia com outros valores e fins públicos previsto no texto constitucional, notadamente para que a atuação, inclusive reguladora e fiscalizadora do Estado, possa agir para reduzir

neutralizar ou reduzir distorções decorrentes do abuso da liberdade de iniciativa, aprimorando as condições de funcionamento (Barroso, 2001).

A livre iniciativa opera com base na liberdade, direito e princípio estruturante, amparada na contingência e fragilidade, uma ordem aberta ao fracasso, preferível a uma estabilidade supostamente certa e eficiente, o que equivale dizer que, apesar de estar centrada nos indivíduos e não no Estado, não implica em um deixar fazer, notadamente, porquanto se conjugue com outros valores, como a valorização do trabalho (Ferraz Jr. 1989).

Consoante Barroso (2001), o Estado não pode determinar às empresas que alterem seu objetivo natural, a busca do lucro, em prol de orientar sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica, sob o risco de sacrificar a própria liberdade de iniciativa. Esta concepção, como já destacado, não está em conflito com o princípio de não lesar ou de respeitar a ordem jurídica e constitucional.

Este fenômeno pode ser evidenciado na correlação entre propriedade privada e função social, devendo-se corrigir ou conformar o princípio da liberdade de empresa com a definição de função social, o qual lhe restringe o alcance.

Embora não haja univocidade na indicação de quais elementos determinam o sistema capitalista, a propriedade privada e o contrato são apontados como características essenciais.

Avelãs Nunes (1973) identifica a posição do indivíduo frente aos meios de produção como característica de distinção, e, portanto, identificação, do modelo econômico. Aponta que o sistema econômico é composto por um feixe normativo que prevê instituições jurídicas e sociais de forma coerente e em alinhamento ao modo de produção. Para realizar a distinção, indaga sobre a forma de repartição do produto econômico, sobre a existência de rendimentos da propriedade ou apenas do trabalho, ou ambos.

Isso fará com que Eros Grau (1991, p. 200) afirme que a essência do capitalismo não se encontra na consagração da propriedade dos bens de produção, mas na posição ocupada pelo indivíduo perante a produção social. Além disso, argumenta que a liberdade de contratar, compreendida por muitos como definidora do capitalismo, decorre da propriedade privada dos bens de produção, tratando-se de função do regime (compreendido como a forma como os poderes econômicos se relacionam com a realidade econômica) adotado em relação aos contratos. Desta

forma, o modo de produção socialista é compatível com a liberdade contratual e não há incompatibilidade com o modelo capitalista o dirigismo contratual.

Outra característica importante é a finalidade da empresa e seu objetivo lucrativo. A empresa capitalista é, em última análise, não uma unidade de produção de bens ou prestação de serviços, mas uma organizadora e produtora de lucros, sendo este o objeto da empresa, subordinando a atividade produtiva ao objetivo final que é a apuração e distribuição de lucros (Comparato, 1991).

Não se pode distanciar, ainda, da função social que deve ser desempenhada pela empresa, a qual é indissociável. Consoante oportunamente enfrentado, o tema da função social da empresa encontra-se suficientemente densificado, sendo possível apontar que a empresa deve exercer sua atividade de maneira a não provocar prejuízo à outrem, vedando-se o exercício de maneira abusiva, sem prejuízo da possibilidade de se impor deveres aos titulares (Frazão et al, 2017).

É nesta perspectiva que se defende a possibilidade de se exigir das empresas não apenas que se abstenha de violar os direitos humanos, mas que atue a partir da ideia de um dever constitucional de cuidado. Assim, não basta o comportamento negativo, a omissão ou a paralisia, mas, em dadas situações, que haja um comportamento proativo, ainda que implique na necessidade de alterar o modelo de negócio e a forma de exploração. Isso mostra-se essencial quando analisado diante dos direitos humanos consagrados e do risco de violação a estes direitos pelo exercício da atividade empresarial.

1.3.2 Justiça Social e Solidariedade: a construção de um *locus* constitucional para os direitos humanos

A justiça social, prevista no *caput* do art. 170 é um princípio conformador da concepção da existência digna, prevista no mesmo dispositivo, cuja realização é o fim da ordem econômica e um dos fundamentos da República (Grau, 1991).

A justiça social prevista na ordem econômica pode ser correlacionada com o objetivo da República Federativa do Brasil previsto no art. 3º, I, e com a ordem social, prevista no art. 193, ambos da Constituição Federal.

O texto constitucional associa a justiça social à solidariedade, “deixando certo que o conceito envolve não apenas a prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos” (Tavares, 2003, p. 137).

A solidariedade é extraída de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, prevista no art. 3º, I, da Constituição Federal, aponta ao propósito de se construir uma sociedade livre, justa e solidária. A solidariedade leva em conta a repartição dos encargos sociais, em que todos devem suportar as agruras do progresso, decorrendo da terceira dimensão dos direitos fundamentais encartados como direitos de fraternidade.

Autêntica norma-objetivo, trata-se de finalidade de transformação social, sobretudo diante de sua inserção em uma Constituição Dirigente, porquanto imponha e fundamente a reivindicação, pela sociedade, do direito à realização das políticas públicas constitucionalmente consagradas.

Também se verifica uma correlação entre justiça social, dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades, o que exige uma leitura compatível e estruturante. Acrescentando-se a solidariedade, permite-se concluir que cada um é uma aresta de um mesmo fenômeno social desejado, o desenvolvimento humano sustentável e significante.

A partir destas premissas é possível inclusive encontrar um *locus* constitucional para os Direitos Humanos, estruturando-os a partir do próprio texto constitucional. Embora seja lugar comum dizer que os direitos humanos incorporados ao texto constitucional sejam considerados direitos fundamentais, é possível ir além e reconhecer que mesmo aqueles direitos humanos que não estejam constitucionalmente explicitados também encontram suporte constitucional, notadamente diante da relação entre justiça social e dignidade da pessoa humana. Esta, conforme destacado adiante, núcleo e fundamento dos direitos humanos.

Justiça social é uma expressão indeterminada e contingencial que no contexto constitucional não designa uma espécie de justiça, mas um elemento ideológico, como pontua Grau (1991). O termo social não adjetiva a justiça, mas integra um substantivo com significado próprio, significando a superação de injustiças da repartição do produto econômico, não apenas do ponto de vista ético, mas da própria política econômica capitalista (Grau, 1991, p. 241).

Para Tavares (2003) a realização da justiça social se dá por meio de uma distribuição equitativa de riqueza a fim de permitir a cada um dispor de meios materiais necessários para a subsistência digna, não sendo esta finalidade atingida pela atuação livre do mercado regendo-se pelas próprias regras.

1.3.3 Existência digna e dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos humanos.

Dignidade na antiguidade era caracterizada a partir da análise da posição social dentro da sociedade e da distinção de cada dignidade frente as criaturas não humanas, destacando-se no Estoicismo que a dignidade era compreendida como compartilhamento pelos homens do atributo da razão (Härbele, 2013, p. 71).

Ingo Sarlet (2013) destaca que a dignidade é qualidade intrínseca do ser humano, irrenunciável e inalienável, qualidade integrante da própria condição humana. O autor ainda explicita que a dignidade pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, todavia, não pode ser criada, concedida ou retirada.

Importante ainda a compreensão de que a dignidade não existe apenas onde o Direito a reconhece e na medida em que é reconhecida por este, porquanto constitua dado prévio, preexistente e anterior a experiência especulativa (Sarlet, 2013).

Após os horrores da grande guerra a dignidade foi alçada a valor universal, encontrando tributário em diversos textos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana está prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal como um dos fundamentos da República, e, além disso, também figura como fim da ordem econômica.

Uma Constituição que parte da dignidade humana, o que se verifica em diversos textos constitucionais, assume este compromisso consigo mesma (Härbele, 2013), o que permite dizer que este é um vetor para o qual todas as normas devem convergir. O fundamento do Estado Constitucional é tanto a soberania popular quanto a dignidade humana (Härbele, 2013, p. 83). Além disso, “a soberania popular possui na dignidade humana seu último e primeiro fundamento” (Härbele, 2013, p. 85).

A dignidade da pessoa humana encontra previsão em constituições de diversos países, como Alemanha, Portugal, Espanha e Itália. Desde a Constituição de Weimar (1919) havia previsão textual no art. 151, III, que a atividade econômica deveria corresponder aos princípios da Justiça, com vista a assegurar uma existência humana digna a todos. Posteriormente, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu art. 1º (1) dispôs que “a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

A previsão contida na legislação alemã, segundo Härbele (2013) tem dupla dimensão, uma define a dignidade como valor, princípio filosófico-valorativo jusnatural, confrontando-se com a ideia de dignidade enquanto prestação. Sem prejuízo, a dignidade deve servir de base comum para todas as posições ideológicas fundamentais em uma sociedade pluralista (Härbele, 2013).

O art. 1º da Constituição da República Portuguesa possui semelhante dispositivo, porquanto disponha que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. A Constituição Espanhola prevê no art. 10, 1, que a dignidade da pessoa humana é fundamento do ordenamento jurídico e da paz social.

Os países democráticos ocidentais que não preveem explicitamente a dignidade da pessoa humana em suas constituições, em alguma medida, a admitem como valor constitucional e vetor axiológico. A própria ideia de democracia e liberdade não pode ser concebida sem o reconhecimento da dignidade do indivíduo.

A dignidade humana, para Härbele (2013) assume a natureza de valor jurídico mais elevado no ordenamento constitucional, manifestando um caráter pré-positivo e o fim supremo do direito, estando na base de todos os direitos fundamentais, núcleo do princípio do Estado de Direito.

Cuida-se de proibição de que os homens sejam utilizados como objetos do Estado ou que sejam tratados de forma a desnaturalizar sua qualidade de sujeito, protegendo-se a um só tempo sua natureza de indivíduo e sua vinculação comunitária (Härbele, 2013). Ainda segundo o autor alemão, desta estruturação extrai-se que a dignidade conduz a deveres e obrigações, um verdadeiro dever geral de defesa e um dever de proteção intersubjetivo, o que mais tarde servirá de fundamento para a própria ideia da devida diligência obrigatória em direitos humanos.

O raciocínio justifica-se pela posição de Luís Roberto Barroso (2017), para quem a dignidade da pessoa humana possui como conteúdo mínimo o valor comunitário, a autonomia privada e o valor intrínseco do indivíduo. Este, consolidado a partir da ideia kantiana de que o homem é um fim em si mesmo, afastando uma visão utilitarista, deve primar pela valorização do indivíduo, forte na máxima do imperativo categórico (Barroso, 2017).

Uma das construções teóricas mais convincentes para compreender a dignidade humana é a fórmula-objeto proposta por Dürig (*apud* Härbele, 2013), a qual propõe que a dignidade é atingida sempre que o homem é tratado como objeto, seja do agir estatal ou de sua instrumentalização. À vista disso, o Estado e a sociedade realizam a dignidade humana quando os cidadãos são transformados em sujeitos de suas ações.

A dignidade é fundamento do Estado e da sociedade, constituída e eventualmente a ser constituída, como adverte Harberle (2013). Esta percepção é extremamente relevante para se compreender os reflexos da dignidade humana em relação a sociedade e não apenas em face do Estado.

Implica dizer que a dignidade humana deve ser o referencial para as atividades entre os particulares como fundamento da eficácia horizontal dos direitos humanos, sendo esta uma das ideias principais que se defende neste trabalho. O tema será aprofundado oportunamente, mas por enquanto é imprescindível apontar que os particulares, notadamente durante o exercício da atividade econômica, devem respeitar a dignidade de todos, ou, nos termos da Constituição, devem assegurar, a todos, existência digna.

Esta mesma conclusão pode ser extraída de Härbele (2013, p. 82) o qual aponta que “a obrigação de respeito e proteção abrange tendencialmente também a sociedade. A dignidade humana possui eficácia em relação a terceiros, ela constitui a sociedade”.

Como se observa, não se trata apenas de respeitar, mas de proteger, e, nos termos da Constituição, assegurar. Logo, a dignidade humana possui eficácia em relação aos terceiros, inclusive atores econômicos privados, os quais devem respeitar, proteger e assegurá-la. Trata-se de dever jurídico fundamental (Härbele, 2013, p. 85), um dever jurídico de cuidado.

Há também que se considerar, como proposto por Ingo Sarlet (2013) a dimensão comunitária (ou social) da dignidade da pessoa humana, porquanto todas

possam ser consideradas em conjunto e não apenas individualmente. Cuida-se de visão kantiana intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica dos indivíduos em relação aos demais, verdadeiro ser com os outros. O autor parte do pressuposto de que a dignidade, em sua dimensão comunitária, ultrapassa a ideia de autonomia individual, alcançando a consciência da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para reconhecer e proteger o conjunto de direitos e liberdades indispensáveis, corolário da própria dignidade (Sarlet, 2013).

A dignidade também possui uma dimensão cultural, não podendo ser exclusivamente compreendida como um elemento ontológico (Sarlet, 2013). Esta compreensão permite concluir que a dignidade pode ser fruto do trabalho de diversas gerações e da própria humanidade, o que encaminha para a compreensão de uma dimensão prestacional ou positiva (SARLET, 2013, p. 28). Importa esclarecer, como faz o autor, que não se trata de aderir a uma concepção de dignidade como prestação, mas em uma condição conquistada pelas ações concretas dos indivíduos, servindo os direitos fundamentais de condição para realização da dignidade e não para assegurá-la.

A dignidade, como leciona Perez Luño (2021), não se trata apenas da garantia negativa de que o indivíduo não seja alvo de ofensas e humilhações, mas também agrega a ideia de desenvolvimento pleno da personalidade individual, a qual pressupõe o reconhecimento da total autodisponibilidade, afastando as interferências e impedimentos externos das manifestações próprias de cada homem; de outro lado exsurge a autodeterminação, decorrente na livre projeção histórica da razão humana (2021, p. 318).

É nesta quadra que Ingo Sarlet (2013) aponta que a dignidade assume dupla dimensão, negativa e positiva (limite e prestação), manifestando-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana e na necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado. Isso implica dizer, segundo o autor, citando Martin Kopperneck, que

a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (...) poderá até mesmo perder – pela nomeação de eventual curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o

direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido) (Sarlet, 2013, p. 30).

Assim, destaca Sarlet (2013), a dignidade é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade geral. Como limite, a dignidade implica não somente que o indivíduo não pode ser reduzido a condição de objeto da ação própria ou de terceiros, mas também que gera direitos fundamentais contra atos que a violem ou a exponham a ameaças graves. Enquanto tarefa, ainda segundo o autor, dela decorrem deveres concretos de tutela para proteção da dignidade de todos, assegurando-se o respeito e promoção.

Em que pese a identificação enquanto tarefa do Poder Estatal, não se ignora que é possível exigir dos demais integrantes da comunidade o dever de respeitar a dignidade humana, núcleo essencial dos direitos humanos.

Há autores que comprehende a posição da existência digna na ordem econômica como uma leitura do mínimo existencial (Tavares, 2003), contudo, é preciso ir além, a previsão tem muito mais envergadura e não se limita apenas a aspectos econômicos e de subsistência, o preceito “existência digna” é mais amplo. Para Eros Grau (1991) a dignidade ocupa, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.

Considerando a posição da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico e, sobretudo, sua posição como finalidade da ordem econômica constitucional, EROS GRAU (1991) destaca que as relações econômicas e a atividade econômica em sentido amplo devem ser dinamizadas para promoção da existência digna a todos os indivíduos. Acrescenta o autor que para a concretização deste objetivo e o respeito à dignidade da pessoa humana deve haver empenho tanto o setor público quanto o setor privado e, por conseguinte, “o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção [existência digna de todos] expressará violação do princípio da dignidade da pessoa humana” (1991, p. 218).

Assim, identifica-se expressamente que a atividade empresarial, o exercício da liberdade de iniciativa, deve respeitar a dignidade da pessoa humana e, além disso, assegurar uma existência digna. Com efeito, a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica e não pode coexistir em conflito com os outros princípios e direitos, muito menos com a própria finalidade da ordem econômica que é a garantia de uma existência digna a todos.

Peter Härbele (2013, p. 48) destaca que no âmbito econômico-social, a existência humana digna exprime não apenas uma garantia, mas também serve para delimitar a liberdade econômica individual.

No mesmo sentido é a Constituição da República Italiana que também adota a dignidade da pessoa humana como princípio da ordem econômica, ao apontar no art. 41 que apesar da iniciativa econômica privada ser livre, “não se pode desenvolver em contraste com a utilidade social ou de uma forma que possa trazer dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana”.

A posição ocupada pela dignidade da pessoa humana no texto constitucional, notadamente como finalidade da ordem econômica, revela a exigência de realização de uma democracia econômica e social, não se limitando ao debate do mínimo existencial, como aponta Bercovici (2022). Para o autor, democratizar a economia implica dizer que o próprio poder econômico precisa ser distribuído, orientando a economia ao atingimento de interesses coletivos.

Para além desta visão, pode-se apontar que a dignidade da pessoa humana comporta desenvolvimento no campo dos deveres e obrigações, cujo fundamento encontra-se na dimensão comunitária da dignidade (HÄRBELE, 2013).

Esta concepção permite aprofundar a análise do dever de cuidado, como apontado por HÄRBELE (2013, p. 67).

1.3.4 A Função Social da Empresa orientada à ideia de respeito aos direitos humanos

A função social da propriedade é um princípio constitucional impositivo (Canotilho, 2010), manifestação do princípio da propriedade privada, ambos princípios da ordem econômica (Coelho, 2012, p.37).

A ideia de função social da propriedade remonta a Constituição de Weimar de 1919, ao prever que “a propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”, como recorda Comparato (1986).

O conceito de função social é relativamente difuso, abrigando ideias centrais como o aproveitamento racional da propriedade, a utilização adequada dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente, o bem-estar da comunidade (Barroso, 2001), além de outras, que podem ser compreendidas dentre de um contexto mais

amplo, notadamente em referência a consagração da existência digna, o que permite ampliar o debate para a defesa dos direitos humanos e a vedação a atividades lesivas aos indivíduos.

Enquanto a propriedade privada, a princípio, servia de justificativa para proteção do indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, contemporaneamente perde o espaço de exclusividade, surgindo outras formas de proteção, como a garantia de emprego e salário justo e prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como aponta Fábio Konder Comparato (1986).

Sobre o tema, Ana Frazão (et. al, 2017, p. 202) esclarece que

a função social, conforme construída pela doutrina italiana, não tem por finalidade apenas a anulação de condutas anti-sociais, mas também o direcionamento e orientação do exercício dos direitos para a realização do interesse público, sem comprometer o núcleo de individualidade a eles inerente. (...) a função social não serve apenas à delimitação dos limites dos interesses e direitos subjetivos, mas também comporta uma dimensão ativa ou impulsiva. A partir do momento em que se concebe um sistema jurídico inspirado pela solidariedade política, econômica e social, o conteúdo da função social assume esse caráter promocional, que procura garantir os valores sobre os quais se funda o ordenamento.

Destaca Comparato (1990) que a propriedade privada se sujeita a um duplo regime, individual e como fundamento da ordem econômica. Como direito individual destaca que está ligado a pessoa humana, relacionando-se não apenas com os bens de uso e consumo, mas também com os bens de produção e, por fim, como meio de proteção contra o Estado e o abuso privado (1990, p.272). Como fundamento da ordem econômica, a propriedade não está conectada indissoluvelmente ao exercício da atividade empresarial, podendo comportar-se por meio da atividade pública empresarial.

Ao tempo que destaca que a propriedade privada tem como finalidade a proteção da própria dignidade da pessoa humana, ao garantir a subsistência individual e familiar, Eros Grau (1991) destaca que ela não carrega em si mesma uma função social, mas apenas os abusos cometidos em seu exercício são limitados, para ele, a função é individual, a despeito da previsão contida no art. 5º, XIII, da Constituição Federal (a propriedade atenderá a sua função social).

A análise da função social não implica em evidenciar as restrições ao uso e gozo, estas são limites negativos dos direitos do proprietário, a compreensão vai além,

implicando em um poder, verdadeiro poder-dever de conceder ao objeto da propriedade determinado destino e vinculá-lo a certo objetivo (Comparato, 1986). Essa compreensão seria justificada pela adjetivação da propriedade indicando que o objetivo corresponde ao interesse coletivo e não individual do proprietário, sem que haja conflito, ao contrário, deve haver o intuito de harmonização, como aponta Fábio Konder Comparato (1986).

A função social só pode ser analisada quando em perspectiva da propriedade privada, conforme destaca Eros Grau (1991, p. 244), a ideia da função social, vínculo que atribui à propriedade um novo conceito, só possui sentido e razão de ser quando se refere a propriedade privada. A propriedade pública, necessariamente, possui uma função pública e social, voltada ao coletivo, como destaca o autor. O texto constitucional revela que a propriedade não é um instituto jurídico, mas um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens e relações jurídicas (Eros Grau, 1991, p. 248).

Nesta linha de intelecção, destaca Eros Roberto Grau (1991, p. 250) que

o que mais revela enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-la em benefício de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.

Acrescenta o autor dizendo que as propriedades que são impregnadas pelo princípio da função social revelam verdadeiras propriedades-função social, passando a função social a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade, o que repercute no próprio interior do direito, assim, a função justifica e legitima a propriedade (Grau, 1991).

A previsão da função social da propriedade como princípio da ordem econômica, subordina o exercício da propriedade privada dos bens de produção aos ditames da justiça social e à realização do fim de assegurar a todos uma existência digna (Grau, 1991).

O respeito ao aspecto social da propriedade e, portanto, da atividade empresarial, não antagoniza o interesse na superação dos índices de eficiência e de

lucros, mas implica em um juízo de equilíbrio entre a obtenção de riquezas, a finitude e escassez de recursos materiais e os custos sociais decorrentes da atividade.

O artigo 116, parágrafo único, da Lei 6.404/76 exemplifica como a função social se comporta na atividade empresarial, revelando que a companhia, por meio do acionista, deve cumprir a função social, tendo deveres não apenas em relação aos outros acionistas como também aos seus trabalhadores e a comunidade em que atua, devendo os direitos e interesses destes serem respeitados e atendidos.

Não há dúvida que a exploração empresarial dos bens de produção, embora tenha tendência natural ao individualismo, não pode omitir seu atendimento à função social, devendo, contudo, estes interesses serem harmonizados e convergirem.

Entretanto, é possível apontar outras características do princípio da função social. André Ramos Tavares (2019) destaca que a função social constitui a introdução de uma nota na propriedade que pode não coincidir com os interesses do proprietário, embora seja derivada da própria ordem jurídica, devendo ser obedecida, logo, seriam exigíveis dentro do conceito todas as condições que decorram do interesse social.

Nesta esteira, Frazão (et. al, 2017, p. 203) destaca que

o princípio da função social da empresa apresenta efeitos diretos sobre a compreensão de interesse social das sociedades empresárias, modificando-o e ampliando-o, de modo a ultrapassar a compreensão contratualista de que o interesse coletivo que justifica as pessoas jurídicas seria tão somente a soma dos interesses individuais dos sócios.

Estabelecidas estas considerações, importa ao presente trabalho aproximar a função social da empresa da noção de comportamento ético. Pretende-se, com isso, apontar a possibilidade de que seja exigível da empresa uma responsabilidade ética, a qual estaria alinhada aos direitos humanos.

A ética, conforme será observado, funciona como fundamento axiológico dos direitos humanos, o qual encontra como fundamento jurídico constitucional a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o comportamento ético empresarial é exigível e pode figurar como um dever constitucional, o que implica no dever de respeitar os direitos humanos e, portanto, atuar de forma a evitar a prática de ações violadoras destes direitos, ou, em última análise, reparar os danos decorrentes destas violações.

Neste sentido que se pretende desenvolver o tema da devida diligência, notadamente do dever das empresas atuarem de forma consciente e ativa, identificando os riscos de violação aos direitos humanos e atuando para evitar ou reparar os resultados, compreendendo que este respeito também está inserido no conceito de função social da empresa.

1.4 Ética Empresarial

Não parece mais ser possível conceber um modelo econômico de geração de riqueza e emprego sem a participação das sociedades empresariais. O modelo econômico vigente, marcado por elementos capitalistas, embora não seja exclusivamente liberal, depende da presença das empresas e do engenho individual para sua existência.

Não se ignora que o modelo econômico capitalista possui sérias deficiências, tampouco se acredita que seja um modelo acabado. É preciso refletir para além de Mark Fisher (2020), não imaginando o fim do capitalismo (o que não parece estar no horizonte próximo), mas o seu aperfeiçoamento.

Nada obstante, é útil a preocupação de Fisher (2020) para revelar que há deficiências no modelo econômico que devem despertar para a reflexão e a análise acerca da existência de outro sistema político e econômico viável em alternativa ao vigente. Como propõe o autor, é preciso ter consciência de que o capitalismo é uma estrutura impessoal e abstrata, razão pela qual depende de nossa colaboração (Fischer, 2020, p. 28).

Em uma análise crítica, é possível verificar que os problemas do capitalismo são graves e demandam discussão e correção. São disfunções ou consequências negativas admitidas pela inércia. Em muitos casos são retroalimentadas ou incorporadas pelo próprio sistema. A título de exemplo, a catástrofe ambiental, a mudança climática e a ameaça de esgotamento dos recursos estão sendo incorporadas pela publicidade em detrimento de serem reprimidas (Fisher, 2020, p. 25-36). Como será exposto oportunamente, muitos dos problemas são desalocados pelo sistema capitalista, convertendo em aspectos mercadológicos ou controlando o

discurso e a atenção da sociedade civil, é o que se verificou com questões relacionadas aos fatores ESG e a Responsabilidade Social Corporativa.

O que se pretende, portanto, é compreender como os atores econômicos podem atuar de forma consciente e responsável, notadamente tentando superar as disfunções do modelo econômico por meio de um comportamento ético.

A princípio, apenas os indivíduos parecem poder ser responsabilizados eticamente por suas ações, contudo, quando a causa dos abusos e erros é corporativa, empresarial, deve-se refletir que mecanismos seriam capazes de regular e controlar estas estruturas impessoais (Fisher, 2020, p. 116). Como seria possível responsabilizar uma estrutura empresarial e como seria possível exigir desta um comportamento ético.

Para além de apontar que todos são responsáveis, é preciso destacar a responsabilidade dos atores econômicos e, sobretudo, das empresas, por muitas das disfunções do modelo econômico. Não se trata de demonizá-las, mas de responsabilizá-las pelos comportamentos e pelas escolhas. Ocorre que ao imputar ao capitalismo a culpa pelas consequências negativas exclui-se a responsabilidade dos indivíduos, socializa-se a culpa pelo problema, diluindo-a, enquanto não se enfrentam as causas.

O caminho que se persegue é o do ajuste e aperfeiçoamento por intermédio da reflexão do comportamento empresarial, sobretudo a partir da possibilidade de exigir destes uma conduta ética.

1.4.1 Ética e Economia

A sociedade empresarial não pode agir como se o único comportamento possível e exigível fosse orientado a obtenção do lucro, autointeressado (Sen, 1999). Dentre vários comportamentos possíveis, deve a atividade empresarial ser exercida em respeito aos princípios e direitos previstos na Constituição Federal, exigindo-se não apenas um não lesar – não fazer, mas inclusive um fazer, um agir empresarial ético.

Deve-se recordar a lição de Amartya Sen (1999) quanto à economia e suas duas origens, considerando-se que a empresa se insere em um contexto econômico,

de onde extrai seu comportamento e finalidade. A partir da leitura do autor, é possível observar que o comportamento autointeressado não é o único possível, podendo a empresa comportar-se com maior racionalidade atingido outras finalidades além da econômica.

Como apontado, a economia possui duas origens, uma na ética e uma na engenharia. Citando Aristóteles em *Ética à Nicômaco*, Sen (1999) aponta que a vida empenhada no ganho é um imperativo, mas não é a riqueza que buscamos, ela apenas é útil e no interesse de outra coisa, sendo mais relevante atingir sua finalidade em benefício de uma nação ou uma coletividade em detrimento de um homem apenas, descreve como sendo uma concepção de realização social.

A abordagem da engenharia, de outro lado, cuida de questões primordialmente logísticas, em detrimento de fins supremos ou de questões como a promoção do bem para o homem ou como devemos viver, orienta-se para consecução dos fins a partir do meio apropriado, é uma racionalidade simples e objetiva (Sen, 1999).

O aspecto ético afastou-se da engenharia, prevalecendo este enfoque. Contudo, Sen (1999) acredita que esse distanciamento empobreceu a economia. Sem desconsiderar que a visão da engenharia trouxe significativos contributos, inclusive pelo desenvolvimento da teoria do equilíbrio geral e das soluções pragmáticas e produtivas, aponta que a economia “pode tornar-se mais produtiva se der uma atenção maior e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humano (Sen, 1999, p. 25)”

Analisando o comportamento humano e a racionalidade econômica Sen (1999) elabora críticas à defesa econômica do comportamento autointeressado. Para o autor não é possível defender que o único comportamento racional seja aquele empenhado pelo autointeresse, ou seja, não é possível asseverar que o que não for maximização do autointeresse não seja racional, o que implicaria em uma rejeição da motivação relacionada à ética. Sem desconhecer a possibilidade de que possa o comportamento universal ser egoísta, para o autor, não é possível defender que só seja racional se for autointeressado.

Nessa linha de intelecção, Sen (1999) aponta que em um grupo os comportamentos dos membros são orientados por sacrifícios assimétricos, resultando em ações altruístas e egoístas, não sendo possível defender que o comportamento seja sempre autointeressado.

Adam Smith (1975, p. 140), em a Teoria dos sentimentos morais, salienta que “o homem, segundo os estoicos, deve considerar-se não separado e desvinculado, mas um cidadão do mundo, um membro da vasta comunidade da natureza” e acrescenta, “no interesse dessa grande comunidade, ele deve em todos os momentos estar disposto ao sacrifício mesquinho do autointeresse”. A concepção smithiana não é exclusivamente autointeressada, há outras motivações que podem ser reveladas ou desejadas, não se limitando ao comportamento egoísta.

A defesa da existência de transações comerciais pragmáticas, mutuamente vantajosas, não indica que a economia opere por uma motivação única para Smith. Ao analisar o ponto, Sen destaca que

a interpretação errônea da postura complexa de Smith com respeito à motivação e aos mercados e o descaso por sua análise ética dos sentimentos e do comportamento refletem bem quanto a economia se distanciou da ética com o desenvolvimento da economia moderna (Sen, 1999, p. 43-44).

Destaca, ainda, que o indivíduo pode ter motivos para empenhar-se por outros objetivos que não o próprio bem-estar ou interesse individual, como quando respeita a condição de agente de outras pessoas. Sen (1999), aponta para a existência de indícios de que pessoas optam por regras de comportamento que são contrárias aos seus objetivos, tendo como razão o fato de que os indivíduos não atribuem nenhuma importância à observância dessas regras de comportamento. Estas, continua o autor, podem ser seguidas por motivos instrumentais, para benefício do grupo como forma de melhor atender os interesses individuais, mesmo sendo possível que cada pessoa pudesse melhorar ainda mais o atendimento de seus próprios objetivos (SEN, 1999, p. 99).

Desse raciocínio extrai-se a natureza de interdependência mútua das realizações, o que aponta que o comportamento também é uma questão social, permitindo que o pensamento a partir do “nós” orienta para um senso de idealidade e o reconhecimento dos objetivos dos outros, bem como a interdependência desses objetivos, o que sugere que regras de comportamento sejam seguidas mesmo quando só possuem valor instrumental para promoção dos objetivos do grupo (Sen, 1999, p. 101).

Amartya Sen (1999) ao analisar o consequencialismo, destaca que para uma avaliação global do status ético de uma atividade, é imprescindível, além de

considerar seu valor intrínseco, identificar seu valor instrumental e as consequências sobre outras coisas, examinando as repercussões valiosas e desvaliosas que a atividade possa ter.

O comportamento ético deve partir de uma conduta decorrente de uma decisão refletida. O agir ético é virtuoso, pautado no bem, promotor da felicidade dos seres e da sociedade (Aristóteles, 2009). A ética antiga discutia o comportamento individual orientado para o coletivo, para os bens particulares e públicos, como aponta Platão (1985).

O comportamento ético proposto por Aristóteles (2009) não se limita as reflexões morais, mas também se debruça sobre uma sabedoria ou prudência sobre o trato com o todo, sobre o equilíbrio, e sobre uma ética individual e social. Segundo Nalini (2014, p.30), conceitua-se ética como “ciência do comportamento moral dos homens, em sociedade”, sendo que, a perda dos valores morais afeta de forma direta a dignidade humana, que tem sua integridade abalada.

Nalini (2014, p. 246) recorda que há uma Ética Pública (Justiça) cujo sentido pode ser definido em contraposição com o de Ética Privada. Enquanto a primeira pode ser compreendida como a moralidade com vocação de incorporar-se ao Direito positivo, orientando seus fins e seus objetivos como Direito justo. Enquanto não incorporado ao direito positivo, serve de critério para apreciar a norma positiva, quando incorporada, pode ser compreendida como moralidade legalizada ou positivada. Ainda segundo o autor, a Ética Pública é uma ética procedural que não assinala critérios, nem estabelece condutas obrigatórias, apesar disso, marca critérios, guias e orientações, para organizar a vida social, embora permita aos indivíduos estabelecer os caminhos a serem percorridos. Assim, a Ética Pública, ainda segundo Nalini (2014), implica em um esforço de racionalização da vida política e jurídica para alcançar a humanização de todos, consistindo em um instrumento voltado ao desenvolvimento integral de cada ser humano.

A ética kantiana também permite extrair a existência de um dever ético e de padrões de comportamento éticos, universais, categóricos e absolutos. A partir da perspectiva do imperativo categórico kantiano, só se deve agir quando a conduta puder ser transformada em uma lei universal de conduta (Kant, 1997).

Em Kant o homem age de forma ética por meio do dever e da autoimposição de normas que derivam da razão.

Conforme Kant (1997) uma ação é eticamente (moralmente) correta quando, se e somente se, o agente pudesse desejar que as mesmas razões fossem utilizadas por outras pessoas em uma situação semelhante. Além disso, as razões que justificam a ação devem necessariamente ser razões que qualquer um poderia utilizar. Ainda conforme Kant, uma ação é eticamente correta se, ao agir, uma pessoa não usa outras pessoas como instrumentos para alcançar seus próprios interesses, e também respeite as capacidades destas pessoas para que elas possam escolher livremente.

Assim, segundo a filosofia kantiana, os conceitos éticos só podem ser alcançados se respeitado o padrão ético e as exigências quanto à retidão universal da conduta, ou seja, só é exigível dos outros aquilo que pode ser exigível de si mesmo (Kant, 1997).

O dever está acima da vontade, não estando a ética subordinada a qualquer objetivo. É o dever que submete a vontade e a liberdade, refletindo nas condições de felicidade e virtude. O dever ético obriga os indivíduos a fazer coisas que podem não lhes ser totalmente agradáveis, todavia, ao assim agir, favorece a liberdade, provocando, por vontade própria, algum efeito ou mudança. Kant confirma com sua filosofia que o homem é um ser social e deve orientar seu comportamento para que se coadune com as necessidades coletivas, não instrumentalizando os indivíduos como meios ou ferramentas para atingir os desejos individuais.

Não apenas Aristóteles e Platão conduzem sua filosofia política a partir da ética, o mesmo é visto em autores modernos como Kant, corroborando o pensamento de Amartya Sen (1999), permitindo compreender que a ética deve acompanhar o agir social. É possível apontar, ainda, que o agir empresarial, assim como o individual, sujeita-se a necessidade de observância da ética.

Newton de Lucca (2009) aponta para a necessidade premente de que as empresas e empresários se atentem ao comportamento ético. Como aponta o autor a economia não esgota os valores da vida humana, e não é possível utilizar o aspecto econômico e a rentabilidade empresarial como único fundamento da economia, notadamente porquanto a atividade empresarial seja, antes de tudo, uma atividade humana.

O comportamento ético empresarial é, inclusive, constitucionalmente adequado. A dignidade da pessoa humana carrega muito do imperativo categórico kantiano, sobretudo da ideia de não instrumentalização.

Portanto, é possível dizer que as sociedades empresariais, submetidas a Constituição Federal, tem o dever de agir eticamente, respeitando a dignidade da pessoa humana, de onde se extrai a obrigatoriedade deste comportamento. Não custa recordar que o *caput* do art. 170 da Constituição Federal determina aos agentes econômicos e, portanto, às empresas, que ao agir devem estar orientadas para a finalidade da ordem econômica, assegurando a todos uma existência digna.

O presente trabalho não envereda para a discussão quanto à adequação ou necessidade de um código de ética empresarial, esta preocupação é bem apreciada por Newton de Lucca (2009). A pretensão principal é partir da conclusão que um comportamento ético é exigível das sociedades empresariais, mormente porquanto sejam sempre ação humana, para alcançar a construção de instrumentos adequados para canalizar esse comportamento quando em conflito ou em potencial risco de violação com os direitos humanos.

Por isso é justa a preocupação de Newton de Lucca (2009, ao indagar se a ética empresarial não poderia ser utilizada, ao revés, como instrumento de *marketing*, e posteriormente ser rentabilizada. É preciso ir além, sendo este justamente o caminho trilhado por este trabalho. A devida diligência, como será observado adiante, parece ser o mecanismo que melhor atua nesse cenário, atendendo a um comportamento ético, ou exigindo-o, todavia, orientada para aspectos práticos e de eficiência.

1.4.2 Dilema dos fins

Destaco, antes do tratamento do tema, que Peres Luño, porquanto manifeste pontos de vista singulares sobre o problema da economia e dos direitos humanos, será utilizado como marco referencial.

Os sistemas jurídicos e políticos, como propõe Perez Luño (2021, p. 583), devem ser fundamentados em um *ethos* universal que seja “síntese de valores multinacionais e multiculturais e torne possível a comunicação intersubjetiva, a solidariedade e a paz”.

A solidariedade deve ser uma referência e um norte, principalmente quando se vislumbra o desvelamento de novos direitos e exigências de incidência universal na

vida de todos os homens, sendo possível exigir, “para sua realização, a comunidade de esforços e responsabilidade em escala planetária” (Perez Luño, 2021, p. 586).

Analizando a solidariedade o autor verifica que esta devem ocupar o terreno ocupado pelos interesses meramente egoístas, assim como faz Amartya Sen (1999) e, em certa medida, como se consegue extrair da obra de Adam Smith.

Apenas por intermédio deste espírito de solidariedade e sinergia, “de cooperação e sacrifício voluntário e altruísta dos interesses egoístas será possível satisfazer plenamente as necessidades e aspirações globais comuns relativas à paz, à qualidade de vida e à liberdade [...]” (Perez Luño, 2021, p. 586).

A própria solidariedade carrega uma dimensão ético-política, compreendida como uma atitude que busca compartilhar e se identificar com as inquietações e necessidades dos outros, como destaca o autor.

Analizando o dilema dos fins, manifestado pelo embate entre ética e economia, Perez Luño (2021, p. 622) aponta que o Estado de Direito e os direitos humanos possuem um inequívoco sentido ético, o reconhecimento dos valores das pessoas e a legitimação da ordem jurídica e política em valores éticos. Contudo, segundo o autor, os últimos anos revelaram o abandono deste fundamento, tendo havido o combate da dimensão axiológica em detrimento de uma lógica econômica ou economicista. Em decorrência disso, considera-se que o fim e o fundamento das liberdades e da própria ordem constitucional consiste na aceitação das leis do mercado, inverte-se a ordem das finalidades, passando o mercado e a economia de instrumento para fins.

Milton e Rose Friedman (1980) apontavam que uma sociedade que prefira a igualdade à liberdade, no sentido dos resultados, acabará sem qualquer destes direitos, segundo eles o uso da força para obter igualdade destruirá a liberdade, resultando no uso da força na mão de pessoas que a utilizarão para interesses próprios (Friedman et al, 1980).

A discussão tradicional, que ocupa sobretudo a análise econômica, de que a igualdade e a liberdade estão em conflito e que uma implica em diminuição da outra, possui, segundo Perez Luño (2021) viés ideológico. Trata-se de visão carregada de parcialidade, o que afasta do debate os termos éticos ou axiológicos, convertendo-os prioritariamente em aspectos econômicos. Portanto, não há discussão se determinado direito deve ou não ser objetivado, ou se é eticamente desejável satisfazê-lo, a análise atual limita a aspectos econômicos, como a reserva do possível e o condicionamento fiscal.

Neste dilema, Perez Luño (2021) aponta para uma solução ética. Sem ignorar os condicionamentos econômicos que influem na ação do Estado e são necessários à consecução dos direitos sociais, defende que apenas uma concepção ética das metas do constitucionalismo e do esquema de direitos humanos permitirão assegurar um programa humanista emancipatório, oportunizando, ainda, a denúncia e reivindicação de “situações internas ou internacionais (...) que revelam discriminação no usufruto dos direitos, mas sem que isso afete seu fundamento e sua própria existência” (Perez Luño, 2021, p. 625).

Para defender seu ponto de vista, o autor destaca a impertinência da “falácia naturalista e da falácia determinista”. Na falácia naturalista há uma confusão entre fatos e valores, confunde-se a fundamentação dos direitos com sua realização. Aponta que não é defensável que apenas os direitos que possuam meios econômicos para satisfazê-los deva ser reconhecido. Ao contrário, os direitos devem ser consagrados pelo seu conteúdo axiológico e emancipatório, ainda que haja limite material para sua consecução. Entender de forma inversa implicaria em permitir que o mercado ditassem as condições de existência dos direitos.

Para a falácia determinista, as leis do mercado são inexoráveis e devem definir o alcance dos direitos, a partir da análise econômica de seus pressupostos. Esta tese desemboca no sofisma denominado “fim da história” ao postular que necessariamente o desenvolvimento histórico converge para a economia de mercado e a democracia liberal, concretização definitiva do progresso político e social (Perez Luño, 2021, p. 624).

Limitar-se a visão econômica, inclusive sobre a concepção de que as leis do mercado podem definir o alcance dos direitos, redundará na equivocada conclusão de que o desenvolvimento convergirá inexoravelmente a concretização definitiva do progresso social e político, olvidando-se que as leis do mercado são abstrações construídas a partir de uma pluralidade de vontades, não se trata de produto de uma causalidade inelutável, mas leis que servem a fins humanos (Perez Luño, 2021, p. 624-625).

Longe de uma visão radical, o que se observa como factível, utilizando-se inclusive de linhas aparentemente contrapostas, é a complementariedade entre a economia e a ética, na mesma esteira apresentada por Sen (1999), extraindo do mercado a sua capacidade lógica e de desenvolvimento econômico, mas inserindo nesta a reflexão ética. O que não parece possível e adequado é que as regras sejam

ditadas exclusivamente pelos agentes econômicos e que se admite o distanciamento do componente ético e, por conseguinte, do respeito aos direitos humanos, a partir do fundamento economicista, como se a economia fosse um fim em si mesmo.

1.4.3 Ética da responsabilidade

Das lições de Max Weber (2011) é possível extrair a ideia de uma ética responsável, ou, como propõe o autor, uma ética da responsabilidade, o que claramente seria ajustável e adequado às empresas.

Aproximando a ideia de ética e dignidade, anotando particularidades no comportamento político, Weber (2011) aponta para a possibilidade de orientação a partir da ética da responsabilidade e da ética da convicção, destacando que a ética da convicção não é despida de responsabilidade, ou vice-versa, mas que há oposição entre as atitudes imbuídas de cada uma destas modalidades.

Pela ética da convicção, devemos confiar no resultado da ação. Weber (2011) aproxima a hipótese a um crente, religioso ou mesmo político, que espera os resultados que deseja simplesmente por acreditar neles. Contudo, quando as consequências de um ato praticado com pura convicção apresentam-se desagradáveis, o partidário desta natureza ética transferirá sua responsabilidade a terceiro, mas não a si, responsabilizará o mundo, à tolice dos homens ou a vontade divina. O partidário da ética da convicção apenas se sente responsável por velar pela sua doutrina ou ideologia, para que mantenha acesa a chama de suas convicções. Para Max Weber (2011, p. 77) estes atos “do ponto de vista objetivo essencial, aparecem como totalmente irracionais, visam apenas a este fim: estimular perpetuamente a chama da própria convicção”.

Quanto à ética da responsabilidade, surge para o agente o dever de responder pelas previsíveis consequências dos próprios atos. Aquele que age com a ética da responsabilidade sabe quais as consequências imputáveis à sua própria ação, respondendo por ela. Contará com as fraquezas humanas, compreendendo que deverá enfrentar as consequências de seus atos. O agente tem discernimento a ponto de declarar que não podendo agir de outro modo, se detém, sendo esta conduta considerada por Weber (2011) como autenticamente humana.

Assim, é possível apontar que o comportamento ético racional deve estar alinhado com o dever de responsabilidade. Em se tratando de comportamentos dos agentes econômicos é imprescindível que estes respondam pelas consequências de seus comportamentos. Não é aceitável que a empresa se comporte apenas a partir de uma ótica utilitarista ou autointeressada, ignorando a responsabilidade dos seus atos ou, diante da previsibilidade das consequências lesivas de sua conduta, não age de modo a evitá-las ou continua a causar prejuízos aos outros, não se detendo.

Há um elemento ético que orienta o comportamento empresarial, esse elemento está em sintonia com os princípios e fundamentos da Constituição Federal. Logo, é possível extrair que o dever ético é sobretudo constitucional, embora manifestado por institutos e princípios específicos. Portanto, o comportamento empresarial deve respeito à ordem jurídica constitucional na qual está inserida, o que implica dizer que deve respeitar a dignidade da pessoa humana, o dever de solidariedade e atingir sua função social, manifestações de um dever ético.

Neste sentido, a atividade empresarial deve ter ciência da consequência de seus comportamentos, assumindo a responsabilidade decorrente e se detendo diante dos danos que possa promover, sendo este um imperativo ético exigível não apenas por aspectos de ordem filosófica, mas decorrentes do próprio ordenamento constitucional.

1.4.4 Desalocação de valores

O comportamento eticamente responsável também decorre da observação de que algumas condutas não podem ser monetizadas. O filtro econômico e monetário não pode servir para análise absoluta mormente quando em conflito com direitos humanos. Compreender de forma oposta implica em desalocar valores contidos em certas circunstâncias, especificando direitos a fim de inseri-los na equação econômica, o que não se mostra adequado.

O problema encontra-se no limite da ética.

A conversão de direitos e valores na linguagem do mercado revela uma visão utilitarista e instrumentalizada, em descompasso com a filosofia Kantiana e a dignidade da pessoa humana.

Michael Sandel (2012) auxilia na compreensão do problema sob uma análise contemporânea. Diante do problema, ele aponta que é preferível “ter uma economia de mercado para ser uma economia de mercado” (2012, p. 16), indicando que o mercado não pode capturar a sociedade, transformando-a em instrumento, mas, ao contrário, é o mercado o instrumento para consecução dos objetivos da sociedade.

A despeito disso, a realidade aponta para a existência de uma “sociedade de mercado” (Sandel, 2012), na qual os valores de mercado permeiam a atividade humana em diversos aspectos, convertendo as relações sociais para o formato mercadológico.

A partir deste expediente, reformatando relações sociais e aspectos da sociedade para a linguagem do mercado, estamos atribuindo preço a bens não econômicos (Sandel, 2012).

Torna-se necessário, portanto, o debate sobre o limite moral do mercado, devendo a sociedade decidir em que circunstâncias o mercado não atende o bem público, mas, ao contrário, são intrusos e causam danos a bens não econômicos (Sandel, 2012).

Não se pode dizer que os mercados são neutros, tampouco os agentes econômicos, ao contrário, as escolhas individuais levam em conta interesses próprios, podendo o comportamento ser meramente autointeressado e egoísta ou pode levar em consideração aspectos éticos como conformadores, atingindo-se a um só tempo os dois objetivos, ou seja, atender o interesse próprio sem, contudo, trazer prejuízo a outrem ou ser eticamente reprovável.

Não há dúvida que em certas circunstâncias, como reconhece Sandel (2012, p. 65), “os incentivos de mercado corroem ou sobrepujam os incentivos que não obedecem à lógica do mercado”, prejudicando em muitos casos a própria liberdade de escolha, fazendo com que a necessidade econômica e a oferta monetária exerçam algum tipo de coação.

Assim, inexistindo limites morais no mercado como propõe Sandel (2012), ou limites éticos, como preferimos, há liberdade para conversão de tudo em valor econômico, passando-se a transformar em um simples cálculo aritmético eventuais violações a direitos humanos, decidindo-se apenas a partir da vantagem obtida com a escolha apesar das consequências decorrentes.

Diante disso, Sandel (2012) aponta que devem ser afastadas da interferência do mercado e da monetização algumas atitudes e normas que o dinheiro não pode

corroer sob pena de alterar o caráter da atividade e introduzir incentivos financeiros indesejáveis como estimuladores de ações que deveriam ser exercidas não porque é lucrativa, mas por ser boa e ética.

Como aponta o autor, “o estabelecimento de um preço para determinada atividade vai desalojar as normas alheias ao mercado” (Sandel, 2012, p. 90), desalocando valores e convertendo a análise do comportamento apenas pelo aspecto monetário, vale ou não a pena agir de determinada forma apenas pela vantagem financeira que dela se extrai.

Verifica-se que a introdução desses incentivos e mecanismos de mercado tem a capacidade de alterar a atitude das pessoas e desalojar valores alheios ao mercado, aspectos que não podem simplesmente ser convertidos em valores econômicos, enquanto o comportamento deveria ser compensador por si só, por ser ético e justo, “a oferta de dinheiro pode enfraquecer a motivação e depreciar ou sobrepujar o interesse ou comprometimento intrínsecos”. (Sandel, 2012, p. 120).

Este comportamento do mercado implica no “efeito de sobrepujamento”, uma anomalia que aponta na direção oposta da mais importante das leis econômicas, “aquele segundo a qual a elevação dos incentivos monetários aumenta a oferta. Se o efeito de sobrepujamento se aplica, o aumento dos incentivos monetários antes reduz do que aumenta a oferta” (Sandel, 2012, p. 121).

É possível dizer, portanto, que o efeito de sobrepujamento implicará numa diminuição da voluntariedade de comportamentos éticos e responsáveis, isso porque estas atitudes aguardarão a identificação da vantagem econômica, quando o incentivo deveria ser a própria essência da conduta e os valores nela envolvidos.

Tratando-se de hipóteses de violação de direitos humanos, inexistindo vantagem econômica para o respeito, os agentes econômicos preferirão comportar-se de forma desrespeitosa ou omissa, porquanto os valores inerentes tenham sido desalocados, extinguindo-se o incentivo intrínseco decorrente do respeito aos direitos humanos, dever cívico, ético e constitucionalmente devido.

Os deveres cívicos são uma responsabilidade pública (Sandel, 2012), não podem ser compreendidos como propriedade privada capaz de ser negociada, derivam de uma exigência maior, de um pacto social e de um compromisso constitucional.

Na defesa do valor intrínseco e da necessidade de desvinculação destes comportamentos de aspectos econômicos,

normas sociais como a virtude cívica e o espírito público são muito importantes, pois elas motivam comportamentos socialmente úteis pelos quais se teria de pagar um preço alto em outras circunstâncias. (...) mas encarar as normas morais e cívicas apenas como maneiras produtivas de motivação, do ponto de vista do custo-benefício, significa ignorar o valor intrínseco dessas normas. (Sandel, 2012, p. 118).

Para compreender o fenômeno é preciso compreender os conceitos de objeção da equanimidade e objeção da corrupção, sendo estes os limites morais do mercado propostos por Sandel (2012).

A objeção da equanimidade lembra a injustiça que pode estar sendo praticada quando alguém compra e vende algo em condições de desigualdade ou grave necessidade econômica (...). A objeção da corrupção é diferente. Ela frisa o efeito degradante da valoração e das trocas de mercado em certos bens e certas práticas. Segundo os que a sustentam, certos bens morais e cívicos são degradados ou corrompidos quando comprados e vendidos. O argumento da corrupção não pode ser respondido pelo estabelecimento de condições justas de barganha. Ele se aplica igualmente em condições de igualdade e desigualdade. (Sandel, 2012, p. 110-111).

Essas objeções baseiam-se em um ideal moral e ético. A objeção da equanimidade orienta-se ao ideal do consentimento, ou, mais precisamente, para a análise da vontade em um contexto justo de escolha, onde a liberdade da opção é exercida sem coação decorrente da oferta monetária e da necessidade do agente, ou seja, onde há equilíbrio entre os agentes na manifestação de suas vontades.

A objeção de equanimidade chama a atenção justamente para o fato de que algumas das escolhas não são realmente voluntárias, notadamente quando determinadas pessoas estão em situação de pobreza desesperadora ou sem condições de barganhar em termos justos. Portanto, para confirmar se a escolha é de fato livre, deve-se indagar quais as condições de desigualdade do contexto social que comprometem um real consentimento, sob pena de se permitir que as desigualdades do poder de barganha coajam os que estão em desvantagem, pondo em risco a justiça dos acordos (Sandel, 2012, p. 111).

Importa destacar que o argumento da equanimidade não se opõe à mercantilização de certos bens sob o fundamento de que seriam preciosos, sagrados ou que não tem preço, mas se insurge contra a compra e venda de bens em

circunstâncias de desigualdade suficientemente grave para criar condições injustas de barganha. Em um ambiente em que prevaleçam condições de justiça, não há que se opor a mercantilização dos bens, não por este fundamento, já que os sujeitos estariam em situação de liberdade para fazerem suas escolhas.

Por seu turno, o argumento da corrupção decorre de outro conjunto de ideias morais e éticas. Neste caso não se recorre ao problema do consentimento, “mas à importância moral dos bens em questão que seriam degradados pela valoração e a troca de mercado” (Sandel, 2012, p. 112).

Assim, o argumento da corrupção centra-se na característica dos bens e das normas que os sujeitam, não basta, portanto, que haja condições justas de barganha e liberdade dos agentes, “mesmo numa sociedade sem diferenças injustas de poder e riqueza, continuaria havendo coisas que o dinheiro não deve comprar” (Sandel, 2012, p. 112), simplesmente porque estas coisas não possuem valor econômico, não podendo ser convertidas para uma equação monetária, sob pena destas normas que deveriam ser preservadas serem afastadas do debate e diminuída sua importância.

Neste sentido, converter o cumprimento de direitos humanos em fatores que apontam para potencial de investimento, vantagem econômica ou reputação parece alterar a razão da existência destes direitos.

O cumprimento dos direitos humanos deve ser objetivo perseguido por todos, como compromisso ético e cívico, manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previsto e do princípio da solidariedade.

Assim, revela-se incongruente o tratamento dos casos de ausência de respeito ou violação aos direitos humanos apenas por um viés econômico, atribuindo-se preço a bem não econômico, subvertendo a natureza responsabilidade pública.

O respeito aos direitos humanos não se limita pelo campo econômico. São normas sociais extraídas do espírito público que devem ser dissociadas do pensamento utilitarista. Como destaca Sandel (2012, p. 118), “encarar as normas morais e cívicas apenas como maneiras produtivas de motivação, do ponto de vista do custo-benefício, significa ignorar o valor intrínseco dessas normas”.

Desta forma, converter esse comportamento obrigatório, decorrente da Constituição Federal, em mecanismo de incentivo e investimento, como se verifica nos casos de ESG e RSC (responsabilidade social corporativa), implica ocultar o fato de que o respeito aos direitos humanos representa uma obrigação imposta pelo ordenamento jurídico, desalojando valores que estariam relacionados.

Ao precisar uma obrigação ética e constitucional, o mercado estaria desalojando valores intrínsecos, atribuindo outro viés e desviando a atenção para o que verdadeiramente importa, o descumprimento do dever de respeitar os direitos humanos.

O cumprimento dos direitos humanos é necessário e imprescindível, preponderando sobre qualquer vantagem financeira que pode ser extraída, sobre os riscos econômicos que o descumprimento possa trazer e a rentabilidade no longo prazo. A utilização de incentivos econômicos para o cumprimento desvia a atenção para aspectos econômicos e utilitaristas em detrimento o problema urgente e imediato que seria o desrespeito aos direitos humanos.

Respeitar os direitos humanos, comportamento ético exigido com fundamento na Constituição Federal, decorrência da dignidade da pessoa humana, conforme se extrai das lições de Härbele (2013), não pode ser precificado ou convertido para linguagem econômica. Incide na hipótese a objeção de corrupção, porquanto implique na violação a um conjunto de valores e ideias morais e éticas, não se recorrendo ao problema da barganha (objeção de equanimidade), “mas à importância moral dos bens em questão que seriam degradados pela valoração e a troca de mercado” (Sandel, 2012, P. 112).

A relação entre o comportamento empresarial ético, sobretudo aquele que respeita os direitos humanos, não pode existir a partir de uma leitura mercadológica e orientada apenas pelo lucro, mas pela consciência de que a atividade empresarial não pode ser dissociada do contexto, sendo obrigada a respeitar os direitos humanos, como qualquer indivíduo, não por que é economicamente vantajoso ou útil a sua reputação, mas por ser a forma correta de agir, por respeitar valores inalienáveis e por estar se submetendo a uma obrigação constitucional.

2 DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: DA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL AOS CASOS DE VIOLAÇÃO

A utilização da expressão direitos humanos em contextos variados faz com que seu conceito seja impreciso, sendo necessário para finalidade deste trabalho estabelecer e identificar como a expressão se estrutura e como deve ser utilizada. A imprecisão do conceito resulta em uma perda gradual de sua significação descritiva de situações ou exigências jurídico-políticas, sendo utilizada muitas vezes em luta ideológica, como aponta Perez Luño (2021), utilizado nesse capítulo como marco referencial.

Enquanto alguns teóricos defendem que os direitos humanos é uma constante histórica, outros sustentam sua origem cristã da dignidade moral do homem, sendo mais frequente a defesa de sua origem a partir da ideia dos direitos do homem durante a luta dos povos contra o regime feudal e a formação das relações burguesas (Perez Luño, 2021).

A despeito disso é comum a defesa de que os direitos humanos são “produto da progressiva afirmação da individualidade” (Perez Luño, 2021, p. 6). Nesta esteira, a ética individualista que permitiu a reivindicação de direitos na idade moderna também é apontada como origem dos direitos humanos com fundamento em um critério econômico, “a necessidade de justificar e defender o direito de propriedade do homem burguês” (Perez Luño, 2021, p. 6).

A evolução desses direitos, contudo, não se dá de forma tranquila. Como destacado por Lynn Hunt (2009), é possível vislumbrar durante a evolução dos direitos humanos momentos de flagrante contradição, igual fenômeno também pode ser identificado na teoria kantiana. Os direitos humanos, a princípio, carecem de universalidade. Enquanto constrói-se a noção de que todo homem é livre, ainda se mantém a escravidão, como se observa com a Constituição dos Estados Unidos, datada de 1787.

Vislumbrando as dificuldades com a evolução dos direitos humanos, notadamente em decorrência da universalidade, Lynn Hunt (2009) aponta que

a noção dos direitos humanos trouxe na sua esteira toda uma sucessão de gêmeos malignos. A reivindicação de direitos universais, iguais e naturais estimulava o crescimento de novas e às vezes

fanáticas ideologias da diferença. Alguns novos modos de ganhar compreensão empática abriram o caminho para um sensacionalismo da violência. O esforço para expulsar a crueldade de suas amarras legais, judiciais e religiosas tornava-a mais acessível como uma ferramenta diária de dominação e desumanização (...) A cascata de direitos continua, embora sempre com um grande conflito sobre como ela deve fluir: o direito de uma mulher a escolher *versus* o direito de um feto a viver, o direito de morrer com dignidade *versus* o direito absoluto à vida, (...) os argumentos não terminaram, nem vão terminar. Os que fizeram campanhas pelos direitos humanos no século xvin podiam condenar os seus opositores como tradicionalistas insensíveis, interessados apenas em manter uma ordem social baseada antes na desigualdade, na particularidade e no costume histórico do que na igualdade, na universalidade e nos direitos naturais. Mas já não podemos nos dar ao luxo de uma simples rejeição de visões mais antigas. Na outra ponta da luta pelos direitos humanos, quando a crença neles se torna mais difundida, temos de enfrentar o mundo que foi forjado por esse esforço. Temos de imaginar o que fazer com os torturadores e os assassinos, como prevenir o seu surgimento no futuro sem deixar de reconhecer, o tempo todo, que eles são nós. Não podemos nem tolerá-los nem desumanizá-los. (Hunt, 2009, p. 214-215).

Portanto, do ponto de vista histórico, a proteção dos direitos humanos é tarefa recorrente. Não se trata de um dado natural, mas de uma construção humana ainda não concluída e, inclusive quando avanços são alcançados, reiteradamente surgem circunstâncias que evidenciam que características como a universalidade, a qual parecia ser evidente, ainda não foram implementadas.

A partir de Bobbio (2004) é possível distinguir pelo menos três definições de direitos humanos: a tautológica, a formal e a teleológica. Por tautológica deve-se compreender como aquele que nenhum elemento novo permite a caracterização destes direitos, o que fica evidente na expressão “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem” (Bobbio, 2004, p. 13). Compreende-se como definição formal aquela que não especifica o conteúdo, limita-se a indicar seu desejo ou pretensão, “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado” (*idem*). Por fim, o aspecto teleológico revela valores suscetíveis de interpretação, como descrito na afirmação, “direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização” (*ibidem*).

Esta última exige interpretação valorativa que haverá de variar conforme a ideologia do intérprete. Como se observa, em nenhum dos casos é possível elaborar uma noção precisa e significativa dos direitos humanos.

Para a definição do conceito é importante compreender os limites linguísticos da expressão, notadamente os limites internos e externos. Além disso, colocando os direitos humanos em perspectiva e comparação com outros conjuntos de direitos, como direitos naturais e fundamentais, é possível alcançar uma proposta de definição.

Paulo Bonavides (2004) leciona que as expressões direitos fundamentais e direitos humanos demandam utilização distintas. A expressão direitos fundamentais indica direitos positivos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, ou ainda carregam característica de imutabilidade ou de mudança mais difícil por meio de emenda à Constituição. Destaca o autor que esta concepção é construída a partir da ótica formal. Do ponto de vista material, conforme a ideologia de cada Estado, os direitos fundamentais serão consagrados internamente. Esse fato, contudo, não afasta a natureza de universalidade dos direitos à liberdade e à dignidade humana.

Os Direitos Humanos envolvem uma concepção mais ampla, não se limitando a previsão constitucional. Abarcam os direitos vigentes e incorporados ao ordenamento jurídico interno através de documentos internacionais, assim como aqueles ainda não incorporados, porém reconhecidos amplamente. Em certos casos se verifica uma zona de sobreposição entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, estes, entretanto, podem carecer de ferramentas suficientes para sua implementação.

Sem aprofundar a comparação, por quanto não seja o objetivo do trabalho, é possível identificar no estruturalismo conceitual, como apontado por Perez Luño (2021), que os direitos humanos possuem uma carga emotiva definidora da informação subjacente aos conceitos, não estando isenta de ambiguidades e contradições.

A despeito disso, Perez Luño (2021) propõe um conceito destinado a ser empregada na teoria jurídica e política a fim de obter a máxima clareza e rigor científico, assim, os direitos humanos são conceituados como:

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da

igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos no âmbito nacional e internacional (Perez Luño, 2021, p. 31)

Essa definição não está indene de críticas, contudo, esclarece o autor que é necessário destacar o sentido histórico da expressão. Ademais, os valores presentes no conceito se estruturam nos três eixos fundamentais: dignidade, liberdade e igualdade.

Em relação à dignidade humana, destaca Perez Luño (2021) que ela se comporta como ponto de referência de todas as faculdades e se orienta ao reconhecimento e afirmação moral da pessoa, trata-se da própria manifestação da ideia do ser eticamente livre. Eros Grau (1991) concorda com a expressão apontando que a dignidade da pessoa humana é o núcleo e fundamento dos direitos humanos.

Por fim, esclarece Perez Luño (2021) que o conceito pretende conjugar a exigência jusnaturalista em relação à sua fundamentação e as técnicas de positivação e proteção para assegurar seu exercício.

2.1 Fundamentação dos Direitos Humanos

Os direitos humanos estão inseridos de forma inerente na consciência política e social de grande parte dos homens e dos povos, não alcançando a universalidade apenas quando diante de aspectos culturais ou sistemas de governo autoritários, não sendo possível dizer que todos os povos possuem consciência e reclamam os mesmos direitos, embora a todos sejam aplicados.

Diante disto, e mesmo considerando sociedades que possuem maior consciência dos direitos humanos e liberdades para exigi-los, “os direitos humanos continuam sendo uma promessa não cumprida para a grande maioria” (Perez Luño, 2021, p. 559). Não se pode dizer, como pretendem alguns, que os direitos humanos se encontram presentes em um programa emancipador, tratando-se de meta superada.

Há inegáveis avanços em relação à positivação destes direitos, embora se identifiquem ao menos dois problemas com diversas. A princípio, há um problema de construção teórica e outro institucional, ou ainda, técnico-jurídico. O primeiro consiste

na própria matriz ideológica que originam os direitos e o segundo problema parte da análise do aspecto do processo de formação de regras jurídicas, compreendido como a formulação normativa por meio de preceitos seguindo a estrutura do procedimento formal de criação de normas regidas pelo princípio da validade de determinado ordenamento (Perez Luño, 2021, p. 35).

Sob o viés ideológico, pode-se identificar a existência de diversas possíveis origens, como a filosófica, religiosa ou cultural. A partir da definição de qual delas pode ter permitido o surgimento dos direitos humanos, ou ao menos o seu substrato, pode-se verificar eventuais implicações e aplicações possíveis, reconhecendo-se, por exemplo, se se trata de direitos efetivamente universais ou culturais, ou ainda, se sua origem é humana ou secular ou transcendente e metafísica.

Quanto ao aspecto técnico-jurídico o problema é de forma, demandando a análise de como o processo de construção da norma se deu e se é necessária ou adequada a construção.

Ao responder à estes problemas, Perez Luño (2021, p. 561) apresenta sua definição de direitos humanos a partir de três ideias-guia, o jusnaturalismo como fundamento, o historicismo na forma e o axiologismo como conteúdo.

Importa ao presente trabalho destacar que a afirmação de autênticos direitos humanos parece ser incompatível com uma concepção positivista do direito, considerando que o fundamento dos direitos humanos esteja além da norma positiva, “situando-se em uma esfera mais profunda, correspondente ao valor ético do direito” (Comparato, 1998, p. 9).

Não se vislumbra impossibilidade de os direitos humanos disporem de múltiplos fundamentos, contudo, a origem será sempre humana, derivando do valor atribuído pelos homens em uma construção histórica. Portanto, é o homem, em sua dignidade substancial de pessoa que dá origem e fundamento aos direitos humanos (Comparato, 1998).

Para Perez Luño (2021), embora prefira a fundamentação jusnaturalista em detrimento da juspositivista, defende que os direitos humanos conjugam sua raiz ética com a vocação jurídica, resultando em implicações éticas de “dever ser”, ao mesmo tempo em que sua razão de ser se resume em modelo e limite crítico das estruturas normativas e institucionais positivas , conclui o ponto dizendo que os direitos humanos não são apenas exigências éticas, mas também direitos, ingredientes básicos do

ordenamento jurídico, condição de validade de um Direito Justo (Perez Luño, 2021, p.561-563).

O autor defende sua visão jusnaturalista apontando que se sustenta em uma visão estritamente ética, fazendo com que os direitos humanos não sejam simples exigências éticas, mas categorias do dever ser, objeto de positivação. No ponto, recordando as lições de Benthan, diferencia a fome do pão. Enquanto o pão não seja a fome, é inegável que aquele exista como remédio para as situações de fome. Em paralelo, os direitos fundamentais na qualidade de pão matam a fome dos direitos humanos não reconhecidos por determinados ordenamentos jurídicos, mormente os totalitários.

Assim, mantém-se a existência das duas categorias jurídicas apontando-se para a origem pré-positiva dos direitos humanos, os quais podem existir e serem reconhecidos apesar da inexistência de documentos jurídicos, ainda que internacionais.

Defendendo a tese jusnaturalista, parece mais difícil explicar os direitos humanos a partir de um viés positivista, isso porque a juridicidade dos direitos humanos estaria circunscrita a legalidade positiva, o que impede a discussão de perspectivas pré-normativas. A partir da análise jusnaturalista, ao contrário, é possível reconhecer a coexistência do direito positivo e jusnaturalista, sendo este constituído por um conjunto de valores prévios ao direito positivo, os quais servem de fundamentação, orientação e limitação crítica das normas jurídicas, cabendo ao sistema jurídico positivo a força vinculante. Sob este ponto de vista, não haveria independência, mas correlação, tendendo o direito jusnaturalista à positivação e o direito positivado dependendo de seu alinhamento com aqueles direitos, na medida em que pretenda ser justo (Perez Luño, 2021, p. 566).

Esta natureza de direito natural tem origem em pressupostos da razão, como qualidade específica do ser humano que lhe permite estabelecer autonomamente suas normas básicas de convivência, afastando-se da clássica ideia de um jusnaturalismo divino ou cosmológico. Trata-se de um jusnaturalismo deontológico e crítico, o qual não nega a juridicidade do direito positivo injusto, mas propõe critérios para demonstrar o desvalor, fundamentando a crítica e a substituição por uma ordem jurídica justa (Perez Luño, 2021).

Verifica-se, portanto, a natureza ética da construção, encontrando seu aspecto kantiano a partir da necessidade de que o direito contenha uma delimitação

do justo e do injusto. Também há relação com a teoria tridimensional do direito proposta por Miguel Reale, como reconhecido por Perez Luño (2021), porquanto o fato se origine nas condutas sociais, pretendendo a formulação normativa dependendo de uma legitimação axiológica.

A origem jusnaturalista enquanto ética também é justificada quando se identifica que os direitos humanos são tanto exigências morais como direitos, a ponto de serem considerados como elementos necessários dos ordenamentos jurídicos, não sendo possível ao Direito ignorar estas exigências, tampouco os valores dos indivíduos, compreendendo a necessidade de transformar estas exigências éticas em um dever ser jurídico (Perez Luño, 2021).

A partir da perspectiva histórica, destaca o autor que não é possível aceitar a existência de uma ordem objetiva a-histórica, segundo postulados universais e imutáveis que possam ser extraídos pela razão os princípios ordenadores de uma sociedade justa, ao contrário, os direitos humanos são categorias históricas, predicados com sentido em “contextos temporalmente determinados” (Perez Luño, 2021, fl. 570), sendo, portanto, elemento de explicação e não fundamento.

A mesma concepção histórica pode ser encontrada em outros autores, os quais decompõem os direitos humanos em gerações ou dimensões, as quais reproduzem evoluções sociais e novas formas de ajustes, o que marca, em certa medida, a passagem do tempo e a construção histórica (Bonavides, 2004; Sarlet, 2016)

Assim, serve o aspecto histórico para esclarecer a origem e evolução das liberdades e direitos, bem como suas principais características e circunstâncias que permitiram atribuir seu caráter ético e jurídico e, desta forma, conjuga-se razão e história, construindo uma base sólida no passado e permitindo uma antecipação do futuro (Perez Luño, 2021, 573).

Ao analisar o conteúdo dos direitos humanos a partir de um viés axiológico, o citado autor aponta que preencher o elemento é exercer uma escolha quanto aos valores.

Estes valores que constituem o conteúdo dos direitos humanos não são concebidos a partir de um sistema estático no qual se identificam princípios absolutos em um mundo ideal, prévio e independente das experiências, como propõe o objetivismo, não sendo possível, tampouco, reduzir ao plano dos desejos e interesses dos indivíduos, como desejam os subjetivistas, mas deve seguir um “intersubjetivismo

axiológico, que parte da possibilidade de chegar a estabelecer as condições que permitam à racionalidade prática obter certo consenso aberto e revisável, sobre o fundamento dos direitos humanos" (Perez Luño, 2021, p. 574). O consenso é definido pelo autor como sendo um sistema de necessidades básicas ou radicais que constituem um indeclinável suporte antropológico.

A proposição do autor encontra em Jürgen Habermas (2020), a partir da tese consensual da verdade e na ideia de facticidade e validade, um método para as condições em que deve se submeter o discurso racional fundamentador dos valores, ao tempo que, *a contrario sensu*, denuncia fatores que distorcem ou impedem que se alcance a legitimação racional dos valores generalizáveis ou universalizáveis dotados de objetividade intersubjetiva (Perez Luño, 2021, p. 574).

A partir de Habermas (2020) o direito possui uma dimensão de facticidade e outra de validade. A facticidade concretiza-se no hábito do cumprimento social diante da coação e a dimensão da validade comporta-se como um complemento social do direito, sendo compreendida não em um sentido técnico jurídico como sendo complemento das condições de pertencimento do ordenamento jurídico.

A despeito disto, facticidade e validade fundamentam o cumprimento social do direito, sendo que a validade não se satisfaz com a mera coação, exigindo a aceitação social das normas e a participação dos indivíduos no processo de criação do direito. A validade do direito, portanto, não se limita a critérios formais e normativos, postulando e exigindo procedimentos consensuais de racionalidade articulados por meio da participação democrática, equivalente ao fundamento de legitimidade dos ordenamentos jurídicos existentes nos Estados de Direito (Habermas, 2020).

Habermas tenta se afastar do jusnaturalismo, sem negá-lo, ao apontar que a legitimidade do direito não se dá com a adequação de valores materiais, mas procedimentais de cunho democrático, exigindo-se o respeito aos pressupostos comunicativos e aos processos discursivos que operam como uma presunção de racionalidade (Habermas, 2020).

A despeito disso, como aponta Perez Luño (2021) não é possível afastar Habermas do jusnaturalismo, na medida em que reconhece o caráter pré-existente dos direitos humanos a partir de pressupostos de racionalidade imanente a todo Estado de Direito operados a partir da soberania popular e elaborados discursivamente por meio do exercício da racionalidade comunicativa.

Em relação ao conteúdo, o autor espanhol procura fundamento em um *ethos* social, deixando evidente seu distanciamento do comunitarismo conservador e nacionalista, esclarecendo que a ideia é encontrar um ponto de referência ético mais amplo do que a moral individual, “um *ethos* universal que sintetize valores multinacionais e multiculturais e torne possível a comunicação intersubjetiva, a solidariedade e a paz” (Perez Luño, 2021, p. 583).

Este *ethos* universal dá origem a valores, reconhecidamente de estrutura normativa genérica, de baixa precisão e taxatividade, com difícil identificação de suas consequências jurídicas, sem que seja possível, contudo, negar sua existência, transferindo-se o problema não para demonstrar que existem, mas para definir quais são e quais os sentidos podem ser atribuídos a estes valores (Perez Luño, 2021).

A partir deste suporte de valores, cuja normatividade jurídica é reconhecida a despeito da baixa densidade, o citado autor identifica que os direitos humanos se projetam a partir de valores jurídicos como justiça, dignidade, liberdade e igualdade.

Na mesma esteira da doutrina tradicional, o autor destaca que a liberdade se relaciona aos direitos humanos de primeira geração, relacionados as liberdades pessoais e políticas. A igualdade explicita-se por meio de um conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais, conhecidos como direitos de segunda geração. A dignidade humana representaria um “núcleo axiológico dos direitos de personalidade destinados a tutelar sua integridade moral² (...) assim como sua física³” (Perez Luño, 2021, 585).

A visão do autor sobre a dignidade humana assemelha-se as proposições de Comparato (1998) e Grau (1991) que todo homem tem dignidade, e não um preço, como as coisas. A dignidade se torna então fundamento para a construção histórica de direitos específicos do gênero humano. É a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos.

Sob a ótica do autor, a solidariedade surge como valor jurídico para outros direitos, compreendidos, sobretudo, como novos direitos humanos, orientados por uma comunidade de esforços e responsabilidades universais, de sacrifício voluntário e altruísta dos interesses egoístas, para satisfação das necessidades relativas à paz, qualidade de vida ou liberdade informática (Perez Luño, 2021). Interessa destacar que

² Direitos à honra, à própria imagem, à intimidade, eliminação dos tratamentos desumanos e degradantes.

³ Direito à vida, garantias contra a tortura.

a solidariedade é identificada a partir de duas dimensões mutuamente condicionantes, a ética política e a jurídica, o que faz com que a solidariedade atue como “substrato dos direitos e deveres entre os membros da coletividade que emanam da igualdade em sua dimensão material ou substancial” (Perez Luño, 2021, p. 586).

A análise proposta por Perez Luño (2021) permite concluir que todo valor e toda virtude têm como referência a pessoa humana, seja em suas capacidades ou necessidades e, ao passo que se aprofunda a análise se verifica que as fronteiras dos direitos se tornam cada vez mais incertas.

Neste sentido, observa que

A dignidade humana, uma vez que se concretiza no desenvolvimento autônomo da personalidade não pode ser alheia à liberdade: esta, por sua vez, não apenas está inseparavelmente vinculada à dignidade, mas em suas dimensões positiva e comunitária implica a igualdade, porque dificilmente se pode falar em liberdade para todos, se todos não são iguais entre si; ao mesmo tempo, a igualdade busca e se orienta para a dignidade e a liberdade, pois seria inadmissível à sua própria condição de valor que pudesse ser concebida (embora disso não faltem exemplos históricos) como igualdade na humilhação e na opressão (Perez Luño, 2021, p. 576-587).

A fundamentação axiológica dos direitos humanos permite apontar que a existência dos direitos humanos carrega um componente ético, estando inclusive inserido na nossa ordem constitucional, por meio de cláusulas abertas, como a própria dignidade da pessoa humana e o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal (Piovesan, 2021).

É essencial para este trabalho o conteúdo axiológico dos direitos humanos, notadamente o caráter ético, ressaltado pela profundidade do estudo de Perez Luño. A fundamentação destes direitos, do ponto de vista valorativo, é justamente este *ethos* universal e racional, construído a partir de consensos, sem negar sua existência prévia a própria positivação.

Alcançado este objetivo, ainda é importante destacar que os direitos humanos possuem um caráter inviolável e inalienável, o que se extrai de sua condição de fim mesmo dos sujeitos, o que não implica em defender postulados metafísicos e abstratos, mas um apelo ao significado e a razão destes direitos (Perez Luño, 2021, p. 595). Registra-se, também, seu caráter universal, ingrediente básico e inerente à sua formação histórica, devendo serem reconhecidos todos os indivíduos como titulares, em que pesem aspectos culturais que os repudiem ou lhes negue

reconhecimento. Como pondera Perez Luño (2021), ou são universais ou não são direitos humanos.

Revela-se, desta forma, que os direitos humanos não se limitam a postulados deontológicos, mas funcionam como um “projeto emancipatório, real e concreto, que tende a configurar em formas históricas de liberdade” (Perez Luño, 2021, p. 598).

Os direitos humanos não são constituídos como elaboração sistemática e unicamente racional e abstrata, ao contrário, cuidam-se de respostas normativas histórico-concretas às experiências mais insuportáveis de limitação de direitos.

2.2 Gerações de Direitos Humanos

O surgimento dos direitos humanos está carregado de um notório cunho individualista, fruto do Iluminismo, identifica-se forte defesa das liberdades individuais. Este aspecto individualista cederá espaço para direitos mais amplos diante das contestações e lutas sociais do século XIX, os quais evidenciarão a necessidade de se completar estes direitos com a proteção a direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente que possam aproximar os indivíduos e permitir um tratamento igualitário.

A Doutrina aponta a existência de gerações ou dimensões dos direitos humanos, indicando que estas se originam ou se manifestam conforme as necessidades das épocas.

Estas gerações se sucedem, cada uma aparecendo explicada e exigida pela situação que a reclamou e, ao mesmo tempo, demonstra-se insuficiente servindo esta deficiência de ponto de partida para a geração sucessiva. A nova geração não é apenas outra, mas também a anterior, devendo levar em consideração para se complementar e corrigir seus defeitos. Portanto, os direitos humanos evoluem acumulando o passado e integrando o presente com as demandas históricas e atuais, verdadeiros paradigmas abertos e porosos que permitem o renascimento das liberdades em direção ao novo e a reorganização do passado (Perez Luño, 2021, p. 598-599).

André Ramos Tavares (2019) destaca que a ideia de gerações é equívoca, entendendo que ela remete a substituição das gerações antecedentes pelas que sucedem. A despeito da observação realizada, fica claro que o termo dimensão

merece preferência, porquanto remeta a compreensão para um acoplamento sem substituições. Outrossim, o termo dimensão admite a compreensão de que os direitos podem amoldar-se a mais de uma dimensão, dispensando o estabelecimento de uma zona limítrofe e precisa entre as categorias de direitos humanos.

Dentre os autores que preferem o termo geração destaca-se Paulo Bonavides (2004), o qual correlaciona as gerações de direitos humanos ao lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). O autor aponta que Karel Vasak, quando de sua aula inaugural no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979, fez exatamente a mesma correlação entre o lema da revolução francesa, utilizando o termo gerações de direitos humanos.

A despeito da divergência quanto a utilização do termo geração, não há dúvida, inclusive em relação aos que utilizam este termo, que a sucessão destes direitos não implica em sobreposição ou rejeição aos direitos anteriores. Ao contrário, defende-se a consolidação do conjunto de direitos, revelando a inexistência de um rol eterno e imutável, em verdadeiro aperfeiçoamento permanente e incessante (Tavares, 2019). A ideia de geração não implica, inexoravelmente, na substituição sucessiva dos direitos, como propugnam Perez Luño (2021) e Tushnet (2016).

Considerando que é possível o surgimento de novos direitos, inclusive que estes novos podem melhor se identificar com estágios anteriores (gerações anteriores), como correlacionados a liberdade e igualdade, o termo dimensão permitiria melhor conformação. Outrossim, o termo dimensão pode encaminhar à conclusão de que se trata apenas de uma face de um único objeto observado, reclamando harmonia entre as demais dimensões.

Os direitos de primeira geração identificam como titular o indivíduo, sendo oponíveis contra o estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa, tendo como marca característica a subjetividade.

Mark Tushnet (2016) apresenta alguns apontamentos sobre o tema. A partir de suas ponderações, é possível concluir que, pelo ponto de vista histórico, os direitos de primeira geração surgem quando se identifica uma disruptão do sistema feudal, diante do novo arranjo econômico decorrente e o surgimento de novas relações sociais. No século XIX, em virtude da mobilização política, a classe trabalhadora na Europa inicia a reivindicações de novos direitos, muitos dos quais correlacionados aos direitos socioeconômicos com capacidade de promover algum grau de bem-estar material além daqueles fornecidos por meio dos mecanismos habituais de distribuição

de riquezas e bens pelo mercado. Estes seriam os direitos inseridos no rol daqueles que compõem a primeira geração (liberdade e propriedade) (Tushnet, 2016).

Para Paulo Bonavides (2004), os direitos de segunda geração destacam-se pelo aspecto social, cultural e econômico, bem como pelos direitos coletivos ou de coletividades, fruto de uma reflexão antiliberal. Estes direitos são manifestações do princípio da igualdade. O autor ainda consigna que estes direitos vivenciaram um ciclo de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, considerando sua característica prestacional em detrimento do Estado, os quais foram destacados para a chamada esfera programática. A atual quadra histórica, para o autor, indica a superação da aplicabilidade mediata, alcançando *status* de aplicabilidade e eficácia semelhante aos direitos de primeira geração. Os direitos de segunda geração revelam uma dimensão objetiva de garantia contra os arbítrios do Estado (Bonavides, 2004).

Ingo Sarlet (2016, p. 504) aponta que “a nota distintiva desses direitos da terceira dimensão reside, segundo a perspectiva ora adotada, basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável”. Em que pese não haver consenso na doutrina, estes direitos se correlacionam aos direitos de solidariedade ou fraternidade, com pretensão de universalização ou, ao menos, de transindividualidade, o que demanda esforços e responsabilidades de todos os atores globais para sua efetivação.

Para Tushnet (2016) estes direitos possuem menor definição, são incorporados apenas contemporaneamente aos ordenamentos jurídicos pátrios. Estes direitos se relacionam à mobilização política de grupos sociais, direitos relacionados à linguagem, direitos culturais, direitos ao meio ambiente, minorais (nacionais, populações colonizadas, raciais), estando relacionados a aspectos de solidariedade e fraternidade.

Bonavides (2004, p. 509) comprehende que os direitos humanos de terceira geração são dotados de “altíssimo teor de humanismo e universalidade”, orientados para uma existencialidade concreta, destinado ao gênero humano como afirmação de um valor supremo. Destaca-se neste rol o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, estando em constante expansão.

Os direitos e liberdades de terceira geração funcionam como uma resposta ao fenômeno denominado “poluição das liberdades”, sendo este decorrente de uma “erosão e degradação que afigem os direitos fundamentais diante de determinados

usos das novas tecnologias” (Perez Luño, 2021, p. 570). A terceira geração destes direitos, segundo o autor, circunda temas como o direito à paz, os direitos dos consumidores, o direito à qualidade de vida ou à liberdade informática.

Ainda há autores que apontem para a existência de outras dimensões de direitos humanos, além daquelas três diretamente relacionadas ao lema da Revolução Francesa. Paulo Bonavides (2004) defende a existência de uma quarta geração de direitos, sendo estes identificados pela relação com globalização política, como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Apesar do dissenso, outros autores defendem a existência de uma quinta dimensão, esta seria responsável por agrupar direitos vinculados aos desafios da sociedade tecnológica e da informação, do ciberespaço, da Internet e da realidade virtual em geral (Oliveira Júnior, 2000; Wolkmer, 2003). Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva (2011) analisam a existência de uma sexta dimensão, o direito ao acesso à água potável.

Observa-se que as demais dimensões que são identificadas mais recentemente, quarta, quinta e sexta, parecem naturalmente amoldar-se a definição da terceira dimensão, correlacionada ao direito à fraternidade e a solidariedade, o que conduz a preferência pela identificação da existência de apenas três dimensões.

Tushnet (2016) aponta que os direitos de primeira e terceira geração são direitos contra o Estado, ou particularmente contra grupos de pessoas organizadas na sociedade política. Em contrapartida, os direitos de segunda geração são direitos contra “o mercado” e, em especial, contra os resultados da “mão invisível”, não sendo atribuídos a qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos, salvo quando estas manifestações encontram definição na lei (Tushnet, 2016, p. 481).

O catálogo de direitos humanos sempre será inacabado. Esta é uma característica de uma sociedade livre e democrática que sempre deverá mostrar-se sensível e aberta ao surgimento de novas necessidades que justifiquem a proteção de novos direitos (Perez Luño, 2021, p. 598). Enquanto não reconhecidos formalmente, estes direitos permanecem como categorias pré-normativas, reivindicatórias e axiológicas.

As múltiplas dimensões se justificam e não estão acabadas, como apontado, justamente pelo surgimento de novas formas de desrespeito, ou da compreensão de fenômenos antigos.

A despeito de um evidente consenso sobre o que compõem os direitos humanos, inclusive através do filtro constitucional, verifica-se diuturnamente a prática

reiterada de condutas empresariais que implicam em desrespeito aos direitos humanos (e constitucionais), resultando em violações sistemáticas.

Como será demonstrado, as violações se avolumam, implicando no debate sobre o quanto ético pode ser o comportamento empresarial e o que pode ser feito para afastar o debate meramente econômico destes eventos, quando o que está discussão são valores mais importantes, como a própria dignidade humana.

Antes de avançar neste aspecto, convém analisar algumas violações aos direitos humanos, como forma de ilustrar o problema.

2.3 Casos de violação de Direitos Humanos por empresas

Um dos principais problemas da atualidade no que diz respeito aos direitos humanos é justamente as consequências advindas da inevitável globalização e da produção industrial e do consumo de massa em níveis inéditos. Não há dúvida de que novos povos devem ter direito a acessar mercados e bens de consumo, não podendo ficarem limitados ao norte global.

Isso reclama que o problema seja visto em sua totalidade, não se satisfazendo a análise regional, notadamente quando a cadeia de produção e consumo se estende por todo o planeta. Para problemas desta natureza as fronteiras são fluidas, estando os países estritamente conectados econômica e ambientalmente.

Como observado por Perez Luño (2021, p.640) a interpretação da realidade política e cultural a partir da ideia de fronteiras nacionais é inadequado e insuficiente para captar os problemas do nosso tempo.

Neste processo de integração econômica, produção industrial e consumo, muitas violações aos direitos humanos ocorrem, de modo que hoje “o problema básico dos direitos humanos não é o de justificá-los, mas o de protegê-los” (Bobbio, 2004).

As tradições jurídicas se aproximam, em certa medida, construindo um modelo em defesa do direito do homem, notadamente dos direitos à vida, à liberdade e à segurança social. Contudo, como indaga Bobbio (2004), é importante saber contra quem ou o quê se defende os direitos. O próprio autor afirma que esta defesa pode ser respondida a partir da observação da história, apontando que a defesa é sempre em detrimento do Poder, “toda forma de Poder” (2004, p. 94).

O Poder pode ser identificado em todas as relações envolvendo o indivíduo e algum grau de limitação na sua esfera de direitos, notadamente a liberdade, em virtude de algum grau de assimetria. Como destaca Bobbio, “a luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico” (Bobbio, 2004, p. 96).

As relações econômicas, não apenas entre Estados, mas também naquelas que envolvem sociedades empresariais dotadas de capital financeiro significativo, notadamente as transnacionais, carregam características de Poder, justificando-se, em igual medida, a defesa dos direitos dos indivíduos atingidos nestas relações.

Bobbio (2004) recorda que os direitos do homem constituem um novo *ethos* mundial, na mesma esteira do que se apresenta neste trabalho, destacando, contudo, que, por quanto *ethos*, figura como dever ser, ao tempo que a realidade é um espetáculo diverso. Para o autor,

à visionária consciência a respeito da centralidade de uma tendente a uma formulação, assim como a uma proteção, cada vez melhor dos direitos do homem, corresponde a sua sistemática violação em quase todos os países do mundo, nas relações entre um país e outro, entre uma raça e outra, entre poderosos e fracos, entre ricos e pobres, entre maioria e minorias, entre violentos e conformados (Bobbio, 1968, 95).

As violações dos direitos humanos, como destacado, se manifestam de forma sistemática, com especial destaque para casos envolvendo empresas transnacionais. Com efeito, não se trata de fenômeno recente, entretanto, diante da velocidade do tráfico de informação e a aceleração do processo de industrialização e consumo, os casos envolvendo empresas acabaram tornando-se corriqueiros e evidenciados com maior notoriedade.

Não se ignora que a sociedade empresarial é um instrumento essencial para o desenvolvimento econômico e social. Todavia, durante o processo de desenvolvimento, ao tempo em que se acumula e se produz riquezas, as sociedades empresariais produzem externalidades, mormente negativas, efeitos não intencionais que decorrem de suas atividades. Salvatore (1984, p. 96) conceitua externalidade como sendo “a divergência entre custos privados e custos sociais ou entre lucros privados e lucros sociais”.

Em virtude da ocorrência das externalidades negativas, desenvolve-se a defesa de um desenvolvimento sustentável, forte no imperativo ético de solidariedade

sincrônica com a geração atual e diacrônica com as gerações futuras (Sachs, 2008, p.15).

A concepção de um desenvolvimento sustentável encontra-se fundamentada nos direitos de igualdade, equidade e solidariedade, considerando os aspectos sociais, ambientais, territoriais, econômicos e políticos, demandando uma transição do modelo atual para o modelo de desenvolvimento sustentável, tendo como início marcado o gerenciamento de crises (Sachs, 2008, p.17).

Os direitos humanos continuam sendo uma promessa não cumprida para a grande maioria dos indivíduos, sendo imprescindível ultrapassar o “sonho ilusório e conformista de que o programa emancipador dos direitos humanos passou do mundo dos ideais para o dos fatos e de que se trata de meta já superada” (Perez Luño, 2021, P.559).

Muito dos casos de violações de direitos humanos com maior repercussão e recorrência tem como uma das principais causas, o modelo econômico desenvolvido e a necessidade diuturna de incentivar o consumo insustentável, agravada pela imediatidate das relações negociais, contratuais e de consumo.

Para o presente trabalho, mostra-se importante a análise, ainda que sumária, de casos de violação, como forma de estabelecer o estado da arte e demonstrar a existência de importantes casos violadores dos direitos humanos, alguns em níveis exacerbados, os quais reclamam um aprimoramento no desenvolvimento do marco regulatório.

Antes, contudo, é importante destacar que não se está a condenar o repudiar o modelo econômico, este, ao contrário, foi responsável pelo avanço significativo da qualidade de vida e do bem-estar. Entretanto, estas conquistas não podem vir a qualquer preço, tampouco alcançar alguns em detrimento de milhares de pessoas. Pretende-se caminhar para além do modelo já estabelecido, definindo-se um dever de cuidado, a fim de evitar ou reparar as violações praticadas no processo de desenvolvimento.

As violações de direitos humanos praticadas por empresas transnacionais confirmam a afirmação de Perez Luño (2021), as quais têm se avolumado nos últimos anos, ou, ao menos, ganhado maior visibilidade em virtude do fluxo imediato de informações.

Em se tratando de empresas transnacionais John Ruggie (2008) observa que os direitos destas foram ampliados ao longo da última geração, o que teria incentivado

o fluxo de investimento e comércio e com isso casos de desequilíbrios entre empresas e Estados que podem prejudicar os direitos humanos. Segundo o autor seriam mais de 2.500 acordos bilaterais de investimentos, os quais poderiam fornecer uma proteção legítima aos investidores estrangeiros, inclusive com a resolução dos problemas por meio de solução de conflitos pela arbitragem internacional obrigatória, podendo inclusive fazer uso da arbitragem por supostos danos decorrentes da implementação da legislação local para melhora dos padrões sociais e ambientais domésticos, ainda que a legislação seja aplicada de forma uniforme a todos os outros negócios, sobretudo empresas domésticas.

Muitos dos efeitos adversos podem decorrer de incoerência política doméstica, tanto vertical como horizontalmente. Do ponto de vista vertical, a incoerência se revela em virtude de os governos assumirem compromissos de direitos humanos sem considerar a implementação. A incoerência horizontal decorre de departamentos ou áreas do governo (comércio, envolvimento, relações exteriores, desenvolvimento, economia) atuarem com propósitos opostos às obrigações de direitos humanos do Estado e das agências encarregadas a implementá-las (RUGGIE, 2008, p. 195). Esta incongruência pode tornar o Estado normativamente fraco ou politicamente incoerente, facilitando o desenvolvimento de modelos econômicos e empresariais predatórios e com forte impacto aos direitos humanos.

Para atrair investimentos estrangeiros, os Estados oferecem proteção por meio de acordos de investimento ou outro instrumento bilateral que seja vantajoso para a empresa e asseguro o investimento local. O que se observa, segundo Ruggie (2008), é que este modelo de proteção aos investidores se expandiu com pouco respeito aos deveres de proteção dos Estados em relação aos direitos humanos, distorcendo o equilíbrio existente entre empresas e governo. Isso implica em dificuldades para fortalecimento de estruturas sociais e padrões ambientais. Destaca-se, inclusive, acordos para congelamento do regime regulatório existente pela duração do projeto, o que pode ser de meio século para grandes projetos de infraestrutura e indústria extractiva, por conseguinte, durante este período, eventuais mudanças serão aplicáveis apenas às empresas nacionais, incrementando o desequilíbrio até mesmo entre atores semelhantes, sendo o desequilíbrio particularmente problemático para os países em desenvolvimento (Ruggie, 2008, p. 196).

Os casos de violações são ilustrados por Ruggie (2008), o qual recorda de exemplos como uma mineradora europeia que opera na África do Sul e recentemente

desafiou as leis negras de empoderamento econômico daquele país, optando pela arbitragem internacional.

Observa ainda que uma controladora e suas subsidiárias continuam a ser interpretadas como entidades legais distintas, e, em virtude disso, a empresa-mãe geralmente não é responsável por erros cometidos por uma subsidiária, mesmo quando é o único acionista, a menos que a subsidiária esteja sob controle operacional tão próximo da controladora que possa ser vista como seu mero agente (RUGGIE, 2008).

Destaca Ruggie (2008) que cada entidade corporativa legalmente distinta está sujeita às leis dos países nos quais está sediada e opera. Todavia, os Estados, sobretudo alguns países em desenvolvimento, podem não ter capacidade institucional para fazer cumprir as leis e regulamentos nacionais contra empresas transnacionais que fazem negócios em seu território. Em muitos casos, ainda que haja interesse local e do governo, eles podem se sentir impedidos de fazê-lo por terem que competir internacionalmente por investimentos.

De outra banda, os Estados de origem das empresas transnacionais podem relutar em regulamentar contra danos no exterior por essas empresas porque o escopo permissível da regulamentação nacional com efeito extraterritorial permanece mal compreendido ou devido à preocupação de que essas empresas possam perder oportunidades de investimento ou realocar suas sedes (Ruggie, 2008, p. 192).

Esse problema não é exclusivo das corporações transnacionais, empresas nacionais podem também serem isentas pelo governo de certos requisitos legais e regulatórios, ou deixar de adotar padrões definidos, como forma de incremento à exportação (Ruggie, 2008). Como consequência, as alegações dos piores casos de danos aos direitos humanos relacionados a empresas, ocorreram em países de baixa renda, ou que acabaram de sair ou ainda estavam em conflito, bem como em países onde o estado de direito era fraco e os níveis de corrupção eram altos (Ruggie, 2008). Por fim, esclarece que os impactos adversos dos negócios sobre os direitos humanos não se limitam a esses contextos, ocorrendo em diversos outros cenários.

A margem dos casos de maior repercussão e nível de violação, nos últimos anos, destacaram-se casos importantes de violência, tortura e morte, cometidos no interior de estabelecimentos comerciais, no qual as vítimas, na totalidade dos casos, eram negras, despertando o debate sobre o racismo estrutural e suas consequências.

Na zona sul de São Paulo, em 2019, no supermercado Ricoy⁴, um adolescente que teria furtado uma barra de chocolate foi arrastado para o interior do estabelecimento pelos seguranças privados, despiido, amordaçado e torturado, sendo ainda filmado por algum dos envolvidos. As imagens ainda foram divulgadas, possivelmente como meio de intimidação.

Em 2018, no supermercado Carrefour, um deficiente físico, negro, após consumir uma bebida alcóolica no interior do estabelecimento, depois de ser perseguido e ofendido, foi encurrulado no interior do banheiro e agredido com socos e chutes. Segundo relatou a vítima, ela ainda teria sido seguida até o estacionamento após realizar o pagamento dos víveres e foi mais uma vez agredido⁵.

Na mesma rede de supermercados, em 2020, um homem negro foi espancado e morto por seguranças. O evento teria ocorrido depois de um desentendimento da vítima com uma funcionária do supermercado. A vítima foi conduzida para fora do estabelecimento e após agredir um dos seguranças foi dominado e recebeu socos enquanto estava caído ao solo⁶.

Segundo o Atlas da Violência de 2020, produzido pelo instituto de pesquisa econômica aplicada, apenas em 2018, os negros representaram cerca de 75% das vítimas de homicídio, representando um aumento de 11.5% para os negros, ao passo que para os não-negros houve diminuição de cerca de 13%.

Os números indicam o problema da violência em relação à população negra e contribuem para o entendimento dos casos destacados acima, refletindo-se para a hipótese de racismo estrutural como um caso sistemático de violação de direitos humanos por empresas. Não se ignora que o problema é mais complexo, todavia, tratando-se de ilustração, é suficiente para posicionamento do problema.

Ainda é possível apontar a violação de direitos da categoria dos entregadores, ocorrida no Brasil, sobretudo durante o ápice da Pandemia de Covid19. Os entregadores, tratados como empreendedores parceiros pelas sociedades empresárias, sofreram significativa precarização do trabalho. As transgressões foram

⁴ https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/06/politica/1567790466_070782.html

⁵ <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/03/19/cliente-acusa-carrefour-de-racismo-e-discriminacao-apos-ser-agredido-por-funcionarios-em-sp-veja-video.ghtml>

⁶ <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/11/20/homem-negro-e-espancado-ate-a-morte-em-supermercado-do-grupo-carrefour-em-porto-alegre.ghtml>

apontadas por Celina Naconeski, Marco Antônio César Villatore e Thierry Gihachi Izuta (2021).

Os autores apontaram a existência de jornadas de trabalho de 12 horas, baixa remuneração salarial, destacando os casos nos quais os entregadores precisavam dormir na rua para emendar horários de pico de entregas. Destacam a existência de baixa remuneração pelo trabalho exercido, falta de responsabilidade da sociedade empresarial responsável pelo aplicativo de entregas em prover equipamentos de segurança e condições mínimas para proteger a saúde deste trabalhador, ressaltando a renúncia dos direitos trabalhistas previstos no ordenamento brasileiro, como forma de submissão e necessidade de renda e garantia de sobrevivência (Naconeski *et al*, 2021).

Merece destaque no cenário nacional a criação da lista suja de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, sendo ao menos 179 até 05 de outubro de 2022, segundo a Subsecretaria de Inspeção do Trabalho vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência.

De maior gravidade e repercussão, ainda em território nacional, é possível apontar os casos de rompimento de barragens que ocorreram em Minas Gerais nos anos de 2015 e 2019, apreciados com maior vagar posteriormente.

Somam-se a isso os clássicos casos apontados por John Ruggie (2014), merecendo destaque as violações praticadas pela Nike na década de 1990 na Indonésia e Vietnã que envovia baixos salários, péssimas condições de trabalho, proibição dos trabalhadores de sair dos alojamentos da fábrica, exceto no domingo com carta de autorização da gerência, trabalho infantil, utilização de produtos químicos que causavam doenças respiratórias, entre outros. O autor também destaca o enorme vazamento de gás isocianato de metila em fábrica de pesticida em Bhopal, na Índia, em 3 de dezembro de 1984, nominado como maior desastre industrial da história. Ingrid Eckerman (2005) aponta que cerca de 500.000 pessoas foram afetadas, dos quais 32.000 tiveram danos severos, além de 3.000 a 5.000 mortos. John Ruggie (2014) recorda também as violações ocorridas na Nigéria, as quais foram perpetradas pela Shell, indicando cumplicidade nas condutas do Governo local que reprimia protestos contra a empresa violentamente.

Dentre casos em que há prática de atos violentos pelo Estado na proteção de interesses empresariais, também é possível destacar que na Bolívia a privatização da água e o aumento das tarifas a cerca de 20% da renda média mensal das famílias,

que resultou em protestos e sua repressão violenta armada, com um saldo de seis mortos (Cetim, 2016).

A América Latina também possui casos importantes de violações, como apresentam Olsen e Pamplona (2019). Segundo os autores, a ThyssenKrupp Companhia Siderúrgica do Atlântico construiu na Baía de Sepetiba (Rio de Janeiro, Brasil), a maior central siderúrgica da América do Sul, sem licenças ambientais, poluindo as águas com arsênico e chumbo em prejuízo do emprego e da saúde de pescadores artesanais e suas famílias.

Ainda na América do Sul, destacam que, na Colômbia, a empresa norte-americana *Chiquita Brands* financiou milícias colombianas, entre 1997 e 2004, o que resultou em mortes e deslocamento de populações. Indicam, ainda, péssimas condições de trabalho dos “sweatshops” na Grande Buenos Aires, decorrentes de contratações ilegais de mão de obra de migrantes bolivianos em favor das marcas Puma, Adidas e Le Coq Sportif.

Em um olhar mais amplo e macro é possível observar casos de violação de direitos humanos que impactam populações ou comunidades inteiras, como denunciado pelo Centro Europa-Tercer Mundo – CETIM (2016).

O CETIM (2016) observou que depois dos anos 90 houve uma ofensiva do capital financeiro resultando em acordos multilaterais que acabaram sendo favoráveis às empresas transnacionais, ignorando os direitos humanos. Com isso, muitas transnacionais acabaram convertendo-se em atores principais das violações, possuindo influência determinante na maioria das decisões políticas e econômicas dos países.

Com isso, enormes tragédias ocorreram. O CETIM (2016) destaca casos de atividades antissindicais ocorridas na Colômbia, Guatemala, Índia, México, promovidas por empresas transnacionais; especulação econômica sobre produtos alimentícios; monopólio empresarial sobre fontes de água; acordos econômicos entre Europa e África que são assimétricos com concessão de direitos desiguais e limitação dos direitos de camponeses, agricultoras e pescadores.

Os acordos comerciais, inclusive, segundo o CETIM (2016), representam violação aos direitos humanos porquanto privam populações de decidir seu futuro, consagram a supremacia das empresas transnacionais sobre a democracia e políticas de meio ambiente, saúde pública e condições de trabalho.

O CETIM (2016) ainda aponta suposta falta de objetividade e imparcialidade do Banco Mundial, afirmando que nos tratados de livre comércio surge a possibilidade de as empresas demandarem os Estados e resultarem em condenação destes em decorrência de inovações do ordenamento jurídico promovidas pelo Estado que possam interferir nas relações comerciais firmadas.

Desde o início dos anos 2000 surgiu significativa preocupação com o tema, o que despertou iniciativas importantes, como *The Red Flags* (2021) considerada por John Ruggie como indispensável ferramenta para alertar companhia do risco de contribuir seriamente com abusos aos direitos humanos e indicar mudanças para evitar que os danos ocorram ou se avolumem.

The Red Flags (2021) apontou, em 2008 quando foi criado, os seguintes casos de violação: The Netherlands v van Kouwenhoven, 2008⁷; U.S. v Chiquita, 2007⁸; U.S. v Baker Hughes, 2007⁹; United States of America v. Riggs Bank, 2005¹⁰; The Netherlands v Frans van Anraat, 2005¹¹; John Doe I et al v. Unocal Corp, 1996-

⁷ Em 2006, um tribunal holandês condenou o empresário holandês Guus van Kouwenhoven por violar as sanções da ONU, a condenação foi posteriormente anulada. O empresário, exercendo o cargo de Diretor de Operações da Oriental Timber Company (OTC) e da Royal Timber Company (RTC) na Libéria, realizando atividade de extração de madeira, possuía, segundo o relato, laços estreitos com Charles Taylor, facilitando a importação de armas para Taylor, violando resoluções do Conselho de Segurança da ONU. Segundo a acusação, as milícias contratadas pelas antigas madeireiras pertencentes são acusadas de participar do massacre de civis, sendo que Guus van Kouwenhoven é acusado de ter fornecido as armas às milícias. Em 7 de junho de 2006, o tribunal holandês absolveu van Kouwenhoven das acusações de crimes de guerra. No entanto, ele foi condenado a 8 anos de prisão por ter violado o embargo de armas da ONU à Libéria (*The Read Flag*, 2021).

⁸ Caso Chiquita Brands já referido.

⁹ Segundo o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, uma subsidiária da Baker Hughes, empresa do setor energético, declarou-se culpada de violar disposições anticorrupção, auxiliar na falsificação de livros e registro da empresa, durante um período de cerca de dois anos enquanto se relacionava com a Kazakhoil, empresa estatal de petróleo no Cazaquistão, pagos através de empresa de consultoria. Em fevereiro de 2000, a BHSI apresentou uma proposta, em nome da Baker Hughes, para realizar serviços abrangentes, como gerenciamento de projetos, perfuração de petróleo e serviços de suporte relacionados ao projeto Karachaganak. Segundo o Departamento de Justiça dos Estados Unidos a Kazakhoil exercia uma influência considerável como companhia petrolífera nacional do Cazaquistão, e a concessão final de qualquer contrato pelo consórcio de companhias petrolíferas internacionais dependia da recomendação favorável dos funcionários da Kazakhoil. Dentre as exigências havia a necessidade de a Baker Hughes pagar uma comissão à “Empresa de Consultoria A”, localizada na Ilha de Man, para atuar como seu agente. Embora a empresa de consultoria A não tenha prestado serviços para auxiliar a Baker Hughes

¹⁰ Em 2005, o Riggs Bank se declarou culpado em um tribunal dos Estados Unidos em relação as acusações de ocultação e lavagem de ativos do ditador chileno Augusto Pinochet. O banco também enfrentou alegações de práticas semelhantes com relação aos ativos de funcionários do governo da Guiné Equatorial. O banco era obrigado a registrar um relatório de operações suspeitas na Rede de Repressão a Crimes Financeiros do Departamento do Tesouro (FinCEN), não o fazendo. Na Espanha, o processo contra o banco decorreu da acusação de violação de congelamento dos bens de Pinochet enquanto ele estava sob investigação por acusações de genocídio, terrorismo e tortura relacionadas ao seu tempo no poder.

¹¹ Em dezembro de 2005, um tribunal holandês considerou o empresário Frans van Anraat culpado de cumplicidade em crimes de guerra, a acusação é de que van Anraat teria fornecido ao regime de

2005¹²; Belgium v Ossaily and Nassour, 2005¹³; Prosecutor v. Félicien Kabuga, 2004¹⁴; United State of America v James H. Giffen, 2003¹⁵; Dam Kotopanjang (Dam Kotapanjang) Litigation, 2002¹⁶; dentre outros.

O site *The Red Flag* (2021) encerrou o acompanhamento dos casos de violações. Atualmente, o Business & Human Rights Resource (2021) Centre passou a acompanhar e relatar os casos.

A título de ilustração, faz-se imperiosa a menção a alguns casos, como as acusações de abusos sofridos por trabalhadores durante a preparação da Copa do

Saddam Hussein componentes químicos que foram usados para fabricar armas químicas nos ataques aos curdos em 1988. Segundo os relatos, dezenas de milhares de civis foram mortos ou mutilados nas operações. Van Anraat defendeu-se afirmando que estava conduzindo negócios e não vendia armas químicas para o Iraque, contudo, autoridades alfandegárias dos EUA descobriram que van Anraat estava envolvido em quatro remessas para o Iraque de tioldiglicol, produto químico industrial que pode ser usado para produzir gás mostarda. Segundo o Ministério Público neerlandês, van Anraat é “suspeito de entregar milhares de toneladas de matérias-primas para armas químicas ao antigo regime de Bagdá entre 1984 e 1988”. Inspetores de armas das Nações Unidas teriam dito que van Anraat era um importante intermediário no fornecimento de agentes químicos ao Iraque.

¹² Uma empresa petrolífera americana (Unocal) foi processada nos Estados Unidos por suposto uso de trabalho forçado pelo governo birmanês, parceiro na construção de um oleoduto. Segundo as acusações, os birmaneses foram supostamente forçados a realizar trabalho em benefício do Projeto do Gasoduto Yadana. As denúncias existentes incluíam agressões sexuais por oficiais militares contratados para fornecer “segurança” ao projeto do oleoduto, deslocamento forçado e assassinato. Segundo os relatos, as lideranças militares birmanesas, para consecução da obra, entravam em aldeias, forçavam a desocupação dos residentes, prendiam, espancavam e executavam indivíduos e familiares. A empresa foi processada em firmou um acordo extrajudicial.

¹³ A primeira condenação do mundo por violação do embargo da ONU ao comércio de diamantes de sangue, como foi noticiado *Nieuwsblad* (2021). As Nações Unidas proibiram vários países africanos, como a Libéria e a Serra Leoa, de comercializar diamantes em virtude de os rendimentos das pedras extraídas ilegalmente serem utilizadas pelos exércitos rebeldes locais para financiar guerras civis.

¹⁴ Félicien Kabuga responde a Julgamento na Corte de Haia por ter contribuído e possivelmente incitado ao genocídio em Ruanda. Segundo os relatos, Kabuga teria colocado à disposição emissoras de rádio e televisão para transmissão de discursos favoráveis ao genocídio da minoria tutsi que resultou em cerca de 800.000 assassinatos. Atualmente Kabuga está sendo julgado pelo Tribunal de Haia, tendo havida a última audiência em setembro de 2022.

¹⁵ Em 2003, um executivo do petróleo americano foi indiciado nos Estados Unidos por supostamente arranjar \$ 78 milhões em propinas para funcionários do Cazaquistão a fim de obter contratos de petróleo e gás no Cazaquistão. Segundo as acusações, James Giffen, chefe do banco comercial Mercator, teria realizado os pagamentos ilegais de mais de US\$ 78 milhões a dois altos funcionários da República do Cazaquistão, supostamente relacionados a seis transações de petróleo separadas envolvendo seis empresas petrolíferas americanas que buscavam adquirir valiosos direitos de petróleo e gás no Cazaquistão.

¹⁶ Uma empresa japonesa foi processada no Japão com acusações de reassentamento involuntário de cerca de 23.000 pessoas na Indonésia antes da construção de uma barragem. A ação foi proposta contra a Tokyo Electric Power Services Company, a Japan International Cooperation Agency (JICA), o Japan Bank for International Cooperation (JBIC) e o governo japonês. As reivindicações referem-se a um projeto em Sumatra, na Indonésia, havendo acusações de prática de atos ilícitos durante a realização do estudo de viabilidade, elaboração do projeto detalhado com base no estudo e fiscalização; danos decorrentes do reassentamento involuntário de ordem sociais, físicas e econômicas, incluindo a destruição das comunidades locais e a destruição do meio ambiente natural.

Mundo do Catar de 2022, onde organizações escreveram carta ao Presidente da Fifa pedindo para que ele parasse de “olha para o lado” ignorando os abusos¹⁷.

O problema se avoluma em todo o Golfo, segundo a organização. Os países do Conselho de Cooperação do Golfo (GCC) – Bahrein, Kuwait, Omã, Catar, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos – dependem fortemente da mão-de-obra migrante, principalmente do sul e sudeste da Ásia. A estimativa é que haja 20 milhões de trabalhadores migrantes no Golfo, o que representa 10% dos migrantes globalmente. Há acusações de que os trabalhadores migrantes enfrentam abuso, discriminação e exploração, bem como obstáculos significativos ao acesso à justiça e remediar quando ocorrerem abusos¹⁸.

No setor agrário, merece destaque os relatos de abusos existentes nos contratos de produção de açúcar, como noticiado em 2018 no briefing “Sugar contracts and their impact on land and workers’ rights”. O setor de produção de açúcar, uma das maiores commodities do mundo, frequentemente é conectada a alto risco de abuso de direitos humanos em relação ao respeito à terra, meios de subsistência e direitos trabalhistas. No citado relatório (2021) descobriu-se que um pequeno grupo de empresas avaliou os riscos e estabeleceu metas para erradicar o trabalho forçado em suas cadeias de abastecimento. Os contratos envolveram 10 empresas que operam no Camboja, Serra Leoa, Camarões, Etiópia, Mali e Timor Leste. Destaca-se certa dificuldade em conectar as empresas produtoras e as grandes compradoras, porque estas não são obrigadas a identificar quem são seus fornecedores. Nos contratos analisados foram correlacionadas acusações de contaminação do solo, da água, contaminação de comunidades com produtos químicos, além de reduzido respeito aos direitos dos trabalhadores. Considerando que as empresas fornecedoras se inserem na cadeia global de fornecimento de açúcar, para grandes empresas, como a Coca-cola, o relatório recomenda que haja transparência dos compradores quanto aos seus fornecedores, incluindo usinas, refinarias e comerciantes.

Ainda na área agrária merece destaque o relato da existência de legislação na União Europeia proibindo a importação de commodities, como soja, carne bovina, óleo de palma, madeira, cacau e café, e a alguns produtos derivados, incluindo couro, chocolate e móveis. Borracha, carvão e alguns derivados de óleo de palma, adquiridos

¹⁷ <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/qatar-2022-nepali-rights-organisations-reiterate-calls-for-worker-remedy-as-almost-40-organisations-write-to-fifa/>

¹⁸ <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/gulf-business-human-rights/>

de locais em que há envolvimento de desmatamento, devendo as empresas demonstrar quando e onde as commodities foram produzidas e informações verificáveis de que não foram cultivadas em terras desmatadas após 2020, o que inclui áreas de países como Brasil, Colômbia e Indonésia (2022b).

Na mesma senda há relatos de desmatamento em favor da pecuária e do cultivo de grãos no Brasil, mesmo após acordos de desmatamento zero e desenvolvimento de sistemas de rastreabilidade de matéria-prima noticiados em relatórios praticados por agronegócio que receberam recursos de instituições financeiras comprometidas em fornecer crédito ou investir com base nas melhores práticas sociais, ambientais e de governança, como relatado pela Repórter Brasil no relatório *Infamous Connections*, divulgado no informativo Monitor 19 (2022).

Segundo o relatório (2022), entidades de financiamento como BNDES e o Banco Mundial financiaram atividades de frigoríficos como JBS e Minerva, sem prejuízo dos financiamentos habituais para crédito rotativo e empréstimos pelas mais diversas instituições financeiras. As operações do setor pecuário estão relacionadas com desmatamento e problemas climáticos, sendo a agropecuária em setores desmatados a segunda maior emissora de poluentes.

Ocorre que, segundo o relatório citado, que há problemas na cadeia de fornecimento. A título de ilustração, especificamente em relação a empresa Mafrig, aponta o relatório que entre janeiro de 2018 e agosto de 2019, o frigorífico comprou gado de uma fazenda flagrada usando trabalho escravo em São Miguel do Araguaia (GO), o que ocorreu após resgate de 15 trabalhadores em janeiro de 2018, mas antes de o produtor entrar na “lista suja” de trabalho escravo, em abril de 2022. O pecuarista ainda foi multado pelo Ibama por desmatamento ilegal de 10.800 hectares de vegetação nativa em julho de 2018. A empresa também teria comprado gado de fazendas vinculadas pecuaristas acusados de desmatamento e uso de mão de obra escrava.

O relatório citado conclui apontando que as instituições financeiras embora pareçam estar preocupadas com esses riscos ligados a suas carteiras e clientes, há evidências que indicam que as operações persistem independentemente do risco envolvido. Sugere o relatório ser necessário a criação de normas que evite a concessão de financiamentos a atividades que contribuam direta ou indiretamente para a perda de biodiversidade e ecossistemas.

No campo da tecnologia é possível vislumbrar casos de violação de direitos humanos praticados por empresas transnacionais. Direitos como intimidade, privacidade, liberdade e igualdade são reiteradamente violados por grandes conglomerados de tecnologia.

Em relação à privacidade e intimidade, autores como Barnes (2006) e Rosenblum (2007) destacam os riscos decorrentes deste paradoxo no qual há autoexposição voluntária dos usuários sem que isso autorize a utilização indiscriminada dos dados ou ainda a manipulação destas informações e do próprio usuário.

As informações disponíveis, oferecidas pelos usuários, permite a construção de perfis de comportamentos dos indivíduos e, com isso, conduzir ou influir na tomada de decisão de forma inconsciente. Os dados são ainda negociados com diversas empresas, sem que os usuários tenham dimensão das consequências. Através da mineração de dados (*data mining*) empresas são capazes de melhorar sua atividade lucrativa a partir da definição do perfil dos usuários ou mesmo da utilização de publicidade sub-reptícia ou marketing invisível.

Este expediente pode ter resultado em manipulação de resultados eleitorais nos Estados Unidos da América ou na Inglaterra (BREXIT), no que ficou conhecido como escândalo Cambridge Analytica.

Segundo Lara (2019), é possível que os usuários do Facebook tenham sido manipulados por publicidade, a partir da mineração de dados do Facebook realizado pela Cambridge Analytica, para favorecer determinado candidato a eleição presidencial nos Estados Unidos da América. Estima-se que 87 milhões de usuários tiveram seus dados acessados pela empresa Analytica. Acusa-se a empresa Facebook de autorizar o acesso e manipulação destas informações.

Acaso confirmada a utilização indevida dos dados para manipulação das eleições implicaria em flagrante violação de direitos humanos como a privacidade e a liberdade, atingindo diretamente valores historicamente importantes como a democracia que, no limite, também pode ser compreendida como um direito humano.

Mais recentemente discute-se os riscos oferecidos por inteligências artificiais como o ChatGPT.

Utilizando a própria plataforma ChatGPT, ao indagar os riscos de violação aos direitos humanos que a ferramenta poderia oferecer, a seguinte resposta foi fornecida:

Como um modelo de linguagem desenvolvido pela OpenAI, o ChatGPT tem potencial para apresentar alguns riscos aos direitos humanos, embora seja importante notar que esses riscos não são específicos apenas a este modelo, mas são aplicáveis a muitas tecnologias baseadas em IA em geral. Aqui estão alguns riscos potenciais:

1. Viés e discriminação: Os modelos de linguagem aprendem com os dados em que são treinados, e se esses dados forem tendenciosos ou discriminatórios, o ChatGPT pode reproduzir ou amplificar esses preconceitos. Isso pode levar a respostas que discriminam certos grupos de pessoas com base em raça, gênero, religião ou outras características.
2. Desinformação e manipulação: O ChatGPT pode ser usado para disseminar desinformação ou notícias falsas. A capacidade de gerar texto coerente e convincente pode ser explorada para criar narrativas enganosas ou manipular opiniões públicas.
3. Privacidade e segurança dos dados: Ao interagir com o ChatGPT, os usuários podem fornecer informações pessoais ou confidenciais. Se esses dados não forem devidamente protegidos, pode haver riscos de violação de privacidade ou uso indevido das informações.
4. Implicações legais e éticas: O uso do ChatGPT em certos contextos, como sistemas judiciais ou de tomada de decisão, pode ter implicações legais e éticas significativas. A atribuição de responsabilidade e a transparência sobre como as decisões foram tomadas podem se tornar desafios importantes.

Aspectos relacionados a viés e discriminação são recorrentes em diversas ferramentas tecnológicas. Por si só os algoritmos não possuem aptidão para desenvolver preconceitos e discriminação, todavia, estes reproduzem os vieses de seus idealizadores, ou, na hipótese em que estas ferramentas tenham capacidade de acumular informação e “aprender”, podem reproduzir preconceitos do grupo, gerando discriminação de grupos por questões étnicas, de gênero ou religiosas, como o próprio ChatGPT reconhece.

A ferramenta também reconhece que transparência e responsabilidade são essenciais para mitigação destes riscos. Indica ainda que a empresa responsável pela aplicação, a OpenAI, e outras organizações, estão atuando para melhores práticas, como treinamento com dados diversos, auditoria de viés, além de colaboração de especialistas em ética e direitos humanos para desenvolvimento dessas tecnologias. Esta afirmação está alinhada com a compreensão da devida diligência em direitos humanos, embora não seja possível confirmar a informação, o que é um dos requisitos do instituto, porquanto não bastem simples declarações, conforme será oportunamente apresentado.

Há ainda casos de violação decorrentes da corrupção ou da evasão de capitais e tributos, praticado com o auxílio, segundo o CETIM (2016) de grandes bancos e empresas *offshore* criadas em paraísos fiscais.

Dentre estes casos apontados pelo CETIM (2016), merecem destaque o caso Probo Koala, Texaco/Chevron e Amazônia equatoriana e a exploração infantil em Burkina Faso. Por fim, merece destaque no Brasil o rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho e mais recentemente o afundamento de bairro da cidade de Maceió em virtude da exploração de sal-gema. A escolha dos casos decorre da qualidade da documentação realizada pelo CETIM, tratando-se de eventos consolidados e analisados pelo instituto. Em relação aos casos brasileiros, a escolha decorre da proximidade temporal e do impacto destes eventos, embora ainda não consolidados.

2.3.1 O caso Probo Koala

Segundo o CETIM (2016), em 20 de agosto de 2006 houve o derramamento de dejetos tóxicos nos arredores da cidade de Abidjan na Costa do Marfim que afetou a saúde de dezenas de milhares de pessoas. Os dejetos teriam sido enviados a bordo do navio Probo Koala, fretado por Trafigura, uma das maiores empresas mundiais do ramo, sociedade de negócios petrolíferos com sede na Suíça e nos Países Baixos.

O material vertido seria soda cáustica, obtida no tratamento do material *coker naphtha*, base barata para carburantes. O material final obtido requer um tratamento imediato minucioso, porquanto contenham significativas substâncias tóxicas. Os resíduos são perigosos, havendo poucas instalações no mundo aptas a tratar o material.

Após ser rejeitado seu recebimento nos Países Baixos, dirigiu-se a Costa do Marfim para ser tratado por uma sociedade empresarial recém-criada a qual descarregou os resíduos e armazenou nos arredores de Abidjan.

No dia 20 agosto de 2006, segundo o relato da CETIM (2016), a população de Abidjan despertou com os efeitos insuportáveis dos produtos vertidos. Nos dias seguintes, dezenas de milhares de pessoas tiveram a saúde comprometida, com náusea, vômitos, dores de cabeça, dores abdominais, irritação cutânea e ocular, além

de outros sintomas. Estima-se que cerca de 107.000 pessoas foram afetadas, tendo ocorrido cerca de 15 a 17 mortes.

A solução final do caso não foi considerada satisfatória. Houve acordo entre o Estado e a empresa Trafigura, sem reconhecimento de responsabilidade, mediante o pagamento de cerca de 195 milhões de dólares para financiar as operações de tratamento da substância além da indenização.

No mesmo ano foi proposta uma ação civil no Tribunal Supremo do Reino Unido contra a Trafigura por cerca de 30.000 marfinenses. Em 2019 foi obtido um acordo entre as partes com o pagamento de 45 milhões de dólares sem reconhecimento de responsabilidade.

Em uma segunda demanda, proposta pelo Ministério Público em Amsterdã, mais uma vez foi obtido um acordo com as vítimas, sem que a responsabilidade da empresa ou de seus dirigentes fosse reconhecida.

2.3.2 O caso Texaco/Chevron na Amazônia Equatoriana

Na Amazônia equatoriana houve impactos provocados pela Chevron, antiga Texaco, causando danos irreversíveis ao meio ambiente, deslocamento de populações tradicionais, extinção de alguns povos, contaminação da água, obstrução da justiça, dentre outras violações aos direitos humanos (CETIM, 2016).

A empresa Texaco teria realizado trabalhos de exploração petroleira em 1964 em zonas de floresta tropical habitadas por diversas comunidades indígenas. A exploração envolveu a utilização de explosivos, resultando na perfuração de cerca de 350 poços rudimentares. Em alguns desses poços foram produzidas grande quantidade de resíduos tóxicos conhecidos como lama de perfuração, a qual possui entre seus componentes metais pesados e substâncias tóxicas (CETIM, 2016).

Segundo os relatos, a lama de perfuração foi abandonada em fossas abertas, resultando na contaminação do meio ambiente e prejuízo das populações locais. Os materiais eram vertidos nos rios ou cursos de água nos arredores, quando não eram queimados intencionalmente. Segundo o CETIM (2016), mesmo conhecendo os efeitos nocivos da atividade, nenhuma tecnologia foi utilizada para diminuir ou evitar os danos decorrentes.

Após as atividades, indica o CETIM (2016) que houve danos a biodiversidade, desaparecimento de recursos e danos graves provocados pelos hidrocarbonetos e a contaminação da água e do solo. Vários povos desapareceram ou foram deslocados. Segundo o relato, o povo Cofán foi reduzido de 5.000 para 800 habitantes. O povo Tetete teria sido completamente extermínado (CETIM, 2016, p. 49).

Em 26 anos de exploração, segundo o CETIM (2016), houve como resultado a morte de centenas de pessoas, aumento das taxas de câncer e outros problemas graves de saúde, tendo vertido mais de 60 bilhões de litros de águas tóxicas nos rios e 6,65 bilhões de metros cúbicos de gás natural queimados ao céu aberto, além de da abertura de 880 fossas de resíduos de hidrocarbonetos.

Após, os lesados buscaram por décadas a reparação, alcançando a condenação parcial apenas nas Cortes equatorianas. Segundo o CETIM (2016), há elementos indicativos de instrumentalização da justiça estado-unidense pela Chevron como forma de obstar sua condenação. Há acusações de represálias legais, perseguição judicial, contra aqueles que buscavam à reparação.

2.3.3 Exploração infantil e tráfico de ouro entre Burkina Faso, Togo e Suíça

O CETIM (2016) também joga luz sobre eventos ocorridos envolvendo trabalho infantil em condições degradantes nas minas de ouro de Burkina Faso, conforme apontado pela Declaração de Berna.

As minas de ouro, próximas à capital Ouagadougou, são de fácil acesso pela estrada, havendo cerca de cinco mil empregados e se estendendo por vários hectares. As famílias vivem no entorno, integradas à extração de ouro rudimentar. Dos trabalhadores, segundo o CETIM (2016) cerca de 30 a 50% são crianças e adolescentes, em um ritmo de trabalho de 12 horas diárias.

Nas minas não foi identificada distinção nas tarefas atribuídas às crianças e aos adultos, cabendo a maior parte dos pequenos descer ao fundo das minas. Destaca o CETIM (2016) que os menores ficam expostos com frequência à mercúrio, cianureto e outros produtos tóxicos utilizados na extração, além do pó derivado da atividade que provoca graves doenças respiratórias e pulmonares como silicose, sem utilização de qualquer equipamento de segurança. Aponta ainda que a atividade está

ligada a feridas musculares e ósseas em virtude do peso excessivo das cargas, bem como acidentes e traumas, indicando que a maioria dos casos não recebe tratamento médico.

Ainda segundo o relato (CETIM, 2016), os menores possuem à disposição bebidas alcóolicas, maconha e anfetaminas, utilizadas para dominar a fome e a fadiga, assim como o medo da escuridão e claustrofobia dos túneis subterrâneos.

O ouro extraído é contrabandeado para o Togo, segundo o CETIM (2016), de onde segue à Suíça, onde é refinado e beneficiado. A Suíça importa o equivalente a 70% da produção mundial.

2.3.4 A exploração de minérios e as barragens de resíduos

O Brasil é um dos maiores produtores e exportadores de minérios do mundo, o minério de ferro lidera com 60%, e, em segundo lugar o ouro, com apenas 5%, segundo o Departamento Nacional de Produção Mineral. A Produção Mineral Brasileira, excluindo o petróleo, alcançou US\$ 42 bilhões (4% do PIB) e, somado aos setores da indústria transformadora de base mineral, alcançou a marca de US\$ 150 bilhões. Os estados com maior produção mineral são Minas Gerais e Pará, que possui a maior reserva de minério de ferro do mundo, na Serra dos Carajás.

Atualmente a fronteira de expansão da extração mineral no Brasil é a Amazônia, o que coloca em debate os riscos ao meio ambiente e ao deslocamento de populações tradicionais e indígenas. Destacam-se, dentre grandes empreendimentos na região amazônica a lavra de manganês da Serra do Navio (AP); bauxita do Trombetas, Paragominas e Juruti (PA); de estanho de Pitinga (AM) e de Rondônia; de ferro, manganês, cobre e níquel de Carajás (PA); de alumina e alumínio de Barcarena (PA); escoamento de ferro-gusa pela ferrovia de Carajás.

A produção do ferro gusa pode emitir uma série de gases e rejeitos, como sólidos em suspensão, cianeto, fenol, amônia, óleos, graxas, escória do alto forno, finos de carvão, lama de lavagem de gases e pó de balão, poluentes que podem provocar intoxicação, problemas circulatórios e respiratório¹⁹. Ainda merece destaque

¹⁹ <https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/pa-perversidades-sociais-e-ambientais-no-caminho-da-estrada-de-ferro-carajas/>

que grande parte do carvão vegetal que aquece os altos-fornos das siderúrgicas resulta da destruição e queima de matas nativas. Além disso, a construção de diques e a montanha de rejeitos erguida na área criaram dificuldades de fazer as águas dos córregos se espalharem, o que as faz se represarem nas áreas dos agricultores. Há ainda relatos de trabalhadores escravizados em carvoarias.

Os rejeitos da exploração de ferro são armazenados em barragens. Em abril de 2022 havia cerca de catorze barragens em nível de emergência com risco de rompimento, sendo todas em Minas Gerais e destas apenas quatro não possuem relação com a empresa Vale, dez segundo o Relatório Anual de Barragem de Mineração (2021).

Em 05 de novembro de 2015, uma barragem de rejeitos de minério de ferro rompeu em Mariana-MG, a barragem de Fundão e Santarém, sendo possivelmente um dos maiores desastres ambientais da história²⁰, com 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos da mineração despejados na região e sobretudo na bacia hidrográfica em danos também à população ribeirinha, com cerca de 14 toneladas de peixes mortos. Além disso, houve ao menos 19 mortos.

Segundo o Ministério Público Federal, conforme relatado no Caso Samarco (2022), a barragem entrou em operação em dezembro de 2008 e cinco meses depois, em abril de 2009, o lançamento dos rejeitos teve que ser interrompido porque houve forte percolação no talude de jusante do barramento, o que veio a ocorrer novamente em 2010, além de outras paralisações e intervenções de engenharia por problemas apresentados.

O empreendimento, sob a gestão da Samarco Mineração S/A, controlada pela Vale S/A e BHP Billiton, estava localizado na Bacia do rio Gualaxo do Norte, afluente do rio do Carmo, que é afluente do rio Doce. Com o colapso da estrutura da barragem do Fundão e o escoamento imediato de aproximadamente 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica formou uma grande onda de rejeitos, atingindo a barragem de Santarém, localizada a jusante, erodindo parcialmente a região superior do maciço da estrutura e galgando o seu dique, após incorporar volumes de água e rejeitos não estimados que ali se encontravam acumulados segundo relatado pelo Ministério Público Federal.

²⁰ <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47034499>

Com o deslocamento do rejeito, grande parte do subdistrito de Bento Rodrigues, localizado a 6 km da barragem de Santarém foi soterrado, matando 19 pessoas e desalojando várias famílias. O material percorreu 55 km até desaguar no rio do Carmo, atingindo diretamente várias localidades rurais, como as comunidades de Paracatu de Baixo, Camargos, Águas Claras, Pedras, Ponte do Gama, Gesteira, além dos municípios mineiros de Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado, indo alcançar o Rio Doce e por fim o Oceano Atlântico. No deslocamento houve destruição da cobertura vegetal de vastas áreas ribeirinhas, por meio do arrancamento da vegetação por arraste, inclusive com a remoção da camada superficial do solo, deposição de rejeitos sobre o leito dos rios e em vastas áreas marginais, soterrando a vegetação aquática e terrestre, destruindo habitats e matando animais, conforme relatado pelo Ministério Público Federal (2021), o qual pontua que os danos são contínuos e perenes, mesmo após o fim do escoamento dos rejeitos.

Pouco mais de três anos depois, em 25 de janeiro de 2019, houve outro rompimento de barragem, mas uma vez em Minas Gerais, sendo possivelmente o 2º maior desastre industrial do século, acredita-se que em 3 décadas este pode ser o pior desastre do mundo²¹. A barragem do Córrego do Feijão se rompeu causando a morte imediata de 272 pessoas, decorrente do deslocamento de 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério.

Assim como no caso Mariana houve perdas humanas, ambientais e socioeconômicas, tendo atingido a vegetação, a fauna, rios ao longo de centenas de quilômetros, atravessando o território de mais de 20 municípios, com reflexos, inclusive na região metropolitana de Belo Horizonte.

É indiscutível que estes casos resultam em significativos danos aos direitos humanos em diversas dimensões. Também é consenso que a necessidade de reparação dos danos já é, por si só, uma derrota. As consequências são irreparáveis, as medidas tomadas servem apenas para mitigar os danos, sendo impossível o restabelecimento do *status quo ante*.

A devida diligência, portanto, ocupa o espaço da consciência e da evitação, ou ao menos acelera a velocidade da reparação dos danos decorrentes da violação aos direitos humanos. No limite, seria possível dizer que o processo de devida diligência

²¹ <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47034499>

eficazmente implementado poderia mapear os riscos reais e potenciais, encaminhando soluções ou atenção para aqueles mais urgentes.

Como será oportunamente observado, a devida diligência exige que o acompanhamento das hipóteses identificadas de risco de violação aos direitos humanos seja contínuo, orientada por uma proatividade da empresa que, inclusive, pode utilizar de consultores externos e independentes, resultando em uma incorporação deste cuidado em toda a estrutura empresarial, retroalimentando o sistema em busca de soluções e diligência.

2.3.4 A exploração de sal-gema em Maceió: caso Braskem

Outro evento de significativos impactos adversos aos direitos humanos, está ocorrendo na cidade de Maceió, capital do estado de Alagoas, o qual ficou conhecido como caso Braskem. A importância da análise do evento decorre da proximidade temporal e da existência de farta documentação relevante.

A Braskem é uma empresa petroquímica global com unidades industriais no Brasil, Estados Unidos, Alemanha e México, líder na produção de resinas termoplásticas (PE+PP+PVC) nas Américas e a 6^a maior petroquímica do mundo. A empresa foi criada em agosto de 2002 pela integração de seis empresas da Organização Odebrecht e do Grupo Mariani. Em 2007, a Petrobras comprou uma pequena participação na Braskem e, ao longo do tempo, aumentou sua participação para 47% das ações ordinárias e 36,1% do capital total. Em 2009, a Braskem incorporou a Petroquímica Triunfo.

A Braskem também é conhecida por sua atuação na extração de sal-gema.

O sal-gema é uma variedade de sal encontrada em depósitos subterrâneos. Ele é composto principalmente por cloreto de sódio, mas também pode conter cloreto de potássio e de cloreto de magnésio. A formação do sal-gema ocorre pela evaporação da água em antigas camadas marinhas, resultando em depósitos subterrâneos de cristais de sal.

O sal-gema é extraído através de métodos de mineração subterrânea, geralmente por meio da dissolução da rocha salina e da extração da solução resultante. Ele é usado em uma variedade de aplicações industriais, incluindo a

fabricação de cloro, soda cáustica, ácido clorídrico e bicarbonato de sódio; na composição de produtos farmacêuticos; nas indústrias de papel, celulose e vidro; e em produtos de higiene, como sabão, detergente e pasta de dente. Também é empregado no tratamento da água e nas indústrias têxtil e na fabricação de armas.

A exploração de sal-gema em Maceió começou em 1976 pela empresa Salgema Indústrias Químicas. Esta empresa foi posteriormente estatizada e, mais tarde, novamente privatizada. Em 1996, mudou de nome para Trikem e, em 2002, fundiu-se com outras empresas para se tornar a Braskem, que é controlada majoritariamente pelo Grupo Novonor²², anteriormente conhecido como Grupo Odebrecht.

A extração de sal-gema em Maceió ocorria em áreas próximas da costa e sobretudo no continente, o que será um dos fatores responsáveis pelos impactos negativos verificados posteriormente.

A extração era realizada através de um processo chamado dissolução. Nesse processo, a empresa cava um poço na profundidade onde o minério pode ser encontrado, podendo estar a mais de mil metros de profundidade. Em seguida, injeta água para dissolver o sal-gema e formar uma salmoura. Depois, essa solução é retirada para a superfície para a extração do sal²³.

Os riscos decorrentes da extração são noticiados desde a década de 1980, sendo possível apontar a existência de artigos científicos datados de 2010 e 2011 nos quais pesquisadores alertavam para o risco da exploração. Em 2010, pesquisadores da Universidade Federal de Alagoas (Ufal) apontavam os riscos de afundamento de bairros de Maceió decorrentes da mineração de sal-gema, conforme se extrai de estudo publicado na revista científica Geophysical Journal International (Acuña; Dantas; Costa, 2010).

Outro estudo, em 2011, publicado na revista científica Engineering Geology, estimou que o afundamento na cidade de Maceió, especificamente na áreas de exposição a extração do sal-gema, poderia atingir até 1,5 metro em algumas áreas da cidade (Acuña; Dantas; Costa; Ferreira, 2011).

No artigo, *a decade-long silent ground subsidence hazard culminating in a metropolitan disaster in Maceió, Brazil*, Vassileva, (et al., 2021), os pesquisadores

²² <https://novonor.com/pt/negocios-e-investimentos;braskem-quimica-e-petroquimica>

²³ <https://umsoplaneta.globo.com/sociedade/noticia/2023/12/04/o-que-e-o-sal-gema-e-por-que-sua-extracao-gerou-problemas-em-maceio.ghtml>

apontaram para a previsibilidade da subsidência de terras em áreas urbanas como consequência do esgotamento das águas subterrâneas, apontando para eventos ocorridos em Teerã, Las Vegas, Pequin e Tucson, o que denota que não se trata de um evento isolado ou desconhecido, havendo farta literatura a respeito.

Os autores destacam que a subsidência do solo como consequência da evaporação do sal, seja induzida natural ou antropogenicamente, data do período Permiano, sendo corrente os graves riscos geológicos para as áreas urbanas sobrejacentes. Apontam os autores que o sal (halita ou NaCl) é a rocha evaporítica mais solúvel e difundida nas regiões continentais, dissolvendo rapidamente e levando à formação de vazios subterrâneos que, à medida que se alargam, podem atingir condições instáveis e provocar o colapso dos tetos desses vazios, e, havendo uma série de falhas sucessivas, pode fazer com que a cavidade migre para cima, atingindo as camadas de cobertura, incluindo o desabamento da cavidade, com efeitos de superfície que podem variar desde a subsidência lenta até o colapso repentino.

Desde 1970, foram instalados um total de 35 poços industriais de extração de salmoura ao longo da costa da Lagoa Mundaú, na área urbana de Maceió, mais precisamente, nos bairros de Mutange, Bebedouro e Pinheiro.

Todavia, apenas em 2018, em virtude de fraturas em edifícios e estradas, após um terremoto de magnitude 2,4, o caso passou a receber maior atenção. Um total de 6.356 edifícios foram classificados como zonas de risco e colocados em demolição pelas autoridades brasileiras, com consequências para 25 mil moradores, que foram ou ainda precisam ser realocados para outros pontos da cidade, e mudanças consideráveis ocorreram no cenário urbano da cidade.

Entre junho de 2018 e setembro de 2019, o Serviço Geológico Brasileiro (CPRM) realizou um levantamento e análise sistemática das diversas causas que poderiam ser responsáveis pelos sismos e afundamento, incluindo o esgotamento da água e a reativação de estruturas geológicas pré-existentes (Vassileva et al., 2021). Segundo os autores, estações sísmicas instaladas recentemente registaram sismicidade muito rasa (hipocentro < 1 km) sob a lagoa e no bairro do Pinheiro no dia 1º de fevereiro de 2019, tendo se observado anomalias negativas (corpos com densidade inferior às rochas circundantes) sobre o sal área de extração. Além disso, também se detectou baixa condutividade a aproximadamente 900 m de profundidade, que corresponde à camada de extração subterrânea. Medições de sonar das

cavidades de sal detectaram migração ascendente e alargamento e colapsos totais ou parciais ocasionais na maioria delas.

Em 3 de março de 2018 houve um evento sísmico com hipocentro de aproximadamente 1 km, tendo sido posteriormente atribuído a um possível colapso da cavidade. As observações geológicas e geotécnicas também identificaram várias descontinuidades muito superficiais visíveis em afloramentos que promoveram efeitos de erosão devido à infiltração de águas superficiais, aumentando ainda mais a instabilidade geológica (Vassileva et al., 2021). Os autores analisaram um período correspondente a 16 anos da evolução espaço-temporal da subsidência na cidade de Maceió, por meio de dados de radar de abertura sintética (SAR), missões de satélites anteriores e atuais, no intervalo de 2004 e 2020, para avaliar as instabilidades geológicas, além de utilizar modelos matemáticos para explicar o padrão de deformação, investigando possível influência de fatores meteorológicos.

No início da série temporal, pelo menos desde o segundo semestre de 2004, manchas de subsidência de formato concêntrico começaram gradualmente a se desenvolver próximo à costa da Lagoa Mundaú com uma velocidade média máxima inicial de aproximadamente 4 cm/ano, e nos anos seguintes, o deslocamento intensificou-se gradualmente para aproximadamente 10 cm/ano em 2007–2008, atingindo aproximadamente 12 cm/ano em 2010–2011 (Vassileva et al., 2021).

No segundo período de cobertura de dados SAR que se estende de 03.2015 a 11.2020, foi observada uma velocidade inicial de subsidência de aproximadamente 12 cm/ano (2015–2016), que é semelhante ao período de 2010–2011, e um ligeiro aumento na velocidade para 17 cm/ano foi observado em 2016-2017, que aumentou drasticamente durante o segundo semestre de 2017, atingindo um máximo de 27 cm/ano (Vassileva et al., 2021). Ainda segundo os autores, à medida que a taxa de subsidência aumentou, a área afetada pela subsidência também aumentou consideravelmente. A velocidade máxima diminuiu para 20 cm/ano desde o início de 2020.

Os principais resultados encontrados pelos pesquisadores citados, são que a subsidência em Maceió (1) começou a evoluir gradualmente há quase duas décadas, com aceleração lenta no início e aceleração mais rápida nos últimos 4 anos; (2) atingiu um valor cumulativo máximo próximo da costa lagunar de aproximadamente 2 m no final de 2020; (3) é atribuível a uma fonte de profundidade entre 600 a 1000 m que coincide com os locais das cavidades salinas; (4) as condições de mineração de sal

ativa/pressurizada e inativa/despressurizada levaram à instabilidade mecânica das cavidades com migração ascendente local e provavelmente colapsos parciais a totais da cavidade; e (5) fissuras desenvolvidas a partir das cavidades deformantes propagadas para cima em direção às camadas mais rasas (Vassileva et al., 2021).

O estudo analisado e seus achados demonstram que se tratava de circunstância cognoscível mediante esforço da responsável pela mineração, haja vista que os dados remontam há quase duas décadas. Ou seja, a própria empresa poderia alcançar os resultados mediante observação e pesquisa. Apesar disso, apenas em 2019 a Braskem contrata estudos independentes para aprofundar a subsidência e encerra a extração de sal.

As consequências dos eventos sísmicos provocados pela exploração de sal-gema, em março de 2018, resultaram em rachaduras nos imóveis, fendas nas ruas, afundamento de sol e crateras, com agravamentos estruturais a partir de então.

A partir de 2019, mais de 14 mil imóveis foram desocupados na região, afetando mais de 55 mil pessoas, cerca de um quinto da área da cidade é identificada como área afetada ou de risco, especificamente os bairros de Pinheiro, Mutange, Bebedouro, Bom parto e Farol, além do isolamento social de áreas como Flexal de Cima, Flexal de Baixo e rua do Marquês de Abrantes.²⁴

Observa-se que os danos aos direitos humanos são significativos na esfera ambiental, porquanto a subsidência possa tornar a área inabitável durante período considerável, implicando em verdadeiro vazio urbano. Além disso, houve deslocamento forçado de pessoas, transformando os moradores das áreas afetadas em refugiados ambientais (El-Hinnawi, 1985).

O conceito de refugiado ambiental utilizado é aquele proposto por Essam El-Hinnawi (1985), quando atuava junto ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que pode ser compreendido, em um sentido amplo, como sendo todas as pessoas deslocadas de seu habitat original, (forçada ou voluntariamente) para se protegerem de danos e/ou para buscar uma maior qualidade de vida, temporária ou permanentemente, por causa de uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada pela ação humana), que colocou em risco sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida. Define-se “perturbação ambiental”, como quaisquer mudanças físicas, químicas, e/ou biológicas no ecossistema que o

²⁴ <https://revistaforum.com.br/brasil/2023/12/12/maceio-beira-do-abismo-as-consequencias-devastadoras-do-rompimento-de-mina-da-braskem-149309.html>

tornem, temporária ou permanentemente, impróprio para sustentar a vida humana ou que traga rebaixamento significativo na qualidade de vida.

A Braskem dispunha de diversos sistemas, compromissos e certificações, o que não foi suficiente para evitar os significativos impactos aos direitos humanos verificados. Adiante o caso será utilizado de forma ilustrativa para demonstrar a insuficiência dos sistemas utilizados para o enfrentamento destes eventos específicos e como a devida diligência pode ser utilizada para evitar ou antecipar estes impactos adversos.

2.4 Reparação e Impunidade

As violações ocorridas na América Latina se relacionam com a conhecida maldição dos recursos.

Considerando que diante de um intenso modelo de globalização os processos produtivos não se concentram em um único local, é natural que as fases de extração de matérias primas, distribuição e comercialização possam ocorrer em diferentes países, de forma que a própria linha de produção não possa ser definida ou submetida a um único ordenamento jurídico.

Este arranjo enfraquece a soberania estatal e influencia a tomada de decisão política pelos Estados, podendo comprometer a liberdade da decisão resultando em escolhas na qual o aspecto econômico é demasiadamente prioritário, não considerando, ou ignorando, as possíveis consequências negativas derivadas.

Muito também é atribuído ao discurso de geração de empregos, desenvolvimento econômico e ampliação do mercado consumidor, desconsiderando-se, contudo, as externalidades provocadas, como alterações na estrutura social, desigualdades, degradação ambiental, redução do marco protecionista, desinvestimento na industrialização local, entre outras.

A alteração dos marcos legais e a maior fluidez e rebaixamento das normas de proteção aos direitos humanos também é um elemento de atração ou condicionamento para o investimento das transnacionais, o que proporciona maior incidência de violações em direitos humanos, notadamente quando o próprio

ordenamento jurídico local não incorporou tratados de direitos humanos ou normas internacionais de proteção ao trabalho ou meio ambiente.

Olsen e Pamplona (2019) recordam que diversas corporações sediadas no hemisfério norte deslocam parte da cadeia produtiva considerada mais agressiva (ou mais danosa) para países do hemisfério sul, em virtude de vulnerabilidade econômica e fiscalização mais condescendente em caso de potencial violação aos direitos humanos.

Ainda segundo as autoras, a globalização teria facilitado a exploração econômica de populações com estrutura jurídica, social e política deficitária pelas transnacionais. Destacam, ainda, que a fragmentação da cadeia produtiva dificulta a responsabilização das empresas transnacionais, transferindo a responsabilidade ou a prática das violações para outras empresas subsidiárias ou parceiras, na tentativa de não relacionar, diretamente, as violações as empresas de maior envergadura.

Sherman III (2020) chamará este movimento de corrida para o fundo, verdadeiro nivelamento por baixo, onde as empresas passam a competir para externalizar a produção para locais com menor proteção aos direitos humanos.

As violações dos direitos humanos escancaram um problema ainda sem solução. Há uma diluição na cadeia de fornecimento de situações de desrespeito aos direitos humanos de modo a transferir responsabilidades e ocultar que determinado produto ou serviço, em alguma medida, contribuiu para aquelas violações. Trata-se de um problema global, se estendendo a diferentes níveis de uma única cadeia, sujeita a diversos compradores e fornecedores que se submetem a diferentes requisitos legais (Sherman III, 2020).

Sendo certo que se está falando na proteção de um direito, a primazia deste não implica na eliminação de um dever, como pondera Bobbio (2004), haja vista que direito e dever são dois termos correlatos, não sendo possível afirmar um direito sem afirmar ao mesmo tempo o dever do outro de respeitá-lo.

Deste cenário surge o debate acerca da responsabilidade empresarial das empresas pelas violações aos direitos humanos praticadas diretamente por si ou relacionadas a cadeia de fornecimento.

Apesar dos significativos eventos de violação de direitos humanos, mesmo alguns sendo verdadeiras catástrofes, há certa impunidade, como noticiado pelo CETIM (2016), o que pode ser atribuído a falta de instrumentos jurídicos de escala internacional ou vontade política de certos Estados. Verifica-se, ainda, que não

apenas há dificuldade em determinar as responsabilidades pelos eventos, mas também alcançar a reparação em favor dos atingidos.

A impunidade é considerada um problema de relevância pela Organização das Nações Unidas, desde quando se trata de violações promovidas pelos Estados, como quando às sociedades empresariais são as responsáveis. A impunidade ocorre não apenas quando ausente mecanismos penais de punição, mas também ausência de responsabilidade civil e administrativa, notadamente para culpabilizar, processar, condenar e indenizar as vítimas (CETIM, 2016).

A Organização das Nações Unidas, por meio da Comissão de Direitos Humanos, desenvolveu um conjunto de princípios para a proteção e promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade (2005) que estabelece cinco grandes princípios: o direito à saber (direito à verdade e dever da memória dos povos); o direito à justiça; o direito à reparação; o direito à ter garantias de que não se repitam as violações; obrigação dos Estados de tomar medidas na luta contra à impunidade.

Para a Comissão de Direitos Humanos da ONU, as violações aos direitos humanos ocorrem na esfera econômica, social e cultural. Contudo, um dos fatores apontados para a impunidade é que, diferentemente das jurisdições penais, o Comitê de direitos econômicos, sociais e culturais não dispõe de poder coercitivo para executar suas decisões (CETIM, 2016).

Em relação às violações cometidas pelas empresas transnacionais, não há normas ou mecanismos específicos que possam afetá-las em escala internacional, e os que existem são insuficientes ou juridicamente não vinculantes (CETIM, 2016). Como será observado posteriormente, a ausência de um documento internacional vinculante é apontada com um dos principais fatores para a impunidade.

Nada obstante, há documentos internacionais vinculantes que podem, em alguma medida, exigir comportamentos das empresas na proteção dos direitos humanos, como apontado pelo CETIM (2016). É o caso do Convênio da Basileia sobre controle de movimentos transfronteiriços de dejetos perigosos e sua eliminação; a Convenção de Bamako sobre a proibição da importação de dejetos perigosos à África e sobre a fiscalização dos movimentos transfronteiriços e o manejo dos dejetos perigosos produzidos na África; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (esta, inclusive, com previsão específica no art. 26, de responsabilidade penal da pessoa jurídica); Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra à mulher; dentre outras (CETIM, 2016).

Apesar disso, a impunidade se perpetua, existindo diversa dificuldade tanto na responsabilização como na reparação, não tendo os documentos existentes sido suficiente para coibir este fenômeno ou buscar alternativas para as reparações.

Muito da discussão se encaminha para a necessidade de estabelecer um documento vinculante às sociedades empresariais, notadamente às transnacionais. Sem prejuízo de outras iniciativas promovidas pela Organização das Nações Unidas e de países como a Suíça, a França e a Alemanha, que desenvolvem ferramentas de responsabilização e cuidado na cadeia de fornecimento, analisadas com mais vagar adiante.

A reparação dos danos é outro ponto que desperta debates, sobretudo diante da existência de entraves ao acesso à justiça, como noticiado. Diante disso, como será oportunamente apresentado, a ONU, através dos princípios orientadores para empresas e direitos humanos, dedicou um conjunto específicos de princípios para o eixo reparar.

Assim, a proteção aos direitos humanos envolve não apenas a análise sobre o dever de respeito pelas empresas, mas também pela necessidade de se desenvolver mecanismos aptos a avançar sobre a impunidade, responsabilizado às empresas que de alguma medida possam ter contribuído para violação aos direitos humanos e, sobretudo, que permita às vítimas a reparação dos danos sofridos.

O desenvolvimento das liberdades, o respeito aos direitos humanos e o enfretamento às violações não passa ao largo da função da educação e da cultura cívica. É necessário que o programa emancipatório dos direitos humanos alcance vigências coletivas majoritariamente compartilhadas (Perez Luño, 2021).

É a aceitação social generalizada dos direitos humanos que afasta o risco de proteção precária que possa ser exercida pelo Estado, quando este é o único a proteger.

Apenas quando os direitos humanos estão inscritos na consciência cívica pode-se alcançar a desejada proteção, porquanto as instituições embora necessárias não são suficientes para o efetivo usufruto das liberdades. Para tanto é necessário educação nos valores e princípios que norteiam as liberdades e os direitos humanos (Perez Luño, 2021).

Trata-se de se construir consensos mínimos, como proposto por Habermas e a teoria consensual dos valores, afastando-se da tirania ideológica para a construção dialética e comunicativa, respeitando-se a tolerância e a multiplicidade de visões de

mundo, afastando-se, contudo, de um relativismo e dissolução de valores éticos jurídicos e políticos.

Eis a construção de uma razão pública, como proposta por John Rawls (2011), descartando-se a esperança da existência de uma comunidade política que professe uma única doutrina abrangente, embora seja possível um consenso por sobreposição.

O liberalismo político de John Rawls é uma doutrina construtivista, na qual os valores ético-políticos resultam de um processo orientado pela razão e de ideias apresentadas pelos indivíduos e pela sociedade que se afigurem razoáveis. Estas visões e concepções se sobrepõem e, ainda que sejam contraditórias, convergem para um consenso, exigindo-se, contudo, que os desacordos ou acordos se expressem por meio da argumentação racional e não sejam provocados por preconceito, desorientação ou pela ignorância (Rawls, 2011, p. 67).

Com isso, ideologias divergentes pactuam a aceitação de alguns valores, direitos ou princípios comuns, embora mantenham diferenças interpretativas. Os direitos humanos funcionam como consenso mínimo, não havendo ideologia ou discurso capaz de negá-los racionalmente.

Outra face dos consensos mínimos é o limite da tolerância. Uma vez estabelecido que as visões divergentes encontrarão um ponto de convergência, haverá todo um conjunto de arestas e contradições que precisam coexistir. Contudo, não parece ser possível a tolerância das visões pluralísticas de forma irrestrita. Os limites são conhecidos desde a revolução francesa, ressurgindo de tempos em tempos.

Giovani Sartori (2001) sistematiza estes limites a partir do estabelecimento de três critérios. O primeiro consiste em proporcionar argumentos sobre o que deve ser considerado intolerável. O segundo critério é o princípio de não causar danos, ou seja, não se deve tolerar comportamentos que contenham um mal ou um dano. O terceiro é o critério da reciprocidade, ao sermos tolerantes podemos exigir dos demais que nos tolerem.

Desta forma, identifica-se que o problema do respeito aos direitos humanos deve ser considerado uma prioridade, sendo intolerável às violações, independente de quem as promova. Sendo assim, não se deve tolerar comportamentos empresariais que na busca do lucro produzam o mal ou causem danos à terceiros, notadamente em relação aos direitos humanos.

Uma vez estabelecida a existência de casos de violação de direitos humanos por empresas, muitos dos quais demasiadamente graves, bem como diante da impunidade e dificuldade de reparação dos danos, é necessário aprofundar o debate e analisar mecanismos que tratam desta relação e sua aptidão para alterar o cenário analisado.

Como antecipado, o presente trabalho pretende demonstrar a aptidão da devida diligência para o enfrentamento dos casos de violação aos direitos humanos, todavia, para atingir este objetivo, é necessário observar outros mecanismos e políticas desenvolvidas. Estas outras ferramentas merecem ser descritas e pontualmente observado sua adequação para o conflito entre os direitos humanos e a atividade empresarial. Ademais, algumas destas ferramentas acabam por confirmar ou sugerir a necessidade da implementação da devida diligência em direitos humanos.

3 EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE SOBRE OS MECANISMOS UTILIZADOS E SUA EFICIÊNCIA

É inegável que o atual processo de globalização contribui para o fenômeno o aumento de eventos negativos envolvendo empresas e direitos humanos. Esta dependência recíproca entre Estados resultou em uma erosão de poder para controle dos problemas e consecução dos objetivos, reclamando esforços de cooperação internacional diante da dimensão global das violações (Perez Luño, 2021).

Isso reclama mecanismos de supraestatalidade normativa, nos quais há uma adoção de regras jurídicas comuns em ordenamentos jurídicos diferentes, por meio de atos de aceitação da estrutura normativa de organizações internacionais ou supranacionais, ou ainda pelo reconhecimento implícito de normas jurídicas fora da área em que foram promulgadas (Perez Luño, 2021).

Os espaços supraestatais são polarizados por órgãos multilaterais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial do Comércio, entre outros, conglomerados empresariais, instituições financeiras, entidades não-governamentais (Faria, 1997), onde cada qual pretende alcançar seus objetivos a despeito dos interesses dos Estados ou da sociedade.

Em adição, a ordem jurídica do Estado-nação encontra outra limitação estrutural, são singelas demais para disciplinar as situações complexas que tem surgido, notadamente diante de sua padronização normativa, construção a partir dos princípios da impessoalidade, generalidade e abstração, organizadas em um sistema lógico-formal fechado, incapaz de regular e disciplinar de forma coerente fatos multifacetados e heterogêneos (Faria, 1997).

Neste cenário, o Estado perde seu poder de impor a ordem jurídica aos conglomerados, mormente porque estes podem escolher onde atuar, a que regras se submeter, optando por países que oferecem melhores contrapartidas aos seus investimentos. Com isso, o Estado não consegue disciplinar de forma satisfatória exclusivamente pelos instrumentos jurídicos tradicionais, fazendo com que o alcance seja reduzido diante de estruturas empresariais complexas ou conglomerados de interesses econômicos internacionais.

Para Faria (1997) este contexto complexo faz com que os Estados percam os limites fáticos da sua soberania, perdendo a capacidade de regular direta e de forma

centralizada as situações sociais e econômicas, muito em virtude da proliferação das fontes materiais do direito, o que implica na perda do controle da racionalidade sistêmica de seus códigos em detrimento de uma normatividade particularizada, específica e finalística.

O autor identifica o movimento da desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, o qual encontra espaço em virtude de um necessário cálculo de custo/benefício, considerando que o legislador, a despeito da tentativa, não consegue obter resultados eficazes e satisfatório, optando por diminuir sua atuação, a fim de que quanto menos disciplinem e intervenham, menor será o risco de inefetividade do instrumento regulatório e dos mecanismos de controle, com isso, abre-se caminho para a articulação de sistemas internos e externos operados por outros atores, conforme as conveniências (Faria, 1997).

Assim, diante de múltipla normatividade, sucumbindo a ideia de interesses gerais e universais, indaga-se como é possível a defesa dos direitos humanos em face dos demais atores econômicos, quando são criados para serem opostos contra o Estado e este não dispõe mais de estrutura normativa apta a regular todo o complexo fático.

Embora haja aparente regressividade na proteção dos direitos humanos, notadamente em detrimento dos novos agentes econômicos e de poder, como apontado por Faria (1997), observa-se significativo avanço na construção de novos conjuntos normativos internacionais, embora ainda não suficientes para enfrentar o problema ou cuja maturidade ainda não tenha sido atingida.

Não é possível discordar da posição de Faria (1997) quando aponta que as condições atuais apresentam um desafio para a efetividade dos direitos humanos e da democracia. Da mesma forma, concorda-se com a opinião de que a luta pela universalização e efetividade dos direitos humanos significa implementar e executar programas emancipatórios nos espaços não-estatais, a partir do princípio da reciprocidade e não nos primados da competitividade e da produtividade, do individualismo e da monetização do indivíduo (Faria, 1997).

Estabelecidas estas premissas, é importante compreender o atual estágio do complexo normativo preponderantemente não-estatal na proteção dos direitos humanos em face dos atores econômicos, especificamente as sociedades empresariais e sua capacidade de enfrentamento ao problema da violação dos direitos humanos. Em certa medida, será possível responder as indagações de Faria (1997)

e verificar se o movimento de regulação não estatal (deslegalização, desregulamentação e desconstitucionalização) é adequado para proteção dos direitos humanos em face das empresas.

3.1 As normas de responsabilidade de corporações transnacionais e outras empresas em relação aos direitos humanos

Há um movimento em defesa de um documento internacional vinculante capaz de compelir as sociedades empresariais a respeitar os direitos humanos e ser responsabilizadas pelas violações, o qual é conhecido como “as normas”, elaborado por um grupo de trabalho junto à Organização das Nações Unidas (ONU), embora haja mais de uma iniciativa.

Considerando que as corporações multinacionais estão entre os órgãos com mais poder que muitos Estados, este fato deveria despertar a exigência do cumprimento de um dever e da responsabilidade pelos direitos humanos.

O texto das Normas de Responsabilidade de Corporações Transnacionais e Outras Empresas em Relação aos Direitos Humanos foi o primeiro esforço orientado para o desenvolvimento dos padrões internacional com efeito vinculante.

As normas foram a primeira iniciativa do gênero de natureza não voluntária e automaticamente vinculante para as empresas, o que teria surpreendido governos e sociedades empresariais.

As normas dispunham sobre direitos relevantes para os negócios, incluindo não discriminação, segurança pessoal, padrões de trabalho, direitos indígenas, entre outros, além da imposição às companhias de responsabilidade por direitos que ainda não havia sido internacionalmente reconhecidos.

Inicialmente verificou-se divergência quanto aos direitos que deveriam ser protegidos, havendo àqueles que pretendiam que apenas direitos essenciais encontrassem espaço no documento, existindo muitos contrários a esta ideia. A despeito disso, como destacado por Ruggie (2014) a tendência, diante da ambição do documento, era a criação de uma base jurídica abrangente.

Para o documento, haveria uma obrigação geral das corporações transnacionais e outras empresas de negócios, no âmbito de suas respectivas esferas

de atividade e influência, promover, assegurar o cumprimento, respeitar, garantir o respeito e proteger os direitos humanos, sem prejuízo da obrigação atribuída aos Estados.

Muito da discussão que seguiu com sua elaboração deveu-se a intransigência das sociedades empresariais que defendiam que caberia aos Estados a proteção e promoção dos direitos humanos. As normas pretendiam impor deveres relacionados aos direitos humanos às empresas, incluindo o cumprimento dos direitos diretamente pelas empresas.

Segundo Ruggie (2014) ao obrigar as empresas e corporações a toda uma gama de obrigações vinculantes relativa aos direitos humanos, haveria uma redução da capacidade dos governos tomarem decisões. Em lugares onde a governança é fraca, a transferência de obrigações para as empresas poderia resultar no esvaziamento dos incentivos políticos internos para que os governos se tornassem mais reativos e responsáveis pelos próprios cidadãos.

As normas deveriam seguir o caminho dos tratados internacionais para obter validade, todavia, o caminho é demasiadamente tortuoso e pouco pragmático. Como destacado por Ruggie (2014), para que as normas internacionais se tornem juridicamente vinculantes deve haver uma adesão dos Estados e sua ratificação e, com isso, pode demorar demasiadamente para serem negociados e entrar em vigor, a depender da amplitude do âmbito e do nível da controvérsia.

Embora as normas fossem uma reação compreensível, o caminho dos Tratados Internacionais não é simples e poderia resultar em uma maior dificuldade para amadurecimento do tema.

No caso específico, Ruggie (2014) observou que o problema empresas e direitos humanos era uma preocupação relativamente nova, havendo pouco consenso a respeito. Além disso, o autor indicou que o debate apenas se tornava relevante momentaneamente, quando diante de algum evento ou crise grave. Não bastasse isso, alguns Estados relutaram a trabalhar no tema, limitando-se a apontar negociações internas em andamento, expressando preocupação quanto à imposição sobre as companhias de uma gama maior de obrigações internacionais, sob o risco de que isso pudesse reduzir as funções e deveres essenciais dos Estados.

Ainda em tom de crítica, Ruggie (2014) observa que os tratados de direitos humanos são menos eficazes justamente nos países em que são mais necessários. Ou seja, em regra, as adesões ocorrem em países que são parcialmente

democráticos, possuem instituições civis fortes, tem compromissos com o estado de direito e instituições jurídicas nacionais funcionando razoavelmente.

Por fim, há o problema da execução dos tratados, não havendo tribunais capazes de compelir ou obrigar os países sobre o tema. Havendo muito mais uma preocupação quanto à posição competitiva das empresas o que justifica uma oposição a submissão de uma jurisdição extraterritorial, como aponta Ruggie (2014).

A crítica não implica em desistir da possibilidade de utilizar um marco normativo vinculante internacional, mas que isso possui dificuldades importantes o que reclama a adoção de meios paralelos, pragmáticos e mais urgentes, o que faz necessário analisar as iniciativas voluntárias desenvolvidas utilizadas pelas empresas.

3.2 Pacto Global

Insiste-se neste trabalho que no último século ocorreram mudanças significativas na forma de organização da sociedade, notadamente em virtude de alteração do processo produtivo e econômico, da produção de bens de consumo e nas repercussões do modelo econômico-social próprio da pós-modernidade.

Muito da mudança deve-se ao elemento da instantaneidade das relações. As trocas realizadas entre os atores envolvidos nas relações comerciais tornaram-se muito mais imediatas, desta forma os impactos produzidos acabam por se aprofundar, repercutindo no meio ambiente, na sociedade e, sobretudo, nos direitos humanos, servindo a ética como chave interpretativa.

A adoção deste modelo econômico-social faz com que alguns autores reflitam se a hipótese orienta-se para uma hipertrofia do mercado a qual, por sua vez, atrofia o Estado. O desenvolvimento deste modelo caminha para a internalização social de uma economia de mercado. Michael J. Sandel (2012, p.16) ao analisar o tema, aponta que “uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar em que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado”.

A penetração da esfera econômica na sociedade, a qual se aprofunda cada vez mais, desperta preocupação, mormente em virtude de todas as consequências decorrentes deste fenômeno, resultando em um movimento mundial pela busca de um comportamento responsável a ser adotado pelas sociedades empresariais.

Um destes fenômenos relevantes é o Pacto Global das Nações Unidas.

O Pacto Global foi lançado pelo Secretário-geral das Nações Unidas, em 2000.

Trata-se de uma importante iniciativa de sustentabilidade corporativa em âmbito mundial, contando com o apoio da Assembleia Geral das Nações Unidas, além de ter sido reconhecido em outros contextos intergovernamentais.

Em 20 de dezembro de 2018, a Assembleia Geral da entidade, por meio da Resolução 73/254 (ONU, 2019), reconheceu o papel vital do Pacto Global no fortalecimento da capacidade da Organização das Nações Unidas em agir estrategicamente em parceria com o setor privado, notadamente avançando em práticas negociais responsáveis e em consonância com os valores do órgão.

A ONU pretende sensibilizar as empresas comprometidas com a sustentabilidade na busca de um mundo melhor para as atuais e futuras gerações. Para consecução de sua finalidade, o Pacto Global apoia as empresas a realizar seus negócios com responsabilidade, alinhando as estratégias e operações comerciais com os dez princípios do Pacto Global, a seguir descritos. Além disso, outro eixo de ação é a realização de ações estratégicas para promoção de objetivos sociais mais amplos, atualmente alinhados aos objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS) preconizados pela própria ONU, os quais serão abordados quando for tratado da Agenda 2030.

Segundo se extrai do programa Pacto Global (2021), a sustentabilidade deve ser compreendida como uma abordagem baseada em princípios para realização de negócios. Dito de outro modo, agir de forma sustentável implica cumprir responsabilidades essenciais nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção, independentemente da área em que as empresas atuam, as empresas responsáveis devem adotar os mesmos valores e princípios.

O Pacto Global define-se como sendo a única autoridade normativa global e ponto de referência para ação e liderança em um movimento global orientado para a sustentabilidade. A estratégia construída para alcançar este fim foi construída sobre cinco elementos principais, cada um representando um conjunto específico e deliberado de escolhas sobre os objetivos, os parceiros e os pontos de concentração da atividade e na definição do modo de agir.

A estratégia da ONU para o Pacto Global é estabelecida a partir de dois caminhos principais: as empresas responsáveis e ecossistemas facilitadores. Os ecossistemas facilitadores são compreendidos como comunidades e redes globais

que encorajam, auxiliam e apoiam a consecução das metas globais e dos dez princípios. Às empresas cabe o desenvolvimento de suas próprias atividades observando os dez princípios e as metas globais.

A estratégia global para 2021-2023 inclui cinco principais mudanças, a seguir descritas.

Pretende-se, por meio das Empresas Holding, torná-las mais responsáveis, fazendo o possível para que estas, mais que as outras, alcancem maior estágio de progresso em sustentabilidade corporativa e práticas de negócios responsáveis, por meio de metas específicas e mensuráveis e responsabilização.

Busca-se, ainda, um crescimento equilibrado das redes locais e regionais por meio da capacitação do Pacto Global, construindo ecossistemas nacionais mais dinâmicos, o que deve ajudar a lançar novas redes nacionais e regionais do Pacto Global, sendo o foco principal o Sul Global, China e Estados Unidos.

A medição do impacto em áreas prioritárias é outra mudança esperada. O Pacto Global pretende se concentrar nos Dez Princípios para liderar ações em cinco Objetivos Globais prioritários, igualdade de gênero (ODS 5); trabalho decente e crescimento econômico (ODS 8); ação climática (ODS 13); paz, justiça e instituições Fortes (ODS 16); e parcerias (ODS 17).

Consignado que o Pacto Global abrange também pequenas e médias empresas, uma das estratégias parte da observação de que estas são responsáveis por mais de 50% dos empregos no mundo, o que justifica a necessidade de desenvolver programas transversais que alavancam ferramentas digitais e cadeias de valor para estas empresas.

Por fim, o último pilar estratégico consiste em envolver-se mais ativamente com as Nações Unidas e seus parceiros, aprimorando a colaboração nos níveis global e nacional com agências das Nações Unidas e equipes nacionais das Nações Unidas.

Os princípios que fazem parte do Pacto Global, o qual pretende fazer com que as empresas aliem suas estratégias a estes, operam nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção, desenvolvendo ações capazes de contribuir para o enfrentamento deste desafio. O Pacto Global consiste em importante iniciativa de sustentabilidade corporativa, embora não tenha natureza jurídica de instrumento regulatório ou um código de conduta, funciona como iniciativa voluntária que apresenta diretrizes para a promoção do crescimento sustentável e da cidadania.

A iniciativa advoga a defesa de 10 princípios considerados universais, extraídos de documentos internacionais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

O Pacto Global (2018) advoga os seguintes princípios: no eixo direitos humanos, “as empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente” e “assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos”. No eixo trabalho: “as empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva”; “a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório”; “a abolição efetiva do trabalho infantil”; “eliminar a discriminação no emprego”. Em meio ambiente “as empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais”; “desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental” e “incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis”. Por fim no eixo anticorrupção o princípio dez dispõe que “as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina”.

Compreendendo os direitos humanos de forma mais ampla, verifica-se que todos os princípios se inserem este conceito. Não há dúvida que temas como meio ambiente e combate à corrupção possam ser conceituados como direitos humanos de terceira geração, como defendido neste trabalho.

A grande crítica existente em relação ao Pacto Global, é justamente em virtude da voluntariedade. Embora, assim como outras iniciativas, seja um campo importante de atuação, ainda mais tratando-se de iniciativa mundial, há problemas relativos ao cumprimento, além do descompasso entre o discurso e a prática. Há empresas que fazem parte do Pacto Global embora estejam envolvidas em situações nas quais os direitos humanos foram impactados demasiadamente. Isso implica dizer que fazer parte da iniciativa não é uma garantia de cumprimento ou de resultados significativos.

Cuida-se, assim como outras iniciativas, de diretrizes, sem consequências tangíveis em virtude do descumprimento ou identificação de instrumentos de coerção ou dissuasão.

3.3 ESG (environmental, social and governance)

O Pacto Global é responsável pela promoção da iniciativa ESG (environmental, social and governance).

O termo foi apresentado em na publicação *Who Cares Win* (2005), conjuntamente entre o Pacto Global e o Banco Mundial. Na conferência que deu origem a publicação, orientou-se aos países e investidores, diretrizes de sustentabilidade, considerando-se todos os *stakeholders*.

Richard West (*Who Cares Win*, 2005) apresentou a importância dos fatores ESG, defendendo como pontos principais aspectos relacionados à consumo de energia sustentável, abastecimento de água, saúde (responsabilização decorrente de indústrias como de amianto e tabaco), mudanças climáticas e custos de seguro e litígio, risco de reputação quanto a emprego de trabalho infantil, poluição. Além disso, destacou como característica importante a possibilidade de recompensa alinhada a criação de valor para os acionistas.

Na referida conferência definiu-se que os fatores ESG devem se referir a investimentos de longo prazo. Esta definição implica na necessidade de alterar a mentalidade dos investidores tradicionais, os quais são orientados para o curto prazo. Este, inclusive, foi destacado no relatório *Who Cares Win* (2005) como um dos principais desafios em uma pós-modernidade marcada pelo imediatismo.

Decorrida mais de uma década, é possível dizer que os fatores ESG obtiveram grande visibilidade do mercado financeiro, notadamente na análise de risco para tomada das decisões de investimentos. Este movimento, impulsionado pelo mercado de investimentos, provocou as sociedades empresariais sujeitas ao aporte de capitais do mercado, a buscarem adequação aos fatores ESG.

Estes fatores parecem orientar a alteração entre a primazia inicial do *shareholder* e o papel ativo e de relevância do *stakeholder*, o que pode representar uma superação da máxima de Milton Friedman da Escola de Chicago. Pode-se afirmar que se trata da mudança de um capitalismo de hostilidade para um capitalismo orientado a todos os interessados e impactados por suas escolhas, não mais tendo o acionista como único protagonista destinatário da atividade empresarial e suas consequências (Freeman, 1984; Friedman, 1962).

Verifica-se uma crescente preocupação com os fatores ESG, ainda que sob orientação do viés do lucro. É possível afirmar que os fatores ingressaram, ainda que indiretamente, no cálculo dos riscos e vantagens para o investidor a longo prazo. Os riscos ESG podem se materializar como custo financeiro inversamente proporcional ao risco de violação, ou seja, quanto menor o risco, maior a propensão a geração de valor para os investidores a longo prazo.

Atuar conforme os padrões ESG, segundo defendido pelo Pacto Global (Who Cares Win, 2005) amplia a competitividade, tanto no mercado interno como no exterior. O cenário atual, segundo se extrai, as empresas passaram a ser acompanhadas de perto pelos seus diversos stakeholders, servindo os fatores ESG como indicação de solidez, custos mais baixos, melhor reputação e maior resiliência em meio às incertezas e vulnerabilidades.

Os padrões ESG operam em um cenário de múltiplas iniciativas, atuando conforme os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, aproximando de aspectos da Responsabilidade Social Corporativa (RSC) e da Conduta Empresarial Responsável (OCDE, 2011).

Há uma tentativa de transcender o lucro isoladamente considerado, buscando outros elementos de valor como sendo importantes para o comportamento responsável da empresa, todavia, o lucro continua a ser o primeiro fator de mensuração de êxito. Embora a transcendência caminhe para a função social da empresa, além do lucro, pautada pelo cumprimento dos objetivos constitucionais previstos no art. 3º, I, da Constituição Federal, ou seja, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é o lucro o elemento distintivo. É justamente a capacidade de gerar valor no longo prazo que é considerada preponderante.

Os padrões ESG manifestam-se por meio das esferas ambiental, social e de governança. No fator ambiental, destaca-se a preocupação com demandas relacionadas ao aquecimento global e emissão de carbono, poluição do ar e da água, biodiversidade, desmatamento, eficiência energética, gestão de resíduos, entre outros aspectos ambientais. No eixo social, identifica-se ações voltadas à satisfação dos clientes, proteção de dados e privacidade, diversidade, relacionamento comunitário e respeito aos direitos humanos e às leis trabalhistas. Quanto ao padrão governança, práticas relacionadas a *compliance*, corrupção, transparência, relação com entidades governamentais e políticos, prevenção do abuso do poder financeiro e defesa do consumidor são as mais referenciadas.

Analizando o conteúdo dos fatores ESG, observa-se que estes, em muitos aspectos, se relacionam com direitos humanos, encontrando nestes, caixa de ressonância.

Neste ponto, reside uma crítica, conforme observada por Vasconcelos (2021) tendo em vista que porquanto reproduzam direitos humanos, os Fatores ESG deveriam necessariamente ser cumpridos, independentemente de incentivos externos. Isso intui que a adoção dos fatores ESG se torna pouco significativa se a pretensão for apenas a indicação de que os direitos humanos são respeitados, ainda mais quando está ausente a possibilidade de demonstração objetiva e mensuração deste cumprimento.

Outro aspecto a ser observado é que ao passo que os fatores ESG reproduzem direitos humanos, a defesa da aplicação destes fatores e a divulgação ostensiva do cumprimento, pode apontar para uma tentativa de captura do social pelo econômico, o que constitui um problema que se localiza no limite da ética.

Este mecanismo parece alterar a lógica ética. Enquanto o cumprimento dos direitos humanos devesse ser objetivo a ser perseguido por todos, sobretudo por constituir representação do princípio da solidariedade e por constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, parece incongruente o tratamento da matéria a partir de um viés exclusivamente econômico, o que resulta em atribuição de preço a produto não econômico, ainda mais por se tratar de uma responsabilidade pública.

O respeito aos direitos humanos não pode ser limitado pelo campo econômico, ao revés, são normas sociais relacionadas ao espírito público, devendo serem dissociadas do pensamento utilitarista. Como destaca Sandel (2012, p. 118), entender as normas apenas como maneiras produtivas de motivação, do ponto de vista do custo-benefício, significa ignorar o valor intrínseco que os direitos humanos carregam, convertendo o cumprimento e o respeito a estes direitos a partir de uma métrica econômica, se é ou não lucrativo.

A precificação de uma obrigação, o respeito aos direitos humanos, pode desalojar valores inerentes a atividade, transferindo o filtro da ética para o econômico, de modo que a atenção preponderante recaia sobre a vantagem financeira que pode ser extraída, sobre os riscos econômicos que o descumprimento possa trazer e a rentabilidade no longo prazo. Desvia-se a atenção para o problema imediato, o

desrespeito aos direitos humanos e os impactos negativos decorrentes da atividade empresarial, em direção a aspectos econômicos e utilitaristas.

Ao problema do ESG importa especificamente o argumento da objeção da corrupção, como propõe SANDEL (2012), diante do potencial de desalocar os valores, firmados na ideia dos princípios, sobretudo, da solidariedade e fraternidade, monetarizando-os. Assim, os valores inerentes e primordiais perdem relevância no discurso em detrimento da simples aplicação dos valores e linguagem do mercado.

Ainda que possam servir de incentivo comportamental, os padrões ESG não aprofundam a discussão da causa principal, o desrespeito aos direitos humanos. Por conseguinte, as violações aos direitos humanos são convertidas em linguagem econômica, na apreciação do lucro, em uma leitura binária (lucro/prejuízo). Com isso, o problema se dissolve, não encontrando espaço para a solidariedade na equação uma vez que os direitos humanos operem em uma lógica diferente do lucro, da vantagem econômica e da razão custo-benefício.

Conclui-se, portanto, que o não cumprimento dos fatores ESG, enquanto correspondam a direitos humanos, implica, ao fim e ao cabo, em violação a estes direitos, entretanto, ao utilizar-se da linguagem econômica, a violação é compreendida apenas sob o viés econômico. Há captura dos valores, princípios e do dever de respeito aos direitos humanos, realizada pelo mercado, sem que exista resposta à violação ou tratamento adequado à matéria. Para os fatores ESG a violação implicará na perda de valor econômico da empresa, simplesmente a empresa deixa de ser um ativo interessante, ou, pior, quanto maior a queda e a repercussão negativa de uma violação, maior o interesse econômico, diante da deficiência da relação preço-valor.

A crítica realizada não implica a opção pela exclusão dos padrões ESG, mas, ao contrário, em revelar que estes não servem, como empregados atualmente, para o tratamento do tema empresas e direitos humanos. Todavia, tratando-se de iniciativa consolidada, mostra-se necessário o aprofundamento da discussão e o aprimoramento do instituto, principalmente por meio da utilização de ferramentas como a devida diligência, podendo esta ser pré-requisito necessário para que as empresas possam operar utilizando dos padrões ESG.

Inclusive há tendência para alinhar o fator S (Social) aos princípios orientadores para Empresas e Direitos humanos da ONU, como será posteriormente observado.

3.4 NBR 16001 e ISO 26000

Em mundo complexo e acelerado, sem tempo para verificação do cumprimento de padrões e conformidades, as certificações encontraram espaço como forma de confirmar que determinados entes cumprem certas normas e padrões e, portanto, podem ostentar esta condição.

A International Organization for Standardization – ISO é uma das instituições mais conhecidas e respeitadas no mundo pelo processo de padronização e certificação. Trata-se de organização sem fins lucrativos que desenvolve e publica padrões possíveis, composta por membros de 167 países, com o intuito promover a meta da padronização.

A padronização é promovida desde aspectos técnicos, como a ISO 1, referente a especificação geométrica de produtos e padrões de referência de temperatura até padrões de impacto ambiental, como a ISO 14001.

Em 2001 é desenvolvida a ISO 26000, a qual promove diretrizes para responsabilidade corporativa, focada em meio ambiente, comportamento empresarial ético e direitos humanos. A ISO afirma que a finalidade da ISO 26000 não é a certificação, mas o esclarecimento sobre o que é responsabilidade social, auxiliando as empresas e organizações a transformar princípios em ações eficazes, compartilhando as melhores práticas relacionadas à responsabilidade social.

Os padrões pretendem representar consenso entre representantes do governo, ONGs, indústria, grupos de consumidores e organizações trabalhistas.

No Brasil a norma equivalente é a NBR 16001/ABNT, a qual define responsabilidade social corporativa como um imperativo ético e transparente que contribua para o desenvolvimento sustentável, inclusive saúde e bem-estar social, considera as partes interessadas, esteja em conformidade com a legislação e normas internacionais, devendo estar integrada em toda a organização e em suas relações.

Atualmente há um movimento de aproximação entre os padrões ISO 26000 e as Diretrizes da OCDE e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS – da Agenda 2030. Há, com efeito, uma aproximação entre os temas, servindo estes outros dois conjuntos de diretrizes e objetivos como ferramentas complementares e metas a serem perseguidas.

Ao dispor dos ODS, apontando que seu desenvolvimento é anterior a Agenda 2030, a ISO (2018) aponta que o nível de responsabilidade social de uma organização influencia tudo, desde sua reputação até sua capacidade de atrair funcionários de alto calibre e seu relacionamento com fornecedores, clientes e comunidades onde ele opera. Aponta, ainda, que as diretrizes oferecem orientação que contribuem para o desenvolvimento sustentável, ajudando as empresas a entender seus impactos sociais; identificar, envolver e respeitar as expectativas das partes interessadas; definir quais questões são relevantes e significativas para serem priorizadas; além de propor um comportamento responsável na organização e em seus relacionamentos.

Com isso, reconhece que está alinhada a Agenda 2030 e os ODSs, propondo analisar os princípios básicos (direitos humanos; práticas trabalhistas; meio ambiente; consumidores; práticas operacionais justas; envolvimento e desenvolvimento social; governança) e indagar qual o papel da empresa ou organização na sociedade e quais os impactos negativos provocados e qual valor criado para o desenvolvimento sustentável.

Sugere ainda criar um mapa das partes interessadas e uma lista de expectativas que afetam ou são afetados pela organização, verificando que melhoria contínua do comportamento social pode ser promovida no curto e no longo prazo. Por fim, a ISO (2018) faz referência à autoanálise por meio do uso da devida diligência (*due diligence*) como forma de encontrar lacunas entre o modelo atual e as orientações apresentadas.

Quanto à ABNT 16001:2012, em que pese apontar, como elementos de escopo e planejamento o respeito aos direitos humanos e sua utilização como um dos temas centrais para a organização identificar questões pertinentes a sua responsabilidade, sua indicação não é prioritária. Destaca-se que a norma oferece um anexo apontando elementos para realização da devida diligência visando prevenir, evitar ou mitigar os impactos negativos significativos, reais e potenciais no meio ambiente, economia, sociedade e partes interessadas, não abrangendo os direitos humanos diretamente.

A ferramenta, contudo, serve aos mesmos propósitos das Diretrizes da OCDE, portanto a similaridade identificada pela própria organização, estabelecendo como foco uma conduta empresarial socialmente responsável. Assim, há uma finalidade na definição destes padrões, estabelecer um modelo de empresa ou organização com responsabilidade social e orientada ao desenvolvimento

sustentável. Não se trata de um modelo de certificação, mas de criar normas de conduta internacionalmente aceitas.

A crítica que recai sobre o modelo é a mesma observada em outras iniciativas semelhantes, a voluntariedade, mas também a possibilidade de captura deste padrão com o intuito de divulgar e promover a conformidade. O problema será melhor observando a seguir, ao tratar da responsabilidade social corporativa.

Contudo, não se ignora que a ISO 26.000 indica um movimento global de responsabilidade social e de preocupação com os impactos das empresas sobre os direitos humanos (o qual inclui meio ambiente, corrupção, condições de trabalho, direitos do consumidor). Logo, verifica-se que serve a construção de um ecossistema válido e importante, o qual encontra por si só razões de alinhamento com outras iniciativas globais que pretendem alcançar a mesma finalidade.

Sem prejuízo disto, não se nega que a iniciativa, isoladamente considerada, ainda é insuficiente, depende da voluntariedade das empresas e, mesmo empresas que adotam os padrões de comportamento, podem estar sujeitas a significativos impactos aos direitos humanos sem conhecê-los ou sem tratar do problema com a necessária diligência.

3.5 Responsabilidade Social Corporativa

A discussão sobre a responsabilidade social corporativa surge em um cenário no qual de um lado há uma cultura oficial de que as empresas são socialmente responsáveis e de outro uma consciência amplamente difundida de que as empresas são corruptas e inescrupulosas (Fisher, 2020, p. 80).

Ao menos desde o início do século XX utiliza-se a expressão responsabilidade social voltada à necessidade de a indústria assegurar um equilíbrio justo entre os diversos interesses envolvidos com a atividade, com os públicos, os consumidores, os funcionários e os acionistas (Benedicto *et al*, 2014a).

Aprimorado o conceito, posteriormente a literatura apontou, ainda no início do século, para preocupação quanto à mecânica da produção, compreendendo que esta era secundária em relação ao elemento humano. Com isso, houve uma ampliação do

debate para questões relacionadas a um conjunto de princípios e valores relevantes para a sociedade (Orchis et al, 2000).

Segundo se extrai da literatura especializada, a responsabilidade social aproxima-se da atuação filantrópica e da cidadania participativa. Para Benedicto (et all, 2014a), o conceito pode ser associado a atitude proativa das organizações privadas frente aos problemas da comunidade, assumindo conduta transformadora e consciência da responsabilidade cívica e da relação entre direitos e deveres das empresas diante do seu campo de atuação, assim como ocorre com os indivíduos.

O conceito de responsabilidade social não é unívoco na literatura, existindo defensores de sua aproximação ao conceito de comportamento ético. De outra banda, há aqueles que entendem suficiente um comportamento socialmente consciente, não ingressando na discussão do aspecto ético e, por fim, há os defensores da compreensão de que a responsabilidade social se aproxima da filantropia.

Como apontando anteriormente, a NBR 16001/ABNT define responsabilidade social corporativa como um imperativo ético e transparente que contribua para o desenvolvimento sustentável, inclusive saúde e bem-estar social, considerando as partes interessadas e em conformidade com a legislação e normas internacionais.

Os temas centrais ou princípios, conforme apontando, são a governança organizacional; direitos humanos; meio ambiente; práticas leais de operação; questões relativas ao consumidor; envolvimento e desenvolvimento da comunidade.

Ferrel et all (2000) apontam que se trata de obrigação assumida pela empresa para com os grupos interessados, pretendendo a maximização dos efeitos positivos e redução dos efeitos negativos para todos aqueles que de algum modo podem ser atingidos pela atividade empresarial. A ideia da responsabilidade social corporativa aproxima-se da ideia de stakeholders (Freeman, 1984).

A despeito da dificuldade do conceito, Duarte e Dias (1986) destacam que existem aspectos comuns, destacando a ampliação do alcance da responsabilidade para além do interesse dos *shareholders* (acionistas), indicando ainda uma aproximação de obrigações éticas, não se resumindo a aspectos legais e também se adequando as demandas sociais por meio de uma postura transparente e promoção de ações sociais.

Ao contrário do que defende autores como Friedman (1962), a compreensão da responsabilidade social fundamenta-se na compreensão de que a finalidade da empresa não é exclusivamente o lucro. Há posições que indicam que o

comportamento social responsável pretende resgatar a função social das empresas, disseminando valores éticos e contribuindo para o desenvolvimento social (Duarte et al, 1986; Toldo, 2000; Silva Filho et al, 2014).

Para Srour (2005), uma empresa socialmente responsável deve objetivar a vantagem econômica, contudo ainda deve implementar ações que aprimorem a qualidade de vida da sociedade, abandonando a posição do lucro a qualquer custo.

Identifica-se uma aproximação da ideia de responsabilidade social com a ética, sobretudo com a ética da responsabilidade weberiana, no que concerne a necessidade de se avaliar as consequências das ações empresariais amparada em um sentido de justiça e capacidade de deliberar e decidir não apenas para os interesses dos investidores, mas também do grupo social (Orchis et all, 2000).

Agir de forma responsável é uma indicação da maturidade empresarial, a despeito do lucro como objetivo principal, não havendo crítica quanto à isto, contudo não se pode descuidar da preocupação com a comunidade envolvida e o público prioritário (Benedicto et all, 2014a).

Desta forma, a responsabilidade social corporativa pode ser definida como um relacionamento ético com todas as partes interessadas que são impactadas pela atuação empresarial ou a influenciam, devendo respeitar o meio ambiente e promover ações sociais (Benedicto, 2002). Extrai-se da literatura uma aproximação de seu fundamento com a função social da atividade empresarial, embora com esta não se confunda.

Bacellar e Knorich (2000) indicam que a adoção de padrões de conduta empresarial ética que valorizem e respeitem o ser humano, a sociedade e o meio ambiente deve ser uma exigência contínua para permitir a competitividade das empresas e a fidelização dos consumidores, e com isto agrega valor à imagem da empresa e aumenta o vínculo que os consumidores estabelecem com esta.

Desta observação, comprehende-se que a responsabilidade social corporativa é utilizada com intuito competitivo. A adoção de comportamento ético e compromissos sociais com a comunidade é utilizado como elementos que permitem a longevidade da empresa, sua rentabilidade e sustentabilidade no longo prazo, como afirma Mendonça (2000).

A literatura também identifica as ações de responsabilidade social corporativa com investimento, compreendendo-as a partir da ideia de custo-benefício, ressaltando

a valorização da imagem institucional, lealdade do mercado consumidor, aptidão de recrutar e reter talentos, adaptabilidade e reputação (Grajew, 2000).

A Responsabilidade Social Corporativa é compreendida como um ativo estratégico. A literatura aponta como principais motivos para a responsabilidade social o incremento da vantagem competitiva, a coordenação entre as empresas que se inserem na estrutura da empresa transnacional, visão estratégica de sobrevivência no longo prazo, reputação, desenvolvimento do mercado consumidor, redução da carga tributária, promoção de valores de solidariedade, resposta a incentivos governamentais e fundamentação religiosa ou moral (Benedicto et al, 2007; Faria; Sauerbronn, 2008; Machado; Lage 2002; Pena et al, 2007).

Machado e Lage (2002) apresentam visão crítica sobre a iniciativa, destacando que o fato de existirem empresas engajadas com o processo de desenvolvimento social do país e na melhoria das condições de vida, este fato não implica dizer que esta seja a motivação preponderante da responsabilidade social corporativa, mas ao contrário, esta tem intuito estratégico, voltado ao posicionamento da empresa diante do mercado consumidor e da reputação empresarial, sem olvidar a capacidade de retorno financeiro dos investimentos realizados neste eixo.

Pinto et al (2021) concordam que a adoção de ações de responsabilidade social possui relação com aspectos reputacionais, ou que empresas que tenham boa reputação adotam mais políticas de sustentabilidade. Ainda segundo as autoras, a reputação resulta no incremento do valor e na possibilidade de maior lucro nos produtos e serviços cobrados, porquanto seja possível cobrar preços mais altos dos consumidores em virtude desta responsabilidade social.

Além disso, para as autoras, a responsabilidade social aumenta o acesso ao mercado de capitais, atrai investimentos, diminui a mobilidade de rivais no setor, bem como proporciona outras consequências positivas. Trata-se de um diferencial competitivo, um meio de mitigar os riscos de imagem e reputacionais, contribuindo para a perenidade da empresa a partir da conciliação interesses dos *stakeholders*.

A despeito de alguns autores apontarem para a necessidade de se observar as ações de caráter social de forma não restrita ao fenômeno econômico, a análise pragmática indica que sua utilização é preponderantemente orientada para a construção de uma boa reputação empresarial, conectando-a a aspectos estratégicos e mercadológicos (Benedicto et all, 2014b). Com isso, as ações estratégicas podem se comportar como ações de cunho social, não havendo clareza na finalidade

buscada, ocultando seu intuito preponderante, a melhora da empresa e de sua reputação conforme a estratégia definida (Tureta, 2011).

Desta forma, a crítica à Responsabilidade Social Corporativa está em seu caráter estratégico orientado para a imagem empresarial e posteriormente ao retorno financeiro das ações. O problema social não é a motivação imediata, tampouco as externalidades negativas, mas sim a reputação e como estes aspectos afetam a imagem da sociedade empresarial para, no limite, influenciar na rentabilidade, positiva ou negativamente.

Há outro ponto de crítica revelado pela ausência da univocidade no conceito. Há uma aproximação da responsabilidade social corporativa com aspectos de filantropia e ação social, confundindo-se com ações do terceiro setor, além da atuação reativa e voluntária, sempre pautando-se na reputação.

Markus Wagner (2010) indica haver correlação entre desempenho econômico e responsabilidade social no campo ambiental, a qual é definida como sustentabilidade pelo autor, sendo mais forte do que em ações sociais, concluindo-se que a melhora da performance econômica está nos efeitos diretos da sustentabilidade social, apontando para as ações sociais apenas efeitos de moderação.

O que se percebe é que a finalidade imediata da Responsabilidade Social Corporativa pretende primordialmente beneficiar a empresa e apenas de forma mediata o corpo social. Há ainda um problema quanto à escolha dos temas a serem tratados pelas ações sociais, os quais dependem da conveniência e das demandas que podem proporcionar maior repercussão. Logo, as ações não são orientadas às finalidades imediatas ou para aspectos cuja atividade empresarial produza maior impacto negativo ou exista maior produção de externalidades negativas, ao contrário, são escolhidas a partir do custo-benefício que pode ser obtido.

A produção de relatórios orientados para a reputação produz efeito semelhante. Preferindo-se promover e divulgar as ações que possam trazer resultados positivos, notadamente frente ao mercado consumidor e acionistas, alguns pontos podem ser omitidos, privilegiando-se apenas àqueles que possam trazer repercussão positiva e incremento da reputação. É o que pode ser verificado com riscos socioambientais e violações aos direitos humanos, potenciais ou em curso. Ao optar por temas específicos para promoção de ações e na apresentação dos relatórios, sua utilização pode servir para desviar a atenção de problemas mais sérios, ainda que haja demanda pública sobre o tema.

Samuel Carvalho de Benedicto (et all, 2014b) apresenta dois questionamentos importantes sobre a matéria, indagando se “a responsabilidade social seria realmente uma preocupação da empresa ou somente uma forma de satisfazer os participantes influentes, para usá-los em prol de si mesma”, e “seria a responsabilidade social uma mera ferramenta de publicidade com vistos a ganho de imagem, cooperação ou aceitação”.

Ainda segundo a literatura, há um mercado simbólico de valorização da reputação empresarial, o que exige o desenvolvimento de ações sociais para fixação de uma boa imagem da organização perante os diversos públicos e *stakeholders*, sem desconsiderar o impacto da imagem na performance financeira (Benedicto et all, 2014a).

Desse modo, “a empresa poderá associar a sua imagem à ideia de preocupação com a sociedade, mostrando-se como uma empresa que assumiu a sua parte na responsabilidade social” (Benedicto et all, 2014a, p. 75). Todavia, a atitude é contingencial, retrata o cenário socioeconômico, adequando-se as influências externas e as demandas dos *stakeholders*, sem refletir efetivamente quais externalidades negativas a atividade empresarial produz e o que deve ser feito para seu enfrentamento.

As iniciativas de responsabilidade social corporativa se desenvolveram rapidamente nas áreas social e ambiental, com pouca repercussão em aspectos relacionados aos direitos humanos, podendo ser consideradas fracas em termos de prestação de contas e reparação dos danos, além de se limitar ao aspecto voluntário, na forma e ritmo desejado pelas empresas, como aponta Ruggie (2014).

Portanto, a relação entre empresas e direitos humanos dentro do escopo da Responsabilidade Social Corporativa se apresenta problemática. A discussão é de baixa densidade, sendo referida apenas esporadicamente e de forma coadjuvante (Carlos Gouvêa et all, 2019), o debate sobre direitos humanos não possui protagonismo na discussão da responsabilidade social corporativa. É justamente em virtude deste cenário, a ineficiência de programas como a responsabilidade social corporativa, que surgem os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos (RUGGIE, 2014).

Sobre o tema, Pinto, Terrieri e Bianqui (2021) ao analisar se as companhias brasileiras são socialmente sustentáveis, elaborando pesquisa com cerca de 60

empresas listadas em bolsa, as autoras fazem uma única menção direta ao termo direitos humanos, o que revela a reduzida repercussão e aderência ao tema.

Analizando o relatório da pesquisa das citadas autoras, um dos principais achados é que a responsabilidade social corporativa possui atenção voltada à dimensão ambiental e ao caráter filantrópico. Além disso, confirma-se a observação inicial de que a práticas e políticas de responsabilidade social estão correlacionadas a aspectos reputacionais.

Conforme se extrai da pesquisa, das dez principais iniciativas de responsabilidade social, apenas ações voltadas ao meio ambiente podem ser inseridas no contexto dos direitos humanos, indiretamente estes aparecem em questões de igualdade e condições de trabalho.

Observando-se os indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial, observa-se que estes incluem os direitos humanos no grupo de indicadores de governança corporativa, balanço social, cadeia de fornecimento e política de comunicação comercial. No item governança corporativa, os direitos humanos aparecem como existência de objeto de estudo pela empresa e o seu respeito como critério formal na tomada de decisões de investimento e aquisição. Em balanço social figura como inclusão de partes interessadas que defendam os direitos humanos. No indicador critérios de seleção e avaliação de fornecedores se verifica o conhecimento em profundidade dos fornecedores e a garantia de que estes respeitam, na origem, os direitos humanos e o meio ambiente. O indicador 29 analisa o respeito aos direitos humanos nas peças publicitárias.

Portanto, os direitos humanos aparecem indiretamente nos indicadores referentes à respeito ao indivíduo e trabalho decente, combate ao trabalho infantil e被迫, inclusive na cadeia de fornecimento, e proteção ao meio ambiente.

No item que analisa a consideração dos direitos humanos na tomada de decisões, os indicadores Ethos apresentam nota explicativa, apontando que situações como investir em trabalho infantil, com condições impróprias de saúde e segurança, violadoras do direito da terra ou das populações tradicionais, envolvidas com corrupção pública, geram riscos de litígio, extorsão, seguros mais caros, dificuldade de acesso ao capital e de recrutamento e retenção de talentos, além de danos a reputação.

Apesar dos esforços, aqui também se verifica que os direitos humanos não são o fundamento da Responsabilidade Social Corporativa, sendo a atenção dirigida

primacialmente à reputação e ao lucro, atingindo-se estes objetivos, eventualmente, mediante o respeito aos direitos humanos, direta ou indiretamente, conforme a análise do custo-benefício. Sobre isto, Pinto et. all (2021) apontam que deduções fiscais podem orientar a escolha dos campos em que ações de responsabilidade social serão desenvolvidas.

Esta percepção quanto à fragilidade do conceito dos direitos humanos diante da responsabilidade social corporativa também é encontrada no Boletim de Direitos Humanos e Empresas do IREE (Silva, 2021). No referido boletim identifica-se que os direitos humanos funcionam como guarda-chuva, abrangendo diversas ações que são escolhidas conforme a repercussão que podem resultar para a empresa e não pela sua correlação com os riscos de violação e impactos aos direitos humanos. É o que se extrai da indiscriminada discussão acerca de questões de gênero e diversidade, adotadas ou debatidas apenas em busca da proteção da reputação empresarial.

Os direitos humanos são encarados de forma dissociada ou com baixa identificação de seu conteúdo em relação as ações de responsabilidade social desenvolvidas, por parte destas iniciativas, não havendo sequer consideração adequada sobre o conceito de direitos humanos ou sua abrangência. Não se identifica nas análises realizadas correlação entre os riscos ou externalidades que afetem os direitos humanos decorrentes da atividade empresarial e as ações de responsabilidade social desenvolvidas. Serve apenas como *locus* do discurso reputacional.

Ao contrário do que se identifica no Princípio 12²⁵ do documento “Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos” (ONU, 2021), posteriormente analisados, não se identificou a definição do conteúdo mínimo dos direitos humanos pelas iniciativas de responsabilidade social corporativa. A definição dos direitos abrangidos como conteúdo mínimo de direitos humanos a ser utilizado por estas iniciativas garante homogeneidade e controle.

A responsabilidade social corporativa é desacoplada dos direitos humanos, não sendo influenciada ou orientada por este tema, respondendo, ao contrário, a agenda própria que possui como vetor o aspecto financeiro e reputacional, sem

²⁵ Princípio 12: A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos refere-se aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos – entendidos, no mínimo, como aqueles expressos na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios de direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

reflexão direta sobre a correlação da atividade empresarial com os riscos ou danos produzidos pelas empresas.

O desenvolvimento de ações de responsabilidade social orientadas ao custo-benefício e a reputação aponta para uma tentativa de captura do social pelo econômico, como apontado por Sandel (2012) e previamente enfrentado neste trabalho.

O que se pode inferir é que as sociedades empresariais preferem promover ações de filantropia e sustentabilidade ambiental, sem identificação dos riscos de violações aos direitos humanos que possam estar envolvidas direta ou indiretamente. Este expediente pode ser relacionado a ideia da objeção da corrupção (Sandel, 2012).

A responsabilidade social corporativas opera com proteção deficiente em relação aos direitos humanos, não dispondo de mecanismos para controlar de forma adequada os comportamentos empresariais orientando-os ao cumprimento dos direitos humanos. Em sentido oposto, promove a interpretação econômica da violação de direitos humanos, sem que estes próprios possam ter seu cumprimento estimulado dissociado da vantagem econômica.

As exigências sociais e os impactos reiterados da atividade empresarial exigem uma conduta proativa e consciente na proteção dos direitos humanos, não em uma leitura mercadológica e orientada apenas pelo lucro, mas pela consciência de que a atividade empresarial não pode ser dissociada do contexto.

Não se olvida que as ações desenvolvidas podem resultar em vantagens para a sociedade, inclusive com ações sociais e filantrópicas, entretanto, para a discussão do tema direitos humanos e empresas mostra-se inadequada, porquanto prepondere a finalidade econômica e reputacional destas ações. A crítica ao instituto e as práticas limita-se à sua relação com os direitos humanos, tratando-se de iniciativa válida e importante, não podendo, todavia, ficar isenta da análise de questões relacionadas a riscos e violações aos direitos humanos.

Existindo coerência entre as ações de responsabilidade social com os riscos ou violações aos direitos humanos e externalidades provocadas pela atividade empresarial, pode-se vislumbrar um maior acoplamento destas ações e aptidão para enfrentamento destas circunstâncias. Contudo, ainda assim, se estará diante de atitude reativa e contingencial, o que demanda um mecanismo prévio para identificação destas situações e avaliação de quais ações de responsabilidade social devem ser implementadas.

Isoladamente a responsabilidade social orientada apenas pelo vetor econômico e reputacional não serve para o confronto das situações de risco, impactos ou violações aos direitos humanos decorrentes da atividade empresarial.

3.6 Diretrizes da OCDE

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, entidade econômica não governamental com cerca de 38 países membros, cujo objetivo é desenvolver políticas que melhorem a prosperidade, igualdade, oportunidade e bem-estar para todos.

Para consecução dos objetivos, a OCDE implementa políticas e diretrizes, sendo relevante para o presente trabalho a análise das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais. Trata-se de recomendações não vinculantes, para as citadas empresas, estabelecendo conduta empresarial responsável, reconhecendo e incentivando contribuições positivas para o progresso econômico, ambiental e social, reconhecendo que a atividade empresarial pode resultar em impactos adversos relativos aos direitos trabalhistas, direitos humanos, meio ambiente, corrupção, consumidores e governança corporativa (OCDE, 2018).

Segundo as Diretrizes citadas, a OCDE recomenda as empresas multinacionais a adoção de uma “devida diligência baseada em riscos para evitar e lidar com os impactos adversos associados às suas operações, cadeias de fornecimento e relações comerciais” (OCDE, 2018, p. 9).

As Diretrizes pretendem alcançar todas as empresas multinacionais, independentemente da estrutura societária, atingindo todos os setores e tamanhos, desde que estas empresas operem ou tenham sede nos países aderentes às diretrizes, o que inclui empresas pequenas e médias, matrizes e subsidiárias (OCDE, 2018). No que tange às pequenas e médias empresas, em que pese o fato de não disporem de meios idênticos aos das grandes empresas para observância das Diretrizes, devem ser encorajadas pelos governos a observarem as recomendações na maior medida possível.

No que concerne às relações comerciais, as Diretrizes exigem a devida diligência em todos os tipos de relação, fornecedores, franqueados, licenciados, *joint*

ventures, investidores, clientes, contratados, consultores, assessores jurídicos e financeiros, ou qualquer outra entidade, estatal ou não estatal, que esteja ligada às suas operações comerciais, produtos ou serviços (OCDE, 2018, p. 10).

Como será oportunamente observado, o Guia de implementação das Diretrizes descreve um passo a passo do processo de devida diligência, o que revela a importância do tema e a preocupação global no tratamento da matéria.

A OCDE (2011) fundamenta a criação das diretrizes diante de um cenário no qual os negócios internacionais sofreram alterações estruturais, com o crescimento da indústria de conhecimento e da economia da internet, além da assunção de um papel cada vez mais relevante das empresas de serviços e tecnologia no mercado internacional. Também observa o órgão que em virtude do preponderante investimento estrangeiro das empresas, estas evoluíram para abranger um leque maior de arranjos empresariais e organizacionais, aproximando a relação com os fornecedores e contratados, de modo a diluir os limites da empresa.

Este cenário, sobretudo, considera que diante da velocidade das mudanças econômicas as transnacionais têm a oportunidade de implementar políticas de boas práticas para o desenvolvimento sustentável, o que justifica buscar uma coerência entre os objetivos econômicos, ambientais e sociais (OCDE, 2011).

Como se observa, as Diretrizes estão alinhadas com todo o movimento de reconhecimento da importância das sociedades empresariais e de seu dever de agir de forma ética, coerente e sustentável, ratificando o fundamento deste trabalho.

Consigna a OCDE (2011) que as sociedades empresariais transnacionais demonstram que o respeito a padrões elevados de conduta empresarial pode alavancar o crescimento, notadamente diante de um contexto regulatório e de circunstâncias legais e sociais, aduzindo que a negligência de algumas empresas, ou mesmo da maioria, a estes padrões e princípios de conduta adequados poderá prejudicar a reputação das empresas quando, ainda que uma minoria, outras empresas adotem e se comportem conformes estes parâmetros.

Com as Diretrizes verifica-se uma tentativa de melhorar a definição das expectativas quanto ao que seja uma conduta empresarial responsável, servindo de ponto de referência para as empresas e partes interessadas, além de encorajar contribuições positivas orientadas ao progresso econômico, ambiental e social, bem como a redução dos problemas que possam ser gerados pelas respectivas atividades (OCDE, 2011).

Aos Estados e Governos competem a criação de quadros regulatórios internos que sejam suficientes e eficazes para incluir políticas macroeconômicas estáveis, tratando as empresas sem discriminação, com regulação adequada e supervisão prudencial, utilizando um sistema imparcial de administração da justiça e aplicação da lei e um sistema da administração pública honesta (OCDE, 2011, p. 10).

Segundo a OCDE (2011), ainda caberia aos governos a manutenção e a promoção de normas e políticas capazes de favorecer o desenvolvimento sustentável, comprometendo-se com a melhora contínua das políticas nacionais e o incremento do bem-estar e padrões de vida de toda a população.

As Diretrizes são recomendações dirigidas às empresas transnacionais pelos governos, estabelecendo princípios e padrões de boa prática, conforme a legislação e padrões internacionalmente reconhecidos.

A OCDE (2011) deixa claro que o cumprimento das Diretrizes é voluntário, o que é motivo de críticas, assim como é feito em relação à diversas outras iniciativas. Todavia, adverte a OCDE (2011) que algumas questões podem ser reguladas pela legislação ou por compromissos internacionais, o que eventualmente conduziria a uma obrigatoriedade do cumprimento. A despeito disto, esclarece que as Diretrizes não possuem a pretensão de substituir a legislação e os regulamentos domésticos, estendendo-se para além da lei, não servem para criar situações que coloquem a empresa no enfrentamento de exigências conflitantes, devendo serem atingidas na máxima medida possível sem que haja violação da legislação doméstica (OCDE, 2011, p. 11).

Como se observa, as Diretrizes pretendem conjugar interesses da coletividade, apontando que não apenas os Governos, mas também estes e as Empresas, possuem responsabilidade com o bem-estar da população, devendo agir de forma ética e responsável para permitir um desenvolvimento sustentável.

As Diretrizes foram constituídas em 10 áreas: políticas gerais; divulgação; direitos humanos; emprego e relações de trabalho; meio ambiente; combate à corrupção; interesses do consumidor; ciência e tecnologia; concorrência; e tributação.

Passa-se à análise das Diretrizes conforme a pertinência identificada a este trabalho. Importa consignar, por oportuno, que alguns temas se encontram alcançados pelo conceito de direitos humanos, sendo este mais abrangente. É o caso dos interesses do consumidor, meio ambiente e da corrupção, os quais se inserem no conceito de direitos humanos de terceira dimensão.

A princípio, convém destacar que a Diretriz da divulgação é de significativa relevância na medida em que orienta as empresas a divulgar informações precisas sobre questões relativas às suas atividades, notadamente desempenho e governança, podendo incluir, mas não se limitando, aos resultados financeiros e operacionais, objetivos, acionistas, remunerações, processos seletivos, partes relacionadas, fatores de risco previsíveis, questões relativas aos trabalhadores e partes interessadas, política de governança.

Como se percebe, é de extrema relevância para o tema que estas informações sejam públicas, notadamente quando se busca identificar a responsabilidade por violações aos direitos humanos na cadeia de fornecimento, ou seja, se a empresa possui alguma relação negocial com determinado fornecedor que tenha provocado dano desta natureza. Ou ainda, quanto à divulgação dos riscos sabidos provocados de sua atividade, bem como auditoria interna e gestão de riscos.

A título de exemplo, verificasse que no relatório de sustentabilidade da Vale de 2017, tornado público em 2018, um ano antes do rompimento da barragem do Córrego do Feijão, em Brumadinho, nenhuma informação sobre risco existente encontrava-se relatado.

Em relação aos Direitos humanos, as Diretrizes estabelecem o dever de os Estados protegê-los, cabendo às empresas respeitar, “o que significa que elas devem evitar a violação aos direitos humanos dos outros e devem lidar com os impactos adversos aos direitos humanos com os quais estejam envolvidas” (OCDE, 2011, p. 24).

Além disso, no contexto de suas atividades, compete às empresas evitar causar ou contribuir para impactos adversos, devendo tratar os impactos quando ocorrerem. As Diretrizes ainda incluem, a busca por meios de evitar ou mitigar os impactos adversos aos direitos humanos que estejam diretamente ligados às suas operações comerciais, produtos ou serviços por uma relação de negócio, ainda que não tenham contribuído para esses impactos (OCDE, 2011).

Outra importante diretriz é a recomendação para a realização da devida diligência (*due diligence*) em direitos humanos, conforme a dimensão, natureza, operações e gravidade dos riscos envolvidos (OCDE, 2011).

Por fim, há ainda a recomendação para que as empresas prevejam ou cooperem com os processos de reparação dos impactos, o que está alinhado com o que se defende neste trabalho e já foi previamente apresentado.

As diretrizes estão relacionadas com o Marco das Nações Unidas para Negócios e Direitos Humanos “Proteger, Respeitar e Remediar” em consonância com os Princípios Orientadores, os quais serão posteriormente analisados.

Ao comentar as Diretrizes, especificamente quanto ao dever de respeitar os direitos humanos, a OCDE (2011, p. 24) consigna que “o respeito pelos direitos humanos é a norma global de comportamento esperado para as empresas, independentemente da capacidade e/ou disposição dos Estados de cumprir suas obrigações em relação aos direitos humanos”.

Isso implica dizer, segundo a OCDE (2011) que eventual falha do Estado no cumprimento das obrigações internacionais relacionadas aos direitos humanos não afasta o dever das empresas de os respeitar, devendo buscar formas de honrá-los a despeito do conflito doméstico que porventura possa existir, sem que implique na violação da legislação do país de acolhimento.

De todo modo, é estabelecido um conjunto mínimo de direitos humanos a serem respeitados, notadamente aqueles internacionalmente reconhecidos expressos na Carta Internacional dos Direitos Humanos, que consiste na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos principais instrumentos por meio dos quais foi codificada: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 (OCDE, 2011).

Também merece ressaltar a advertência da OCDE (2011) para a possibilidade de que as atividades possam ter impacto em todo o espectro de direitos humanos, embora alguns possam estar mais expostos conforme a natureza da indústria ou do contexto, o que reclama maior atenção, sem prejuízo do dever de revisão periódica diante de possíveis alterações da atividade empresarial que possam colocar em risco outro conjunto de direitos humanos.

É possível extrair das Diretrizes, conforme anota o órgão, que para dar tratamento aos impactos adversos, sejam reais ou potenciais, devem as empresas tomar medidas adequadas para identificar estes impactos, preveni-los, quando possível, mitigá-los, quando inevitáveis ou potenciais, remediar quando ocorrerem e prestando conta de como estes impactos foram tratados (OCDE, 2011).

Sem prejuízo disto, as empresas devem efetivamente evitar causar ou contribuir para a ocorrência destes impactos adversos, seja por suas próprias

atividades, por meio de ações ou omissões, ou ainda quando possa contribuir para um impacto, devendo adotar medidas para fazer cessar ou impedir que sua ação, ou omissão, contribua para o dano, ou mesmo utilizar sua influência para atenuar qualquer impacto remanescente, quando seja capaz de influenciar a empresa parceira e tenha capacidade de influir em mudanças na prática daquelas entidades que tenham causado impactos ou danos adversos aos direitos humanos (OCDE, 2011, p. 26).

Dito de outra forma, em situações mais complexas, ainda que a empresa não tenha contribuído para o impacto, mas este esteja diretamente relacionado às suas operações, produtos ou serviços, em virtude de suas relações comerciais com outros atores, deve a empresa tomar medidas que demonstrem o respeito aos direitos humanos. Não se cuida de transferência de responsabilidade, mas do comprometimento de influenciar para evitar, reparar ou minorar o impacto provocado aos direitos humanos por um de suas parceiras comerciais, entidades da cadeia de fornecimento, entes estatais ou não estatais que estejam diretamente ligados às suas operações.

No contexto das Relações de Trabalho e Emprego as empresas deverão, conforme a legislação e regulamentos aplicáveis e os padrões internacionais reconhecidos, “respeitar o direito dos trabalhadores empregados pela empresa multinacional de estabelecer ou aderir a sindicatos de trabalhadores e organizações representativas de sua própria escolha” (OCDE, 2011, p. 28)

Sem prejuízo, deverá “contribuir para a abolição efetiva do trabalho infantil e tomar medidas imediatas e eficazes para assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil como uma questão de urgência” (OCDE, 2011, p. 28).

Também se recomenda a contribuição para a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório, assim como o estabelecimento de medidas adequadas para garantir que o trabalho forçado ou obrigatório não exista em suas operações (OCDE, 2011).

A OCDE (2011) sugere que as empresas, ao longo de suas operações, oriente-se pelo princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego, evitando a discriminação dos trabalhadores em razão de raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, salvo quando tais práticas seletivas façam avançar políticas estabelecidas pelos governos voltadas especificamente para maior

igualdade de oportunidades de emprego ou relacionadas aos requisitos inerentes a determinado posto de trabalho.

As Diretrizes estabelecem ainda o dever de respeitar padrões não menos favoráveis, em matéria de emprego e relações de trabalho, do que aqueles aplicados no país de acolhimento, devendo, mesmo no caso de operação em países em desenvolvimento sem empresas semelhantes, oferecer os melhores salários, benefícios e condições de trabalho possíveis, relacionados com a situação econômica da empresa, devendo ser suficiente pelo menos para satisfazer as necessidades básicas do trabalhador e sua família (OCDE, 2011).

O cuidado com a saúde ocupacional também é uma Diretriz a ser observada, devendo as empresas adotar medidas para assegurar a saúde e segurança em suas operações.

Sugere-se, ainda, às empresas, que em suas operações, na maior medida praticável, empregue pessoas do local, oferecendo-lhes formação para aumentar os níveis de qualificação, quando apropriado (OCDE, 2011).

No que tange a mudanças de atividades com grande efeito sobre o emprego, como o encerramento das atividades com dispensa coletiva de empregadores, as Diretrizes orientam que os empregados sejam notificados com antecedência razoável, devendo-se buscar os efeitos adversos, tanto quanto possível, cooperando com os demais atores para esta finalidade.

No eixo meio ambiente, as Diretrizes apontam que as empresas deverão, nos países em que desenvolvem as respectivas atividades, considerar, devidamente, a “necessidade de proteger o meio ambiente a saúde pública e a segurança e, em geral, conduzir as suas atividades de modo a contribuir para o objetivo mais amplo do desenvolvimento sustentável” (OCDE, 2011, p. 34).

Para tanto, deverão as empresas, especificamente, estabelecer e manter um sistema de gestão ambiental apropriado, incluindo ao menos coleta e avaliação de informações quanto aos impactos derivados de sua atividade sobre o meio ambiente, a saúde e a segurança; fixando objetivos mensuráveis e metas em relação à melhoria do desempenho ambiental e utilização dos recursos, que sejam coerentes com as políticas nacionais e os compromissos ambientais internacionais; monitorando e verificando o progresso no cumprimento dos objetivos ou metas (OCDE, 2011).

Sem prejuízo dos aspectos relacionados aos custos, confidencialidade e proteção dos direitos de propriedade intelectual, as Diretrizes orientam às empresas

o fornecimento ao público e aos trabalhadores de informações adequadas, mensuráveis e verificáveis sobre o impacto potencial de suas atividades sobre o meio ambiente, a saúde e a segurança, informações estas que podem ser incluídas em relatórios sobre os progressos alcançados e a melhoria de desempenho ambiental (OCDE, 2011).

Conforme as Diretrizes da OCDE (2011) as empresas devem avaliar e ter em conta na tomada de decisões o impacto previsível de suas atividades sobre o meio ambiente, a saúde e a segurança, os quais possam decorrer das atividades empresariais, o ciclo de vida da empresa e dos produtos, a fim de evitar ou, sendo inevitáveis, mitigar os impactos, devendo ser precedido de estudo de impacto.

Nos casos em que houver ameaça de danos graves ao meio ambiente, conforme o conhecimento científico e tecnológico dos riscos envolvidos, as empresas não devem invocar a inexistência de certeza científica absoluta como argumento para postergar a adoção de medidas que sejam eficazes e viáveis economicamente capazes de evitar ou minimizar os danos (OCDE, 2011).

Diante das consequências decorrentes da atividade, as Diretrizes orientam que as empresas devem manter planos de contingência a fim de prevenir, mitigar e controlar os danos graves ao meio ambiente e à saúde, o que inclui acidentes e situações de emergência, desenvolvendo mecanismos para alertar imediatamente as autoridades (OCDE, 2011).

Também exige-se o cuidado no aprimoramento do desempenho ambiental, quando necessário, na cadeia de fornecedores, por meio do estímulo de adoção de tecnologias e procedimentos que possam refletir melhores padrões de desempenho ambiental; desenvolvimento e fornecimento de bens e serviços que não produzam indevidos impactos no meio ambiente, capazes de serem qualificados como seguros, com reduzida emissão de gases do efeito estufa, consumo de energia eficiente, assim como de recursos naturais e que possam ser reutilizados, reciclados ou eliminados de forma segura (OCDE, 2011).

Em igual medida, a OCDE (2011) formula Diretriz a fim de que as empresas promovam níveis elevados de conscientização dos consumidores acerca das consequências ambientais da utilização de seus bens e serviços, por meio de informações precisas. Igual nível de educação e formação adequada sobre questões ambientais devem ser proporcionadas aos trabalhadores, notadamente quanto ao

manuseio de materiais perigosos, prevenção de acidentes ambientais e gestão ambiental.

Por fim, no eixo ambiental, sugere-se as empresas que contribuam para o desenvolvimento de políticas públicas ambientais e economicamente eficientes, por intermédio de parcerias e iniciativas que permitam a melhora da conscientização e proteção ambiental.

O Combate à corrupção, outro tema relacionado aos direitos humanos, notadamente pelas consequências decorrentes, é construindo em um eixo pela OCDE o qual propõe que “as empresas não deverão, direta ou indiretamente, oferecer, prometer, dar ou solicitar suborno ou outras vantagens indevidas, com vistas a obter ou conservar negócios ou outras vantagens inapropriadas” (OCDE, 2011, p. 39).

A OCDE (2011) também estabelece como Diretriz o dever das empresas resistir à solicitação de suborno e extorsão, notadamente não oferecendo, prometendo ou dando indevida vantagem pecuniária, ou de outra natureza, a funcionários públicos ou trabalhadores dos parceiros de negócios, tampouco deverão solicitar, acordar ou aceitar vantagem de igual espécie, assim como não deverão utilizar terceiros (agentes, intermediários, consultores, distribuidores, empreiteiros, fornecedores, entre outros) para canalizar o recebimento de vantagens indevidas.

As empresas deverão desenvolver e adotar controles internos adequados, programas de ética e cumprimento, a fim de evitar e detectar subornos, os quais devem ser desenvolvidos a partir da avaliação de riscos conforme as circunstâncias de envolvimento das empresas, os quais devem incluir sistemas financeiros e contábeis de controle interno, bem como a manutenção de livros, registros e contas, justos e precisos (OCDE, 2011).

Para tanto, segundo propõem as Diretrizes, as empresas nestas circunstâncias e diante do risco de corrupção, devem monitorar regularmente, reavaliando quando necessário os seus controles internos, programas de ética e cumprimento, a fim de mantê-los adaptados e continuamente eficazes, e, em igual medida, mitigar o risco de as empresas tornarem-se cúmplices de corrupção, solicitação de suborno ou extorsão (OCDE, 2011).

As Diretrizes também sugerem às empresas que garantam processo de devida diligência devidamente documentado, levando em consideração os riscos de corrupção específicos enfrentados pela empresa, bem como à supervisão adequada e regular de agentes, a disponibilização de lista de agentes envolvidos em transações

com órgãos públicos e empresas públicas para acompanhamento das autoridades competentes (OCDE, 2011).

Aumentar a transparência de suas atividades contra a corrupção também é uma Diretriz importante. Segundo a OCDE (2011), a divulgação dos sistemas de gestão, controles internos, programas de ética e de cumprimento, devendo as empresas serem encorajadas a abertura e ao diálogo com o público, para sensibilizar sobre o combate a corrupção. Em igual medida, deverá promover a conscientização sobre o tema, interna e externamente

Por fim, no respectivo eixo, a OCDE (2011) propõe como uma das Diretrizes, a recomendação para as transnacionais não oferecerem contribuições ilegais a candidatos a cargos públicos ou a partidos políticos ou outras organizações políticas, devendo as contribuições legais respeitar inteiramente as normas de divulgação pública de informação e serem declaradas à alta administração da empresa.

O último eixo analisado, com aderência à pesquisa, diz respeito aos interesses do consumidor. As Diretrizes da OCDE (2011) orientam que as empresas, no tratamento com os consumidores, devem reger-se por práticas corretas e justas em suas atividades comerciais e publicitárias, devendo tomar medidas razoáveis para garantir qualidade e confiabilidade dos serviços e bens que forneçam.

Para o cumprimento deste objetivo, as Diretrizes orientam as empresas a assegurar que os bens e serviços atendam a padrões acordados ou legalmente requeridos quanto à saúde e segurança do consumidor, notadamente com informação clara e precisa quanto às advertências à saúde e à segurança. Devem ainda fornecer informações claras, precisas e suficientes, a fim permitir que os consumidores possam tomar suas decisões de forma esclarecida, inclusive sobre o preço, uso seguro, atributos ambientais, descartes, a fim de facilitar a decisão do consumidor e a comparação entre produtos; abstendo-se de promover afirmações ou omissões enganosas, fraudulentas ou desleais (OCDE, 2011).

As Diretrizes também sugerem a concessão aos consumidores de mecanismos extrajudiciais justos, simples, rápidos e eficazes para resolução de conflitos e reparação, sem custos ou encargos desnecessários.

Outro elemento que se destaca é a orientação de respeito à privacidade dos consumidores, devendo as empresas adotar medidas para garantir a segurança dos dados coletados, armazenados, processados e disseminados (OCDE, 2011).

Diante da análise das Diretrizes propostas pela OCDE (2011) é possível concluir que elas foram construídas de forma alinhada com outras iniciativas, recebendo o mesmo conjunto de críticas diante da voluntariedade da adoção.

Sem prejuízo, observa-se forte impulso orientado para a adoção da devida diligência, o que será oportunamente enfrentado, mas havendo concatenação com aspectos de proteção aos direitos humanos pelas empresas. Não se trata apenas de respeito, mas de um comportamento ativo e crítico que pretende alterar o cenário construído. Ou seja, há consciência das violações e dos impactos negativos decorrentes da atividade empresarial, servindo as Diretrizes de medidas para tratar de forma satisfatória esta relação.

Em que pesem os esforços, as medidas ainda parecem ser insuficientes, embora sejam úteis e necessárias ao enfretamento do problema, o qual demanda soluções complexas e conjuntas em várias dimensões, como propõe Ruggie (2014).

3.7 Agenda 2030

Previamente apresentou-se algumas considerações sobre o Pacto Global, o que era necessário para compreender o desenvolvimento da Agenda 2030 pela ONU. Como apontado, os integrantes do Pacto Global assumem a responsabilidade de agir de forma responsável nas suas relações com os direitos humanos, condições de trabalho, meio ambiente e governança (corrupção). Uma outra iniciativa semelhante eram os objetivos de desenvolvimento do milênio, desenvolvidos após a Cúpula do Milênio das Nações Unidas em 2000.

Os objetivos do milênio para o ano de 2015 concitava 22 organizações internacionais a comprometer-se com os seguintes objetivos: erradicação da fome e pobreza extrema; ensino primário universal; promoção da igualdade de gênero e empoderamento das mulheres; redução da mortalidade infantil; melhora da saúde materna; combate a HIV/AIDS, malária e outras doenças; garantir a sustentabilidade ambiental; desenvolver uma parceria global para o desenvolvimento (ONU, 2022).

Após alcançar o marco temporal, 2015, o estabelecimento destes objetivos, tidos como ambicioso, foi renovado e atualizado, convertidos em Objetivos de

Desenvolvimento Sustentável aprovados pela ONU em 2015, integrantes da Agenda 2030.

A Agenda 2030 é definida como um plano de ação, tendo como destinatários a sociedade, as sociedades empresárias, a academia e todas as pessoas consideradas individualmente.

Trata-se de um aperfeiçoamento dos objetivos do milênio e do resultado de cúpulas e Conferências anteriores promovidas pela Organização das Nações Unidas. Um exemplo é a Declaração Final da Conferência Rio+20 (“O Futuro que Queremos”) que reconheceu a importância e utilidade da formulação de metas para a promoção de ações globais coerentes e orientadas para o desenvolvimento sustentável. Essa orientação resultou em um processo de consulta global para o estabelecimento de objetivos universais de desenvolvimento sustentáveis para além de 2015.

Assim, em 2015, adotou-se na Assembleia Geral da ONU o documento “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. A Agenda 2030 consistem em uma Declaração e a definição de 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável, os quais dão origem a 169 metas, os quais são considerados o núcleo da Agenda devendo ser alcançados até 2030. A Agenda 2030 estabelece não apenas as metas e objetivos, mas também um plano de implementação e acompanhamento.

A Agenda 2030 é ambiciosa, pretende alcançar um modelo de mundo desejado no período de 15 anos. A Declaração apresenta algumas visões para 2030, sendo relevante destacar as seguintes: “um mundo de respeito universal aos direitos humanos e à dignidade humana, ao Estado de Direito, à justiça, à igualdade e a não discriminação”; (...) “um mundo em que cada mulher e menina desfrute da plena igualdade de gênero e no qual todos os entraves legais, sociais e econômicos para seu empoderamento tenham sido removidos”.

Segundo a Declaração que compõe a Agenda 2030, os 17 Objetivos são integrados e indivisíveis, e de forma equilibrada, combinam três dimensões do desenvolvimento sustentável, a saber: a econômica, a social e a ambiental.

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), também conhecidos como Objetivos Globais, são um apelo universal à ação para acabar com a pobreza, proteger o planeta e garantir que até 2030 todas as pessoas desfrutem de paz e prosperidade. Os 17 ODS são integrados e transversais, reconhecendo-se que a ação em uma área afetará os resultados em outras.

Os seguintes ODS compõem a Agenda 2030: sem pobreza; fome zero; boa saúde e bem-estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água limpa e saneamento; energia acessível e limpa; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; desigualdades reduzidas; cidades e comunidades sustentáveis; ação climática; vida abaixo d'água; vida em terra; paz, justiça e instituições fortes; e parcerias para os objetivos.

Cada um dos objetivos é dividido em 169 metas específicas na área correspondente, sem descuidar, conforme descrito, que estas metas são transversais e integradas, de modo que seu implemento refletirá no cumprimento de outro objetivo.

Os objetivos não fazem referência direta aos direitos humanos, embora algum dos eixos possam ser inseridos nesta classificação, como questões relativas a meio ambiente, direitos fundamentais, igualdade, combate à corrupção e trabalho decente e crescimento econômico.

Há maior aderência com o tema Direitos Humanos do que outras iniciativas, sobretudo em virtude da declaração expressa de que a Agenda 2030 é norteada pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, fundamentando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos tratados internacionais de direitos humanos, na Declaração do Milênio e no documento final da Cúpula Mundial de 2005, além de outros instrumentos como a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

Isso fica mais evidente quando se extrai do documento que há um compromisso a não deixar ninguém para trás, reconhecendo a dignidade da pessoa humana como algo fundamental, ou seja, a dignidade da pessoa humana é o núcleo da Agenda, assim como também é dos direitos humanos.

Contudo, a iniciativa embora louvável, não possui aderência com a temática empresas e direitos humanos. Embora indiretamente pode ser aplicada a estas, não é este o objetivo principal, ou seja, os impactos que as empresas provocam para os direitos humanos, inclusive em relação ao meio ambiente, não são devidamente considerados. Ao se observar as metas vê-se que a discussão passa ao largo do problema, não servindo, portanto, como instrumento adequado para enfrentamento da relação entre empresas e direitos humanos.

3.8 Compliance

A fim de evitar que a análise da devida diligência se confunda com o instituto do *compliance*, é importante extremá-los.

Esta ferramenta, que significa conformidade, possui a função de verificar e garantir o cumprimento de atos, regimentos, normas e leis, ou seja, estar em conformidade com a legislação, padrões éticos e regulamentos, minimizando os riscos do descumprimento.

Segundo Marcos Assi (2013), *Compliance* funciona como uma ferramenta de governança corporativa, atento a sistemas, processos, regras e procedimentos adotados para gerenciar os negócios da instituição, proporcionando o aprimoramento da relação com os investidores. Ainda conforme o autor, é um sistema de controle interno que proporciona segurança e clareza na tomada de decisão por aqueles que se utilizam da contabilidade e demonstração financeira. O *compliance* objetiva principalmente a preservação da boa imagem e reputação de uma organização para manter ou adquirir respeito e confiança do mercado, conforme aponta Wagner Giovani (2014). Para Cavalcanti e Novelli (2019) consiste no dever de pessoa ou empresa estar em conformidade com postulados normativos e éticos.

Autores como Candeloro, Rizzo e Pinho (2012) destacam que o *compliance* não deve ser compreendido apenas como o cumprimento de regras formais, mas também padrões, procedimentos éticos e legais que norteiam uma instituição, constituindo uma linha de atuação da empresa e seus funcionários.

Negrão e Pontelo (2017) apontam que o instituto aborda principalmente aspectos relacionados ao risco regulatório, relacionamento com regulares, risco de imagens institucional e socioambiental, além da construção de um código de ética, procedimentos e monitoramento e controle.

Ocorre que este instituto se limita a conformidade com padrões éticos próprios, instituídos pela própria empresa, de modo que a maior ou menor conformidade depende justamente dos interesses empresariais. Não bastasse isso, não se identifica a transposição da conformidade para além da própria empresa, dito de outro modo, não há interesse declarado em se alcançar a cadeia de fornecimento ou de valor.

No Brasil, o *compliance* possui correspondência direta com atos de corrupção na relação entre sociedades empresariais e entes governamentais, a ponto da literatura correlacionar ambas, encaminhando a compreensão do instituto a um mecanismo eficiente de combate a corrupção, apontando que

a maioria das empresas precisa, em algum momento, se relacionar de forma direta ou indireta com autoridades ou entidades governamentais. Em determinados setores, o grau de dependência para com entidades desta natureza é tão grande que se faz necessário implementar um programa de anticorrupção eficiente, o qual é fundamental para mitigar riscos reputacionais e/ou garantir a conformidade com a legislação e regulamentações (Clayton, 2013, p. 149).

A Lei Federal nº 12.846 de 2013, nominada pela Doutrina de Lei Anticorrupção, confirma a premissa, ao dispor que a existência de procedimentos internos de integridade (*compliance*) serão considerados no momento da aplicação das sanções decorrentes da prática de atos lesivos contra a administração pública.

A referida Lei é regulamentada pelo Decreto nº 8.420 de 2015, merecendo destaque o artigo 41, o qual conceitua programa de integridade, compreendido como *compliance*.

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Embora haja debate sobre os institutos, *compliance* e programa de integridade, é possível concluir que o *compliance* relaciona-se a conformação, notadamente a adequação à leis, regulamentos, códigos de ética, objetivando que a sociedade empresarial tenha um comportamento íntegro, mormente em relação a atos de corrupção, com atenção aos registros contábeis e relatórios financeiros, o que implicaria dizer que é mais amplo que o programa de integridade.

Em que pese a corrupção no Estado possa configurar uma violação aos direitos humanos em decorrência de afronta a princípios constitucionais como o democrático e o republicano e das consequências geradas nas políticas públicas, o *compliance* não tem aptidão a ir além.

Como destacado por Silva e Moreira (2020), o *compliance* tem um forte apelo reputacional. Consoante posteriormente destacado, a pretensão exclusiva para a reputação não é suficiente para o respeito aos direitos humanos. Não se trata apenas da forma como a empresa é compreendida pelo mercado, consumidores e Estado, mas como ele efetivamente atua.

Em relação ao enfrentamento de violações reais ou potenciais dos direitos humanos, Taylor (2009) destaca que avaliações padrões de impacto ou conformidade são úteis para destacar riscos, mas são concebidos como avaliações únicas e não são adequados para acompanhamento de riscos contínuos. Em igual sentido, Sherman III (2020) aponta que a abordagem do tipo “*tick-box*” (caixa de seleção) não atende aos propósitos da devida diligência em direitos humanos, aproximando-se de comportamentos como o “*green washing*”.

Ainda segundo o autor, quando se trata da análise de riscos aos direitos humanos, não é possível monitorá-los por processos mecânicos, notadamente porque é difícil quantificar estes riscos. Listas de verificação ou *compliance*, embora úteis como ponto de partida e verificação cruzada, não são capazes de captar a qualidade do risco e a gama de potenciais mitigações, sendo provável que a forma mais adequada de identificar, compreender e gerir estes riscos, seja por meio de processos de diálogo com as partes interessadas e avaliação interna dos ricos para a empresa (Taylor, 2009).

Não se ignora, contudo, sua utilidade e a possibilidade de enfrentamento de temas como aqueles relacionados à corrupção, que podem ser considerados uma violação de direitos humanos. O que se quer dizer, contudo, é que diante dinamicidade dos eventos que dão origem a violação de direitos humanos é necessária uma ferramenta empresarial que vá além da conformação. É imprescindível que o mecanismo adotado seja igualmente dinâmico, retroalimentado, proativo, apto a identificar os riscos de violação e desenvolver mecanismos integrados à própria empresa para enfrentamento e evitação dos danos. A conformação aos parâmetros legais não basta.

Taylor (2009) aponta que a abordagem do risco aos direitos humanos não é apenas uma declaração de conformidade ou não conformidade, é preciso avançar, objetivando adaptações e mudanças no contexto e nas operações. Sendo assim, há um risco de que as ferramentas de *compliance* proporcionem uma falsa sensação de segurança, não sendo suficientes para acompanhar a dinâmica de mudança do ambiente.

Conduzir a devida diligência não é o mesmo que *compliance*, e sim prevenir medidas contra potencial violação ao padrão de cuidado e aos deveres humanos, a condução não deve ser estritamente legal, mas, como esclarece Taylor (2009), deve ser uma avaliação realista da situação, oferecendo formas criativas de gerir os riscos envolvidos, tanto aqueles que possam causar danos às pessoas como às empresas.

Há que se consignar que, porquanto o *compliance* se utilize das normas existentes como parâmetro, em ambientes de legislação fraca ou permissiva a conformação estará atendida ainda que outras violações ocorram, sobretudo aos direitos humanos. O parâmetro de cumprimento do *compliance* é a legislação local, logo, não há compromisso com avanços no cumprimento de direitos humanos que não estejam expressamente incorporados pela legislação doméstica, tampouco adesão à compromissos voluntários.

Isso implica dizer que em países cujo marco normativo e legal for fraco ou flexível, uma empresa poderá atingir os requisitos do *compliance* embora violem direitos humanos.

A realização de *compliance* por meio do preenchimento de *checklists* é útil para a auditoria, mas é limitado para a gestão dos riscos relacionados aos direitos humanos, porquanto não seja possível antecipar as situações previsíveis (Taylor, 2009). Ainda para o autor, o *checklist* transmite a sensação de segurança sobre conformidade, fazendo com que os riscos não sejam percebidos e a atuação da empresa passa a ser apenas reativa.

Sherman III (2020) apresenta críticas quanto à utilização de modelos de compliance em relação aos direitos humanos porquanto os impactos adversos nas cadeias de abastecimento são tratados como problemas dos fornecedores, exigindo-se auditores e procedimentos de *compliance* a serem promovidos pelos próprios fornecedores. Este comportamento implica na ausência de uma resposta adequada para os impactos adversos notadamente em circunstâncias em que a empresa não causou o impacto mas contribuiu ou está em alguma medida com ele relacionado.

O autor ainda identifica que uma abordagem de *compliance*, sobretudo de cima para baixo, possui pouca probabilidade de alcançar melhores resultados em matéria de direitos humanos pelos fornecedores. Em vez disso, é mais provável que encoraje a fraude por parte dos fornecedores ou a utilização, por parte dos fornecedores, de subcontratantes não autorizados (Sherman III, 2020).

Sem prejuízo da crítica apresentada, é possível defender que a devida diligência seja inserida no programa de *compliance*, de modo a permitir a utilização de sua metodologia própria para que os resultados não se limitem a conformação normativa.

A devida diligência (*due diligence*), como oportunamente detalhado, se caracteriza sobretudo por ser preventiva, envolver múltiplos processos e objetivos, ser baseada no risco, priorizando medidas a partir deste critério, com dinamismo, de forma contínua responsiva e mutável, sem transferência de responsabilidade, orientada para o engajamento das partes interessadas, contínua, integrada a toda a estrutura empresarial, adaptável e pró-ativa (OCDE, 2011).

3.9 Princípios orientadores para empresas e direitos humanos

Como previamente apontado, diante do aumento dos casos de violação de direitos humanos pelas empresas, frente a um cenário mundial de rebaixamento dos direitos humanos e de marcos protetivos nacionais, teve início a discussão sobre a construção de um marco normativo mínimo que compelisse as empresas à respeitar os direitos humanos.

Os Princípios Orientadores surgiram após desconfiança com a proposta inicial de criação do documento conhecido como “as normas” descrito no item 3.1, porquanto se acreditasse que a discussão não estaria amadurecida o suficiente, logo o momento não seria adequado para propositura de um documento obrigatório internacional. Assim John Ruggie foi convidado para encontrar uma nova iniciativa no campo que fosse apta a atingir os objetivos esperados e buscados inclusive pelas “normas”.

A Organização das Nações Unidas, por meio de seu Secretário-Geral, incumbiu o professor John Ruggie para desenvolver formas práticas de enfrentar

riscos para os direitos humanos relacionados diretamente com as atividades empresariais (Davis, 2018).

Após pesquisa e estudo sobre o tema John Ruggie propôs a criação das conhecidas normas de referência: proteger, respeitar e reparar, as quais foram aprimoradas e serviram de fundamento para princípios orientadores para empresas e direitos humanos de observância voluntária. Para a elaboração, Ruggie realizou consultas multissetoriais, pesquisas e projetos durante seis anos.

O caráter voluntário é duramente criticado pela literatura, como se observará oportunamente, apesar disso, considerando que John Ruggie (2014) entendeu que as normas voluntárias teriam maior aptidão de alcançar o respeito aos direitos humanos pelas empresas, pelo menos no momento em que foram propostas, no âmbito internacional, notadamente da Organização das Nações Unidas, os Princípios Orientadores ganharam simpatia e foram endossados por unanimidade pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, tendo John Ruggie (2014) afirmado que este momento era apenas o fim do começo.

Neste cenário, são elaborados os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos (2021) incorporando a ideia de que as empresas devem respeitar os direitos humanos, evitando a violação dos direitos humanos e enfrentando os impactos adversos com decorrente de sua atividade, estejam envolvidas direta ou indiretamente.

Os princípios refletem forte consenso entre Estados, empresas e sociedade civil sobre como abordar o envolvimento das empresas em violações de direitos humanos (Sherman, III, 2020).

As normas de referência, “proteger, respeitar e reparar” sustentam os princípios e definem quais os comportamentos são esperados dos Estados e das Empresas, evidenciando o dever de as empresas respeitarem os direitos humanos, superando o dogma anterior de que a obrigação seria exclusiva dos Estados.

O trabalho final resultou na criação de 31 princípios, organizados e concatenados conforme os três pilares ou quadro referencial (proteger, respeitar e remediar), os quais serão apreciados no capítulo seguinte.

Os princípios orientadores é uma iniciativa que atua diretamente na relação entre empresas e direitos humanos, construindo um conjunto de princípios que pretende atingir esta demanda de forma consistente.

Ainda que seja uma iniciativa voluntária, crítica realizada a outras iniciativas do gênero, a aderência ao tema permite que seja mais bem trabalhada no enfrentamento do problema. Ademais, os Princípios Orientadores possuem previsão específica da figura da devida diligência, objeto deste trabalho, o que justifica a utilização do documento, sobre o qual se passa a analisar mais detidamente.

Os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos, conhecido em inglês pela sigla UNPGs, foram endossados à unanimidade pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Esta foi a primeira vez que o Conselho endossou um texto normativo sobre o tema que não havia sido objeto de prévia negociação com os governos. Para o Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos à época os princípios representavam um padrão global oficial, fornecendo um plano para que todos, Estados e Empresas, adotassem na defesa dos direitos humanos (ONU, 2021).

Conforme destaca Sherman III (2020), os princípios propagaram-se muito além das suas origens na ONU, estando atualmente refletidos ou incorporados em normas internacionais multissetoriais, destacando-se as seguintes: Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, Padrão de Responsabilidade Corporativa ISO 26000, padrões de desempenho revisados da Corporação Financeira Internacional, políticas públicas, declarações do G7, do G20, da UE , a União Africana, a ASEAN, a OEA. É possível apontar ainda a existência de planos de ação de dezenas de países para implementar os UNGP; requisitos de relatórios e divulgação; leis obrigatórias de devida diligência em matéria de direitos humanos promulgadas pela França e pelos Países Baixos e em consideração na Suíça, na Alemanha e outros países. O autor também identifica a existência de pressão dos investidores para divulgar relatórios significativos sobre o desempenho dos direitos humanos, como pode ser visto pelo uso vertiginoso de ESG pelos investidores.

Como destacado, os 31 princípios são constituídos a partir de um marco normativo denominado de “normas de referência” ou “três pilares” (proteger, respeitar e remediar). Portanto, inicia-se o presente capítulo com a prévia análise deste marco normativo para posteriormente analisar o conjunto de princípios.

3.9.1 Normas de referência: proteger, respeitar e reparar.

John Ruggie em 2008 elaborou um relatório para o Secretário Geral das Nações Unidas sobre o problema dos direitos humanos e as corporações transnacionais e outros negócios.

Ruggie (2008) parte da premissa de que as empresas são a principal fonte de investimento e criação de empregos e que os mercados podem ser altamente eficientes na alocação de recursos, constituindo forças capazes de gerar crescimento econômico, reduzir a pobreza, incrementar a demanda pelo estado de direito e, com isso, contribuir para a realização de um importante espectro de direitos humanos.

Contudo, ele observa que os mercados funcionam de forma otimizada somente quando incorporados as regras, costumes e instituições, o que é necessário para a própria sobrevivência do mercado. Além disso, as sociedades precisam dos mercados para administrar os efeitos adversos produzidos por eles (Ruggie, 2008).

John Ruggie (2008) recorda que a história ensina que os mercados representam os maiores riscos à sociedade e aos próprios negócios, quando seu escopo e poder excedem em muito o alcance dos alicerces institucionais que permitem que funcionem sem disfuncionalidades, garantindo a sustentabilidade política.

O cenário atual, com crescentes acusações de abusos de direitos humanos, é o canário na mina de carvão, indicando que nem tudo está bem. A raiz do problema entre empresas e direitos humanos decorre de lacunas de governança derivadas da globalização, bem como pelo impacto das forças e atores econômicos e a capacidade das sociedades administrarem as consequências adversas. Essas lacunas fornecem um ambiente permissivo para a prática de ilícitos por empresas de todos os tipos, mormente quando ausente prévia definição de sanção ou reparação adequada (Ruggie, 2008).

Em seu trabalho Ruggie (2008), muito em virtude da facilidade de acesso permitida pela qualidade de representante especial, conseguiu construir um programa de trabalho extenso, inclusivo e transparente que fosse capaz de refletir os desafios e ouvir as diversas perspectivas das partes interessadas. Observou, ainda, que havia uma carência de uma autoridade focal capaz de atender reivindicações e contra reivindicações em uma escala significativa.

A solução, para alguns, estaria na construção de uma lista limitada de direitos humanos, pelos quais as empresas teriam responsabilidade, no mesmo grau de responsabilidade atribuído aos Estados. Para Ruggie (2008), qualquer lista limitada de direitos certamente perderá alguns significativos, resultando em uma orientação enganosa, além disso, considerando sua qualidade de ator econômico, as empresas possuem responsabilidades únicas, distintas das dos Estados. Isto implicaria dizer, segundo Ruggie (2008), que as responsabilidades estariam emaranhadas, o que tornaria difícil, ou mesmo impossível, dizer quem é responsável por qual impacto na prática, ou seja, haveria uma sobreposição de responsabilidade a despeito da diversidade de comportamento.

Esta análise levou Ruggie (2008) a concluir que a melhor abordagem a se adotar seria aquela em que considera responsabilidades específicas das empresas em relação a todos os direitos que possam impactar. Para o enfrentamento do problema, diante do desalinhamento institucional do domínio dos negócios e dos direitos humanos, entende Ruggie (2008) que os diversos atores sociais devem aprender a fazer coisas de maneira diferente, devendo agir de forma coerente e cumulativa, sendo necessário identificar uma base de obrigações factível.

Diante deste cenário, Ruggie (2008, p. 191) conclui ser necessário definir três princípios básicos: “o dever do Estado de proteger contra abusos de direitos humanos por terceiros, incluindo empresas; a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos; e a necessidade de um acesso mais eficaz aos remédios”.

A escolha dos princípios se justifica da seguinte forma:

o dever do Estado de proteger porque está no cerne do regime internacional de direitos humanos; a responsabilidade corporativa de respeitar porque é a expectativa básica que a sociedade tem dos negócios; e acesso à reparação, porque mesmo os esforços mais concentrados não podem impedir todos os abusos, enquanto o acesso à reparação judicial é muitas vezes problemático e os meios não judiciais são limitadas em número, escopo e eficácia (Ruggie, 2008, p. 191).

Os princípios se interrelacionam e se complementam, servindo cada um como apoio aos demais na obtenção de um progresso sustentável.

Ruggie esclareceu como as normas de referência devem ser compreendidas no documento Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (ONU, 2021), conforme se extrai do Prefácio, de modo que por “proteger” entende-se que “os

Estados têm o dever de proteger contra violações dos direitos humanos por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas, regulamentos, legislação e implementação efetiva". Em relação a "respeitar", diz que "as empresas têm uma responsabilidade independente de respeitar os direitos humanos: ou seja, evitar impactar negativamente os direitos humanos das pessoas por meio de suas atividades ou relações comerciais e lidar com danos que ocorram". No que concerne ao pilar "reparar", esclarece-se que "quando os direitos humanos forem prejudicados, indivíduos e comunidades afetados devem ter acesso mecanismos de reparação eficazes, nos quais tanto estados quanto empresas têm um papel a desempenhar".

No documento, as normas de referência estão descritas como princípios gerais da seguinte forma:

- (a) obrigações assumidas pelos Estados de respeitar, proteger e implementar os direitos humanos e as liberdades fundamentais; (b) o papel das empresas como órgãos especializados da sociedade que desempenham funções especializadas e que devem cumprir todas as leis aplicáveis e respeitar os direitos humanos; (c) a necessidade de que os direitos e obrigações sejam providos de recursos adequados e eficazes em caso de descumprimento (ONU, 2021)

A interpretação e implementação dos princípios ou normas de referência devem ocorrer como um conjunto coerente, a ponto de concluir que o dever de os Estados protegerem os direitos humanos relacionados a atividade empresarial implica na imprescindibilidade de que medidas sejam adotadas para prevenir, investigar, punir e reparar essas violações que possam ser provocadas pelas empresas. Esta conclusão encontra-se expressa no Princípio Fundamental nº 1.

A obrigação dos Estados em proteger os Direitos Humanos devem ser compreendidas de forma ampla, recomendando-se que tomem medidas necessárias para protegê-los dos abusos, prevenindo, investigando e punindo, bem como fornecendo acesso para reparação dos danos.

Embora se diga com certa habitualidade que os governos são entidade apropriadas para enfrentar as difíceis decisões de equilíbrio e conciliação dos diferentes interesses da sociedade, o que Ruggie (2008) observa é que não é possível dizer que os governos estão conseguindo o equilíbrio correto. Isso se dá em virtude de os governos operarem a partir de uma estrutura conceitual e institucional própria, à parte ou desconectada de outros domínios políticos que moldam as práticas

negociais, como políticas comerciais, de investimento, regulação de valores mobiliários e governança corporativa (Ruggie, 2008).

A omissão também não é a opção adequada. Os governos não podem presumir que deixar de agir ou de atuar, ainda que fornecendo orientação e regulação sobre os impactos das atividades corporativas diante dos direitos humanos, seja a opção correta, ao contrário, quanto maior a inação maior o risco de reputação para os governos e negócios, além de riscos para estes próprios e para a sociedade.

Os governos podem adotar medidas importantes para o tema, como apoiar e fortalecer as pressões do mercado sobre as empresas respeitar os direitos, exigindo a divulgação de relatórios que permitam comparar o desempenho relacionado a direitos e usar a “cultura corporativa” para decidir responsabilidade penal, examinando políticas, regras e práticas para determinar responsabilidade criminal e punição, ao invés de basear prestação de contas sobre atos individuais de empregados ou dirigentes (Ruggie, 2008, p. 195).

A norma de referência “proteger” encontra-se prevista no documento nominado de Princípios Orientadores para Empresa e Direitos Humanos (ONU, 2021), o qual estabelece dentre os Princípios Operacionais, que devem os Estados:

- (a) Fazer cumprir as leis que tenham por objeto ou por efeito fazer as empresas respeitarem os direitos humanos e, periodicamente, avaliar a adequação dessas leis e suprir eventuais lacunas; (b) Assegurar que outras leis e políticas que regem a criação e a atividade empresarial, como o direito empresarial, não restrinjam, ao contrário, viabilizem que as empresas respeitem os direitos humanos; (c) Fornecer orientação efetiva às empresas sobre como respeitar os direitos humanos em todas as suas atividades e operações; (d) Incentivar e, quando necessário, exigir que as empresas informem como lidam com seus os impactos nos direitos humanos (ONU, 2011).

O segundo princípio, norma-referência ou pilar, consiste no dever de as sociedades empresariais respeitar os direitos humanos.

Respeitar contém em si própria uma obrigação, a de não desrespeitar, ou seja, de não infringir, não provocar danos, não lesar. Por conseguinte, exigir das empresas respeito aos direitos humanos implica em determinar que considerem as consequências de suas ações e agir de modo a não produzir danos ou, caso sobrevenha, repará-lo.

Ruggie (2008) observa que como as empresas podem afetar praticamente todos os direitos reconhecidos internacionalmente, todos estes direitos devem ser

considerados, ainda que alguns possam exigir maior atenção em contextos particulares. Sem prejuízo disso, em algumas situações algumas empresas podem ter responsabilidades adicionais, como quando desempenham funções públicas ou assumem compromissos voluntários adicionais.

De qualquer forma, a responsabilidade de respeitar é a expectativa mínima para todas as empresas, inclusive, como apontado neste trabalho, dispensa qualquer documento complementar. O princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios da ordem econômica, por si só, como já destacado, são suficientes para que as empresas submetam a esta obrigação constitucional. Despeitar os direitos humanos, ainda que por uma sociedade empresarial, implica em um comportamento em desconformidade com o ordenamento constitucional. Importa destacar que uma empresa não pode compensar os danos aos direitos humanos realizando boas ações em outro lugar (Ruggie, 2008).

Ademais, não causar danos não é meramente uma responsabilidade passiva para as empresas, pode também implicar ações positivas, como uma política antidiscriminação no local de trabalho pode exigir que a empresa adote programas específicos de recrutamento e treinamento (Ruggie, 2008, p. 199).

A responsabilidade em respeitar os direitos humanos ainda abrange os conceitos de esfera de influência e cumplicidade, ou seja, a empresa deve cuidar não apenas para não causar danos, mas também ser diligente para que as empresas com as quais se relaciona também não causem danos, tampouco para que seja cúmplice de ações desta natureza. O ponto será abordado com mais vagar adiante.

No que concerne ao pilar “respeitar”, os Princípios Orientadores disciplinam, conforme se extrai dos itens 11 e 13 do documento Princípios Orientadores para empresas e Direitos Humanos (ONU, 2021), a existência de padrões de conduta esperados pelas sociedades empresariais, notadamente o dever de que se abstêm de violar os direitos humanos e enfrentem os impactos adversos nas hipóteses em que tenham algum envolvimento, direto ou indireto. As empresas também devem evitar causar ou contribuir para impactos adversos decorrentes de suas próprias atividades, bem como prevenir e mitigar os impactos adversos quando estiverem diretamente relacionados às suas atividades e operações, ainda que não haja contribuição direta.

Por fim, o último pilar ou norma-referência é reparar, garantir o acesso à meios de reparação. Segundo Ruggie (2008), quando os direitos humanos sofrerem danos,

indivíduos e comunidades afetados devem ter acesso à mecanismos de reparação que sejam eficazes, devendo tanto os Estados quanto às empresas terem um papel importante na reparação.

A existência de regulação sem acompanhamento de instrumentos eficientes para investigar, punir e reparar os abusos, é inócuo. Exigir das empresas que respeitem os direitos humanos sem que haja um incentivo negativo para o cumprimento poderá não despertar atenção das empresas para promover a reparação.

As organizações internacionais recomendam com maior frequência que os Estados investiguem e punam abusos aos direitos humanos por parte das empresas. Todavia, fornecer acesso a recursos não implica dizer que todas as alegações representem abusos reais ou reclamações de boa-fé, mas que se permite a investigação de forma ampla e transparente, bem como, caso o abuso seja verificado, permite-se a reparação, com a maior brevidade possível e sem a criação de subterfúgios ou obstáculos à esta.

A reparação pode incluir compensação, restituição, garantias de não repetição, mudanças na lei relevante e desculpas públicas (Ruggie, 2008). Além disso identifica-se a existência de novas ferramentas de responsabilização, tanto cíveis quanto criminais, a partir de falhas na cultura organizacional, como já discutido.

Mecanismos extrajudiciais são tão importantes quanto os processos judiciais, em casos em que os tribunais locais podem não fornecer acesso adequado e eficaz à reparação, os meios extrajudiciais podem ser mais simples e céleres, podendo comportar-se mais adequadamente ao tipo de abuso.

Instrumentos não judiciais também podem ser baseados em agências de supervisão de padrão, de financiamento, instituições nacionais de direitos humanos, modelos como os Pontos de Contato Nacionais da OCDE, bem como mecanismos multilaterais em que várias partes interessadas possam debater o problema e propor soluções.

Importa consignar que os mecanismos de denúncia devem ser múltiplos, alcançando as empresas, corporações, sociedade civil, organismos internacionais e o próprio estado, devendo serem, sobretudo, acessíveis, previsíveis, transparentes, aberto a participação e ao diálogo.

A norma de referência reparar, segundo o documento que disciplinou os Princípios Orientadores, consiste no estabelecimento aos lesados de acesso a

instrumentos de reparação eficazes para reparação judicial e extrajudicial, reduzindo-se obstáculos jurídicos, práticos ou de outras naturezas que obstem o acesso à justiça. Conforme destacado, estes mecanismos devem ser variados, alcançando os Estados e as empresas, as quais devem desenvolver meios acessíveis, previsíveis e transparentes para o diálogo, consoante se extraí do Princípio 25 dos Princípios Orientadores (ONU, 2011).

A reparação é considerada um dos maiores problemas dos abusos verificados. A impunidade, como previamente apontado, deve ser superada. Os responsáveis devem ser punidos e as vítimas reparadas.

Portanto, os três princípios ou normas de referência, proteger, respeitar e reparar, estruturam os princípios orientadores para empresas e direitos humanos da ONU, estão constituídos em 31 princípios, os quais estão fundados nas normas de referência, “proteger, respeitar e reparar”. A partir destas os princípios se organizam em conjuntos específicos, tentando dar densidade a estes princípios gerais.

3.9.2. Os Princípios orientadores referentes à norma de referência “proteger”

O primeiro conjunto de princípios cuida da norma referência “proteger”, atribuição dos Estados, sem prejuízo das empresas manifestarem o cuidado devido em suas relações.

Proteger os direitos humanos é uma norma de conduta dos Estados, ainda que não sejam, por si sós, responsáveis por violações de direitos humanos. Entretanto, eventualmente podem descumprir suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, podendo a violação ser-lhe atribuída em virtude de tê-la praticado ou por deixar de agir para impedir, investigar, punir ou reparar as violações produzidas por atores privados (ONU, 2011). Trata-se de obrigação expressa como Princípio Fundamental n. 1.

O Segundo princípio aponta que aos Estados compete o dever de claramente estabelecer a expectativa de que todas as empresas que estejam em seu território ou jurisdição respeito os direitos humanos em todas as atividades (ONU, 2011). A exigência se fundamenta na pretensão de se assegurar previsibilidade acerca das

medidas coerentes e consistentes que possam ser tomadas, assim como preservar a reputação do Estado.

Dentre as medidas, pode-se incluir sistemas penais capazes de punir com base na nacionalidade do autor, a despeito do local da ofensa, além da possibilidade de punição em detrimento da empresa, sem ser necessário avançar à análise acerca do comportamento de qualquer dos indivíduos que atuam ou comandam as atividades, trata-se de punição pela cultura empresarial desempenhada.

Estes princípios são considerados fundamentais na estrutura do documento. Os princípios seguintes, ainda inseridos no campo da norma de referência “proteger”, são nominados como operacionais, porquanto desenvolvam aspectos práticos e propostas concretas para a implementação.

O princípio nº 3, nominado de “funções normativas e políticas de caráter geral dos Estados”, estabelece que estes devem fazer com que as leis que disponham sobre o respeito aos direitos humanos sejam cumpridas, além de periodicamente avaliar se estas leis são adequadas, suprindo eventuais lacunas (ONU, 2021).

No caso brasileiro é evidente a existência de norma constitucional que obriga o respeito aos direitos humanos, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana e do dever de solidariedade (art. 1º, III e art. 3º, I, da Constituição Federal), bem como a previsão contida nos princípios da ordem econômica (art. 170, *caput*, da Constituição Federal), cuja análise detida foi realizada no primeiro capítulo deste trabalho.

O princípio citado ainda estimula os Estados a desenvolverem sua legislação de modo a não criar embaraços para o respeito aos direitos humanos pelas empresas, ao contrário, que sejam por elas estimuladas. É necessário estimular um ambiente favorável ao respeito pretendido. As empresas não possuem clareza de qual deve ser sua relação com o tema (ONU, 2011).

Além disso, cabe ao estado orientar as empresas sobre como respeitar os direitos humanos, porquanto não se trate de tarefa óbvia, a despeito de parecer. Como explica Kahneman (2012), podemos ficar cegos para o óbvio, e somos cegos para a própria cegueira.

Nos comentários realizados por John Ruggie ao referido dispositivo, fica evidente que para que as empresas possam indicar satisfatoriamente os resultados esperados e que respeita os direitos humanos, deverá dispor de mecanismos como a devida diligência (ONU, 2011)

Desta forma, coerente a exigência contida no item B.3.d do referido documento, o qual aponta que os Estados devem incentivar e, se necessário, exigir que as empresas informem como lidam com os impactos produzidos aos direitos humanos.

Quanto a relação que deve o Estado desenvolver com as Empresas, o item 4 aponta que cabe aos Estados a adoção de medidas adicionais de proteção contra as violações cometidas por empresas de sua propriedade, ou sob controle estatal, ou ainda que recebam apoio significativo do Estado, assim como órgãos estatais (v.g. órgãos de créditos, seguro, investimento, exportação) (ONU, 2011). Nestas circunstâncias, deverá exigir, se adequado, a devida diligência em direitos humanos.

Fica evidente que quanto mais próxima uma empresa for do Estado, ou quanto maior sua relação com a autoridade estatal ou com recursos públicos, maior deve ser o cuidado e o respeito com os Direitos Humanos (ONU, 2011). Ademais, detém o Estado de mecanismos e poder suficiente para garantir que medidas de respeito aos direitos humanos sejam adotadas.

Inexistindo cuidado com o tema, não considerando explicitamente os impactos adversos, reais ou potenciais, que suas empresas, beneficiárias, ou negócios que se relacione diretamente produzam, o Estado coloca em risco sua reputação, além de ativos financeiros e políticos, contribuindo com o dano.

Para cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos, segundo se extrai do Princípio 5, os Estados devem exercer um monitoramento adequado nas contratações de empresas ou mesmo quando promulgam leis que possam impactar o gozo ou usufruto destes direitos (ONU, 2021).

Isso implica dizer, como se observa dos comentários de John Ruggie, que os Estados não renunciam às suas obrigações internacionais quando privatizam serviços, devendo, ao contrário, assegurar que possuem meios de fiscalizar de forma efetiva as atividades da empresa contratada, notadamente na relação destas com os direitos humanos (ONU, 2021).

O Princípio 6 dispõe que “(o)s Estados devem promover o respeito aos direitos humanos por parte das empresas com as quais realizam transações comerciais” (ONU, 2011, p.16). isso implica dizer que em qualquer trato negocial que o Estado participe o cuidado com os direitos humanos deve ser destacado, inclusive por meio de promoção da conscientização sobre o tema e o dever de respeito pelos parceiros.

Sem prejuízo disso, como será observado adiante, deve o Estado buscar meios de assegurar este respeito pelas empresas parceiras.

Em zonas afetadas por conflitos, considerando o risco de graves violações ser maior, devem os Estados assegurar que as empresas que operem nestes contextos não estejam envolvidas nos abusos, devendo adotar medidas de colaboração para ajudar a identificação, prevenção e mitigação dos riscos; prestar assistência a fim de avaliar e tratar os principais riscos de violações, sobretudo violência de gênero e sexual; o Estado ainda deve negar acesso a serviços e recursos públicos a qualquer empresa que esteja envolvida com as violações ou que se recuse a cooperar para resolução do problema; bem como deve assegurar que a lei e regulamentos sejam eficazes para diminuir o risco das graves violações que possam ser promovidas pelas empresas, conforme leciona o Princípio 7 (ONU, 2021).

Para consecução deste fim, o Estado no qual as empresas possuem sede, devem promover cooperação próxima com os órgãos de governo, notadamente ministérios de relações exteriores e comércio, além de instituições de financiamento e embaixadas, assim como junto aos órgãos governamentais do país em conflito, desenvolvendo indicadores de alerta e notificação acerca dos problemas (ONU, 2011). Deve ainda estabelecer consequências a serem aplicadas nas hipóteses de falhas provocadas pelas empresas pela ausência de interesse em colaborar ou cooperar, o que pode incluir cancelar ou encerrar a prestação de serviços ou negar a prestação futura.

O princípio 8 trata da garantia de coerência política, apontando que os Estados devem assegurar que os órgãos e instituições estatais que orientem as práticas empresariais sejam conscientes acerca das obrigações dos direitos humanos a as respeitem, especialmente oferecendo informação, treinamento e suporte (ONU, 2011).

Trata-se da manutenção da coerência vertical e horizontal previamente observada, na qual os estados devem dispor de normas que estejam em conformidade com os documentos internacionais que tenha ratificado. E, do ponto de vista da coerência horizontal, deve exigir que seus órgãos internos ajam de forma coerente e consciente acerca da relação entre empresas e direitos humanos, sem que haja políticas públicas conflituosas.

Ainda sobre este tema, o item 9 aponta que devem os Estados estabelecer e manter um marco normativo nacional adequado com a finalidade de assegurar o

cumprimento das obrigações de direitos humanos, inclusive em documentos e acordos firmados internacionalmente (ONU, 2011). Isso implica dizer que a estrutura normativa deve criar obrigações e deveres aos Estados a ponto de evitar que estes descumprem ou sejam demasiadamente flexíveis com empresas quando firmar acordos e tratados internacionais, sem que isso implique em violação ou omissão quanto à proteção dos investidores. A utilização da técnica do pré-compromisso (ELSTER, 2009) seria um meio adequado para evitar abusos ou incremento do risco de violação.

Encerrando o grupo de princípios relacionados ao dever de proteção dos Estados, o Princípio 10 apresenta que, quando membros de instituições multilaterais que cuidam de assuntos relacionados às empresas, devem procurar assegurar que estas instituições não limitem a capacidade de os Estados proteger ou impeçam a atuação sobre o tema (ONU, 2011).

Devem, ainda, incentivar as instituições a promoverem os direitos humanos, apoiando os Estados no cumprimento de seu dever de proteção, inclusive por meio de assistência técnica, capacitação e sensibilização. Por fim, deve-se inspirar nestes princípios para promoção do entendimento mútuo e avanço na cooperação e gerenciamento dos desafios existentes entre empresas e direitos humanos.

3.9.3 Os Princípios Orientadores referentes à norma de referência “respeitar”

O segundo pilar, ou norma-referência, estrutura um conjunto de princípios voltados às empresas, notadamente a partir da percepção de que respeitar os direitos humanos é uma norma de conduta global, esperada de todas as empresas independente de seu tamanho ou da área de atuação.

O Princípio 11, nominado de princípio fundamental, esclarece que o dever de as empresas respeitarem os direitos humanos implica no dever de abstenção de violar estes direitos além do dever de enfrentar os impactos adversos com os quais tenha algum envolvimento (ONU, 2011).

Ruggie elucida que “as empresas não devem comprometer a capacidade dos Estados de cumprirem suas próprias obrigações de direitos humanos, nem adotar

ações que possam enfraquecer a integridade de processos judiciais" (ONU, 2021, p. 20).

O Princípio 12 delimita quais os direitos humanos serão exigidos o respeito pelas empresas. Trata-se do debate apresentado por Ruggie acerca da limitação dos direitos e do risco envolvido na escolha. Todavia, o princípio estabelece como marco mínimo aqueles direitos humanos expressos na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios de direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

Como fica evidente, não há delimitação de quais os direitos específicos devem ser respeitados, embora seja exigível das empresas que os direitos que estejam em maior risco em seu setor ou contexto receba maior atenção. Além disso, trata-se de uma exigência mínima, sem prejuízo do respeito à outros direitos previstos em outros documentos mas que possuem vinculação com a atividade desenvolvida.

O Princípio 13 (ONU, 2011) aponta que a responsabilidade de respeitar resulta na exigência de que as empresas evitem causar ou contribuir para impactos adversos por meio de sua própria atividade. Além disso, exige-se das empresas que enfrentem os impactos quando ocorrerem. As empresas também devem prevenir ou mitigar os impactos adversos que estejam diretamente relacionados às suas atividades e operações, ainda que não tenha contribuído para esses impactos.

Conforme antecipado, a responsabilidade de respeitar os direitos humanos aplica-se a todas as empresas, independentemente de seu tamanho, setor, contexto, proprietário ou estrutura, como destaca o Princípio 14 (ONU, 2011). A despeito disto, a magnitude e complexidade dos meios necessários para respeitar pode variar conforme estes fatores e gravidades, ou seja, a forma de cumprimento será proporcional e pode ser adaptada a realidade individual de cada empresa, notadamente as micro e pequenas empresas, o que não afasta o dever de respeitar.

Para o cumprimento do dever de respeitar, as empresas devem possuir políticas e processos adequados conforme tamanho e circunstância, o que inclui, segundo o Princípio 15 (ONU, 2021), um compromisso político de respeitar os direitos humanos; um processo de devida diligência para identificar, prevenir, mitigar e prestar conta dos impactos; assim como processos que possibilitem a reparação dos impactos adversos causados pelas empresas ou que tenham contribuído para sua ocorrência.

O compromisso político é um dos princípios operacionais, estando previsto no item 16, o qual adverte que as empresas devem expressar seu compromisso mediante uma declaração política que seja aprovada no mais alto nível de direção da empresa; esteja baseada em assessoria especializada, interna ou externa; estabeleça as expectativas de direitos humanos da empresa a todas as partes interessadas, parceiros comerciais, pessoas com quem se relacione e aos próprios colaboradores; deve ainda estar publicamente disponível e ser disseminada a todos; estando refletida em diretrizes políticas e processos operacionais a fim de que seja incorporada a toda a empresa (ONU, 2011).

A devida diligência em direitos humanos encontra um espaço importante entre os princípios 17 a 21. Considerando que se trata do objeto principal deste trabalho, a matéria será analisada de forma aprofundada adiante, quando a devida diligência será analisada com mais vagar.

O Princípio 22, considerando que mesmo as melhores práticas de uma empresa possuem potencial de produção de danos não previstos ou que não são capazes de prevenir, dispõe que quando as empresas constatarem que provocaram ou contribuíram para produzir impactos adversos aos direitos humanos, deverão reparar ou contribuir para a reparação (ONU, 2021).

Ruggie (ONU, 2011) destaca, ao comentar o princípio, que nas hipóteses em que os danos ou impactos não tenham sido causados pela empresa, ou não tenha ela contribuído, estas não ficam obrigadas a reparar o dano, todavia, caso possuam relação direta com a causadora, deverá desempenhar papel no processo de reparação, podendo, inclusive, cooperar com os mecanismos judiciais ou adotar postura ativa e, caso possível, por meio de sua influência, para que os danos sejam reparados.

O Princípio 23 retoma discussão previamente apresentada neste trabalho e diz respeito à necessidade de respeitar os direitos humanos em situações em que há conflito com a ordem local. Segundo o princípio as empresas devem buscar forma de respeitar os direitos humanos na maior medida possível, sem que implique em conflito com o regramento legal do país acolhimento.

Deve ainda “considerar o risco de causar ou contribuir para graves violações de direitos humanos como uma questão de cumprimento da lei onde quer que operem” (ONU, 2021).

Em contextos complexos, conforme aponta Ruggie (ONU, 2011), as empresas devem se assegurar de não agravar eventuais situações de desrespeito aos direitos humanos ou de riscos de violação. Devem avaliar a forma de atuação, ouvindo as partes interessadas, para que não contribuam com os danos que porventura possam estar ocorrendo.

Dentre os impactos adversos que podem ser produzidos, sejam eles reais ou potenciais, devem as empresas priorizar a prevenção e a mitigação das consequências mais graves ou que podem se tornar irreversíveis caso não haja uma resposta imediata, conforme preleciona o Princípio 24 (ONU, 2011). Cuida-se da necessidade de priorizar o enfrentamento a partir da ordem de severidade dos impactos, considerando as consequências de uma resposta tardia.

3.9.4 Os Princípios Orientadores referentes à norma de referência “reparar”

O último pilar ou norma de referência diz respeito ao dever de reparação. A experiência acumulada com os casos de violação de direitos humanos aponta para a necessidade de se criar e facilitar ao cesso a acesso a mecanismos de reparação, sob pena dos danos se perpetuarem e da impunidade tornar-se uma constante.

Sendo assim, um dos princípios fundamentais (Princípio 25) dispõe, como parte do dever dos Estados proteger os direitos humanos das violações relacionadas com a atividade empresarial, deverão tomar medidas adequadas para garantir, seja através de meios judiciais ou administrativos, que caso as violações ocorram, os indivíduos e grupos impactados terão acesso a meios eficazes de reparação (ONU, 2011).

Como se observa, aos Estados compete tanto o dever de proteger os direitos humanos como o de criar e garantir a existência de mecanismos de reparação, os quais devem ser eficazes, orientados para os direitos humanos e para a reparação.

Mecanismos de denúncia também são esperados, entendendo-se esta como a percepção de injustiça que afeta um grupo ou pessoa com base na lei, contrato, promessas e práticas costumeiras, ou por noções gerais de justiça das comunidades afetadas. Sendo assim, no contexto dos Princípios Orientadores (ONU, 2011), mecanismos de denúncia incluem qualquer processo habitual, estatal ou não, judicial

ou extrajudicial, por intermédio do qual seja possível realizar denúncias na busca da reparação nos casos de violação relacionados à atividade empresarial.

O Princípio Operacional 26 apresenta os mecanismos estatais judiciais para reparação (ONU, 2011), apontando que os Estados devem adotar medidas para que os mecanismos judiciais nacionais sejam eficazes no enfrentamento das questões que envolvam violação aos direitos humanos, sobretudo criando formas de reduzir eventuais obstáculos jurídicos ou de outra natureza, que possam resultar na negação do acesso aos mecanismos de reparação.

Ruggie (ONU, 2011) reconhece que os mecanismos judiciais dependem de sua imparcialidade, integridade e capacidade de se orientar por um devido processo legal, sendo essenciais, quando eficazes, para garantir o acesso à reparação.

Os Estados devem buscar meios para assegurar a não imposição de barreiras para a apresentação judicial de casos de violação, assim como assegurar que a administração da justiça não seja obstruída por corrupção judicial, devendo os Tribunais serem independentes às pressões econômicas ou políticas, bem como assegurando que não existam obstáculos às atividades legítimas e pacíficas de defensores e defensoras de direitos humanos.

Ruggie (ONU, 2011) indica que os obstáculos judiciais podem estar presentes quando as responsabilidades judiciais atribuídas a membros de um grupo empresarial podem não ser compelidos ou possibilitada a exigência da prestação de contas adequada; quando os demandantes são impedidos de acessar os tribunais do Estado onde se encontra a sede da empresa; ou ainda quando povos indígenas ou migrantes são excluídos da proteção de direitos aplicado ao restante da população.

As barreiras práticas, por seu turno, são identificadas dentre circunstâncias que possam inviabilizar o acesso aos mecanismos de reparação, como no caso em que o custo para apresentar a denúncia desestimula ou inviabiliza a propositura da demanda; quando há dificuldade para encontrar representação jurídica em virtude da falta de recursos; inexistência de demandas coletivas; ou quando os promotores de justiça carecem de recursos, conhecimento e apoio para cumprir suas obrigações.

Percebe-se que o modelo judicial brasileiro é particularmente adequado para permitir o acesso à mecanismos de reparação, com instituições fortes como o Ministério Público e a Defensoria Pública, além da facilidade de acesso permitida pela concessão sem maiores barreiras do benefício da gratuidade da justiça. De todo modo, não se pode ignorar, tomando como paradigma casos complexos, que há certa

dificuldade no enfrentamento das violações, o que pode permitir conclusões de que os meios judiciais podem ainda não ser totalmente eficazes. O princípio 31 estabelece paradigmas para o conceito de mecanismos eficaz, o que será observado adiante.

O Princípio 27 orienta que os Estados devem fornecer, em paralelo aos mecanismos judiciais, mecanismos extrajudiciais de denúncia, que sejam eficazes e apropriados para a reparação das violações (ONU, 2011). O princípio justifica-se pela insuficiência do sistema judicial para enfrentar todas as violações, assim como porque não deve ficar ao seu encargo o ônus de lidar com todas elas. Trata-se de uma forma de fomentar mais uma forma de acesso aos meios de reparação, não transferindo ao Poder Judiciário a responsabilidade exclusiva. Além disso, o próprio Estado pode determinar que as empresas criem estes canais ou subsídien instituições que possam fazer este enfrentamento.

Igual raciocínio vem estampado no item 28, o qual dispõe que os Estado devem disponibilizar meios de facilitar o acesso aos mecanismos não estatais de denúncias (ONU, 2011), os quais podem ser mais rápidos e com custos reduzidos.

O Princípio 29 dispõe que as empresas devem estabelecer ou participar de meios de denúncia em nível operacional, a fim de que seja possível atender e reparar rapidamente os danos causados, devendo estes mecanismos estarem à disposição dos indivíduos e grupos que eventualmente possam ser vítimas destes impactos (ONU, 2011).

Estes mecanismos de denúncia em nível operacional têm como função contribuir para que os impactos adversos possam ser identificados como parte da devida diligência. Este objetivo pode ser alcançado por meio de canais de denúncia dos impactos e, ao analisar as tendências e padrões de denúncias, podem as empresas identificar problemas sistêmicos e adaptar suas práticas (ONU, 2011).

Outra função é possibilitar que as denúncias, tão logo identificadas, possam ser tratadas e os impactos reparados antecipadamente, evitando que os danos e as denúncias escalem (ONU, 2011).

Cabe às corporações formada por múltiplas partes interessadas e outras iniciativas, garantirem que os mecanismos de denúncia efetivos estejam disponíveis, como revela o Princípio 30 (ONU, 2011). Esta disposição confirma a afirmação que o dever de reparar, ou pelo menos de possibilitar o acesso aos mecanismos de reparação, não é atribuição exclusiva do Estado, devendo ser suportado por todos os envolvidos, partes interessadas e corporações de empresas.

O Princípio 31 estabelece critérios de eficácia dos mecanismos extrajudiciais de denúncia. A eficácia é caracterizada pelos requisitos de legitimidade, acessibilidade, previsibilidade, equidade, transparência, conformidade, contínuo, dialógicos (ONU, 2011).

Entende-se como legítimo o mecanismo de denúncia extrajudicial que seja confiável, bem como que não há interferência de quaisquer das partes.

Por acessibilidade deve-se entender como sendo um mecanismo de amplo acesso, sem que haja barreiras em virtude do idioma, da localização física, devendo ser acessível independentemente do nível de alfabetização.

A previsibilidade é exigível como o estabelecimento prévio de um procedimento definido e conhecido, em que haja prazos especificados para cada etapa, com esclarecimento acerca do processo e dos resultados possíveis, sendo possível o monitoramento do cumprimento dos resultados, sem prejuízo da possibilidade de flexibilização e adaptação conforme necessário.

Por equitativo entende-se o mecanismo no qual as vítimas são tratadas em condições de igualdade, com informações adequada a respeito, com acesso as fontes de informação, assessoramento e conhecimentos específicos que forem necessários para apresentação da denúncia. Com isso, pretende-se afastar eventuais desequilíbrios e permitir que, mesmo sem recursos, os denunciantes possam ter acesso a peritos ou outro conhecimento técnico especializado necessário, para que o resultado possa ser compreendido como justo e que possa resultar em soluções duradouras.

A transparência consiste em manter as partes informadas sobre a evolução do processo, como forma de fomentar a confiança na eficácia do mecanismo e proteger o interesse público envolvido. Contudo, a transparência deve respeitar a confidencialidade necessária, notadamente quanto ao diálogo entre as partes e das pessoas envolvidas, sempre que necessário.

A conformidade deve ser compreendida como a adequação aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, de modo que os resultados e as reparações devem observar estes. Isso implica dizer que as próprias denúncias devem avançar quando o assunto envolvido consistir em impactos aos direitos humanos. Sem prejuízo, ainda que não aparentem inicialmente, estas denúncias podem ser analisadas como forma de verificar se em larga escala ou caso o dano individual escale, possa resultar nesta espécie de violação.

Por continuidade deve-se entender que os mecanismos devem utilizar as experiências relevantes como forma de melhorar os mecanismos e evitar novas denúncias e violações futuras.

Os mecanismos, quando em nível operacional, também devem ser dialógicos, a fim de que os indivíduos e grupos envolvidos e interessados, possam ser consultados, inclusive acerca da forma como devem as denúncias serem tratadas e resolvidas. Pretende-se fomentar a solução negociada dos conflitos pelas empresas, sem impedimento de que um terceiro imparcial, legítimo e independente, possa ser provocado para resolução dos conflitos.

3.10 Direitos humanos e empresas no cenário brasileiro: O Plano de Ação e o Decreto 9.571/18

No âmbito local estes princípios foram parcialmente incorporados no ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto Federal nº 9.571 de 21 de novembro de 2018, revogado durante a elaboração deste trabalho.

O decreto foi objeto de críticas em virtude da ausência de legitimidade, porquanto não reproduzem o texto dos princípios, foi introjetado no ordenamento local sem que houvesse discussão acerca, de forma ampla e aprofundada, com a sociedade civil (Netto Júnior et al, 2019).

Com efeito, não houve consultas ou audiências públicas anteriores a edição do decreto. A sociedade civil não foi ouvida, não tendo havido discussão sobre um tema desta relevância, tanto em relação às partes interessadas como às próprias empresas, o que pode revelar, inclusive, um vício de origem, como aponta Netto Júnior (et al, 2019).

A ausência de diálogo e participação pública na elaboração do decreto foi, inclusive, constatado pelos observadores da ONU como informado em relatório pela Câmara dos Deputados produzido em resposta à consultoria contratada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) por meio do Termo de Referência IC 34360/2020: “Apoio Técnico Para a Implementação do Observatório Parlamentar da Revisão Periódica Universal no âmbito do Observatório Parlamentar da RPU”, ao tratar do monitoramento e avaliação do cumprimento das

recomendações feitas ao Estado brasileiro no terceiro ciclo (2017-2021) da Revisão Periódica Universal (RPU) com relação à temática “empresas e direitos humanos”.

Extrai-se do relatório que há um déficit democrático no Decreto citado, ignorando-se temas importantes como o conceito de cumplicidade e de devida diligência apresentados nos Princípios da ONU. Além disso, teria havido lacunas no tratamento de matérias como a extraterritorialidade, o consentimento livre, prévio e informado, além das leis de cadeias produtivas

O referido decreto também vem em descompasso como o Plano de Ação Nacional, até agora inexistente. Era esperado uma política ampla e conjunta sobre o tema, de forma estruturada e estabelecida, sobretudo, a partir de um plano de ação capaz de estabelecer diretrizes e objetivos, no qual poderia estar previsto o referido decreto e o debate público precedente.

O plano de ação é uma recomendação da ONU apresentada pelo Grupo de Trabalho da Organização das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (GTEDH-ONU) em visita ao Brasil em dezembro de 2015, com o objetivo de verificar o cenário de proteção aos direitos humanos com relação às empresas. Além desta, foram elaboradas outras 28 recomendações, sendo 17 direcionadas ao governo, 7 às empresas e 4 a sociedade civil.

As recomendações orientam que o Plano de Ação deve estar alinhado aos princípios orientadores, precisando preencher quatro requisitos essenciais, a saber: obrigatoriedade fundamentação aos princípios orientadores; contextualização com a realidade do país; processo de elaboração transparente e democrático; revisão e atualização periódica.

O relatório citado aponta que a disseminação e implantação dos princípios orientadores é necessária, todavia, não há que se descuidar dos riscos decorrentes do déficit democrático das instituições, o que pode ocasionar falta de legitimidade do plano, principalmente quando houver desequilíbrio de forças entre os diversos autores. Além disso, o relatório apontou que a definição de políticas públicas de direitos humanos deve ter como ponto de partida as demandas das vítimas e potenciais atingidos, devendo o processo de elaboração do plano de ação considerá-las. Isto implica dizer que a construção deve ser coletiva e com ampla interlocução.

O Plano de Ação brasileiro ainda não foi elaborado, ao contrário de países como o Chile. Houve, contudo, debates, como noticiado pelo Ministério dos Direitos Humanos, que teria em 2018 consultado mais de 130 organizações da sociedade civil,

empresas e órgãos federais, sem ter havido, todavia, consulta pública para construção do documento e as razões de escolhas dos consultados pelo Ministério, como noticiado pela Câmara dos Deputados em seu relatório (2021).

O Relatório do Estado Brasileiro para a Avaliação do IV Ciclo da Revisão Periódica Universal – RPU (2022) informa que o Plano Nacional de Ação sobre empresas e direitos humanos ainda está em elaboração, destacando que desde 2020, mais de 60 reuniões foram realizadas, com representantes de governo, do setor privado e da sociedade civil, ressaltando que em fevereiro de 2022, foi publicado edital para selecionar as entidades que irão apoiar a elaboração do Plano.

Desta forma, inclusive pelo que se dessume do relatório, a única política pública existente para o tratamento da matéria pelo governo federal era o Decreto nº 9.571/2018.

O referido decreto reproduz a mesma característica dos Princípios Orientadores, objeto de significativa crítica, a voluntariedade de sua observância. Este elemento faz com que autores como Netto Junior *et al* (2019) questionem a capacidade deste documento em alterar a realidade das violações dos direitos humanos, e, principalmente, se este documento não estaria relativizando o cumprimento de normas cogentes consolidadas no ordenamento jurídico.

Com efeito, o estado da arte do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente com a evolução da matéria acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a previsão constitucional do princípio da dignidade da pessoa humano desperta dúvida sobre a natureza voluntária da observância do decreto, sugerindo a dúvida se não houve um rebaixamento das normas de proteção.

Parece ser possível dizer que a relação do decreto com o ordenamento jurídico e direitos previamente previstos deve ser a mesma entre estrutura e conteúdo. O decreto estrutura a discussão e traz alguns elementos importantes para o debate, mas não tem capacidade de rebaixar a proteção. Como defendido neste trabalho, o que será retomado oportunamente, o dever de respeitar os direitos humanos independe dos princípios orientadores o do Decreto 9.571/2015, trata-se de obrigação constitucional imposta a todos, inclusive as sociedades empresariais.

O Decreto supracitado reproduziu no art. 2º os mesmos eixos orientadores, substituindo o termo princípios²⁶ por diretrizes. Do citado dispositivo observa-se que

²⁶ A terminologia “princípio” possui contornos específicos na tradição jurídica brasileira. Na esteira de autores como José Joaquim Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Ed.

além da previsão das três normas de referência (proteger, respeitar e reparar), incluiu-se o dever de implantação, monitoramento e avaliação das diretrizes.

Sendo assim, no citado Decreto os princípios são de compreendidos como de observância voluntária, tratando-se de norma jurídica caracterizada como *soft law*. Há previsão expressa de que as diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas, conforme disposto no art. 1, §2º, do Decreto Federal nº 9.571 de 21 de novembro de 2018.

A partir destas premissas e do que foi estabelecido até este momento, conclui-se que os princípios orientadores, embora carreguem o rótulo do cumprimento voluntário, devem ser interpretados como de observância obrigatória, naquilo que reproduzam direitos humanos reconhecidos pelo Brasil ou ainda que não previstos expressamente na Constituição Federal, mas que possam nela ser inseridos por força do disposto no art. 5º, §2º, da CF. Além disso, considerando que a Dignidade da Pessoa Humana funciona como um sobreprincípio, núcleo dos direitos humanos e fundamento do dever de cuidado, como estabelecido por Peter Härbele (2013).

O problema se torna mais complexo quando se trata da análise de institutos que não possuem reprodução em outros documentos, como é o caso da devida diligência em direitos humanos.

Em que pese ser possível dizer que determinados princípios devam ser obrigatoriamente observados, como as normas de referência, em virtude de outros instrumentos legais que exigem sua observância, em relação a devida diligência (*due diligence*) é preciso aprofundar o debate e verificar se a previsão contida nos princípios orientadores é suficiente para obrigar as empresas à sua observância ou se é necessária a existência de lei formal para tanto.

Antes, mostra-se necessário analisar o instituto da devida diligência.

Almedina, 2007), com fundamento em autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin, aponta que os princípios são normas jurídicas, diferenciando-se das regras em virtude do maior grau de abstração, da vagueza e indeterminação, exigência de mediação concretizadora pelo legislador ou juiz, caráter normogenético, além de serem “standards” juridicamente vinculantes. Com isso, a opção pelo verbete “diretrizes” evita a discussão acerca da forma de aplicação, o que ocorreria se fossem nomeados como princípios, mantendo a característica não vinculante e sua adesão voluntária, conforme consta no §2º do art. 1º do Decreto Federal nº 9.571/2018.

3.11 A insuficiência dos mecanismos tradicionais em face de impactos adversos aos direitos humanos

Os principais modelos utilizados pelas empresas para enfrentamento de matérias relacionadas a produção de riscos aos direitos humanos são marcadamente voluntários e não possuem aptidão para enfrentar eventos de maior envergadura. Chama atenção como desastres, alguns com características para se tornar um dos maiores desastres industriais do mundo, como foi o rompimento da barragem de Mariana em 2015 e recentemente o afundamento da cidade de Maceió, não são percebidos pelos sistemas utilizados pelas empresas, não servindo ao principal propósito que é justamente evitar o dano.

Em virtude disso, a título de ilustração, mostra-se adequado analisar o evento ocorrido em Maceió a partir das declarações e sistemas da empresa Braskem, como forma de verificar a capacidade de percepção e prevenção dos impactos adversos e a adequação dos sistemas utilizados.

Analizando as informações divulgadas pela própria Braskem²⁷, o programa de governança e conformidade é estruturado a partir de governança com *compliance*, sistema de avaliação de riscos e controles, canais de comunicação e capacitação, compliance com parceiros e engajamento em ações coletivas, todos identificados como sistemas de prevenção de danos. Como medida de detecção, verifica-se a presença de canais de denúncias relacionadas com os valores éticos empresariais da empresa, além do monitoramento de riscos e controles. Por fim, há sistemas de remediação dos riscos e fortalecimento dos controles.

O programa de governança e conformidade da empresa também merece ser analisado. Cuida-se de modelos declarativos, em que há liberdade da empresa para fazer as afirmações que julgar importantes, o que muitas vezes aproxima de ferramentas reputacionais sem compromisso com a solução e, mais importante, evitação de impactos adversos. Extrai-se da declaração da empresa que as práticas de governança corporativa estão baseadas em princípios de ética, transparência e integridade, para clientes, colaboradores, acionistas, fornecedores e público

²⁷ <https://www.braskem.com.br/linha-de-etica>

relacionado, havendo compromisso com a sustentabilidade e a governança, bem como com a priorização de metas e ações sob o conceito ESG²⁸.

O modelo de governança corporativa, notadamente da assembleia geral de acionistas, deixa claro que não há em sua composição preocupação eficiente com aspectos ambientais e, sobretudo, que o sistema de compliance serve primordialmente a conformidade, não possuindo aptidão para a evitação dos impactos adversos. Destaco que há auditoria independente e interna, relacionada com o vice-presidente de conformidade e o comitê de ética, mas todos relacionados a estrutura do comitê de conformidade e auditoria estatutária e ao comitê de estratégia, comunicação e ESG. O Comitê Global de Desenvolvimento Sustentável e o Comitê de Divulgação encontram-se estruturados junto à diretoria.

Reforça-se, portanto, a crítica desenvolvida no trabalho, tanto da insuficiência dos modelos correntes como do risco de conversão de aspectos humanos para a linguagem econômica, como é o caso do ESG. No caso, há relação direta entre ESG e comunicação e estratégia empresarial, ou seja, sua finalidade é justamente o lucro e a reputação, não havendo sequer intercomunicação com o comitê global de desenvolvimento sustentável.

Isso fica evidente nos dados informados acerca dos indicadores ESG utilizados²⁹. Consoante já apresentado neste trabalho, os indicadores ESG levam em conta aspectos ambientais, de governança, mas também sociais, o que não implica necessariamente em ações necessárias nestas áreas, havendo, por vezes, opção por aquelas que possuem maior retorno reputacional ou menor custo.

Os dados relatados pela Braskem, ao tratar dos fatores ESG, especificamente do fator Social, dão conta apenas de engajamento comunitário, conceituada pela empresa como estabelecimento de uma visão integrada e estratégica das ações de relacionamento com as comunidades nos locais em que opera, mediante a identificação de impactos que consideram as características da operação e da região em que ela acontece³⁰. Nota-se que não houve o referido cuidado em relação ao evento ocorrido em Maceió, porquanto tenham sido ignorados os alertas anteriores e não houve monitoramento sobre os riscos da extração de sal-gema.

²⁸ <https://www.braskem.com.br/governanca-corporativa>

²⁹ <https://www.braskem.com.br/centraldeindicadores>

³⁰ <https://www.braskem.com.br/centraldeindicadores>

Merece destaque que desde 2005 a Braskem integra o índice sustentabilidade empresarial (ISE) da B3, havendo declaração de que sua atuação era pautada na responsabilidade para minimizar impactos ambientais e sociais³¹. A B3 excluiu a Braskem apenas em 8 de dezembro de 2023 da composição do ISE³², o que demonstra que o próprio índice não tem utilidade para evitar a ocorrência de impactos adversos ou mesmo monitorar a atividade empresarial acerca dos aspectos humanos, notadamente ambientais e sociais. Observe-se que desde 2019 a própria Braskem reconhece que os danos adversos advinham da exploração de sal-gema, conforme pesquisa independente contratada pela própria empresa, mas apenas em 2023 ela foi excluída da composição do ISE.

Ao observar as matérias relacionadas ao tema, notadamente aquelas que vinculam ESG e ao caso Braskem, a linguagem utilizada é sempre mercadológica, jogando luz no aspecto econômico e ignorando as consequências decorrentes do impacto adverso, e, sobretudo, não discutindo outros eventos que possam ocorrer em um horizonte próximo, destaque-se que em uma década houve três eventos significativos decorrentes da atividade empresarial (rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho e subsidência na cidade de Maceió).

Também merece destaque os compromissos de responsabilidade social e direitos humanos destacados pela Braskem³³. Para a empresa, ser reconhecida como uma empresa que promove os direitos humanos e a equidade, contribuindo para o desenvolvimento local das comunidades do entorno, é uma meta, assim como gerenciar 100% de riscos médios e altos de direitos humanos na cadeia de valor. No ponto, observa-se a distinção entre o aspecto ambiental e os direitos humanos, trabalhado como elementos distintos. Ademais, fica evidente que não houve gerenciamento de 100% dos riscos médios e altos de direitos humanos, tendo em vista que o afundamento de Maceió é um desastre socioambiental de risco elevado, o qual deveria ter sido controlado a partir de indicadores ambientais e sociais, o que não ocorreu.

Os compromissos com os objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU também não são ignorados pela Braskem, havendo declaração de que a empresa trabalha em sete dimensões, a saber: combate às mudanças climáticas,

³¹ <https://www.braskem.com/detalhe-noticia/braskem-integra-carteira-do-indice-de-sustentabilidade-da-b3>

³² <https://www.nintgroup.com/alerta-esg-braskem-bradesco-banco-do-brasil-itau-e-petrobras>

³³ <https://www.braskem.com.br/responsabilidadesocialdireitoshumanos>

responsabilidade social e direitos humanos, eliminação de resíduos plásticos, saúde e segurança, inovação sustentável, resultados financeiros e econômicos, ecoeficiência operacional.

A Braskem também possui certificação ISO 14001, relativo à sistema de gestão ambiental que assegura que a organização é capaz de gerenciar os impactos ambientais imediatos e de longo prazo dos seus produtos, serviços e processos, através de requisitos legais e voluntários, bem como de controle operacional dos riscos de acidentes e incidentes ambientais³⁴. Como se observa, a certificação também não tem aptidão de atestar o que pretende. O evento observado, que segundo VASSILEVA (et al., 2021), poderia ser acompanhado ao menos desde 2004, foi completamente ignorado, não tendo sido percebido pelo sistema de gestão ambiental com certificação ISO 14001.

O relatório anual de 2017 divulgado pela Braskem³⁵ não indica ou discute quaisquer riscos envolvendo a subsidiária de Maceió, tampouco ventila quaisquer riscos relacionados à extração de sal-gema no local. Ao analisar o sumário de conteúdo da GRI (padrões que representam melhorias práticas globais para relatórios públicos de impactos econômicos, ambientais e sociais), não há indicativos relacionados ao risco da exploração de sal-gema ou tampouco análise sobre os eventuais riscos possíveis, mas apenas indicativo de conformidade ambiental, limitando-se a apontar que não houve condenação definitiva ao pagamento de multas ou ao cumprimento de sanções não monetárias (GRI 307: conformidade ambiental). Evidencia-se na espécie que as declarações de conformidade são insuficientes para o enfrentamento das violações e impactos adversos aos direitos humanos.

No relatório anual de 2018 divulgado pela Braskem³⁶ há referência aos abalos sísmicos ocorridos em Maceió, mencionando que estes ocorreram após fortes chuvas, todavia, destaca que os poços de extração do sal-gema no bairro foram desativados e que medidas emergenciais foram adotadas. Em relação ao GRI 307, há no relatório declaração de que em junho de 2018, uma ação civil foi apresentada pelo Ministério Público Estadual em São Paulo contra a Braskem e outras 11 empresas situadas no Complexo Petroquímico de Capuava, em virtude de eventual dano moral e ambiental

³⁴ <https://www.braskem.com.br/certificacoes>

³⁵ <https://www.braskem.com.br/Portal/Principal/arquivos/relatorio-anual/2017/2018-07-10-RAS2017-Braskem-PDF-interativo-portugues.pdf>

³⁶ <https://www.braskem.com.br/relatorioanual2018>

devido aos altos índices de pessoas na região com tireoidite de Hashimoto, declarando que não existia qualquer comprovação de que as atividades industriais tenham sido responsáveis pelo desencadeamento da Tireoidite de Hashimoto no local; por fim, repete a declaração anterior, apontando que a Braskem não possui multas ambientais em valores relevantes, assim considerados, 10 milhões de reais.

Em 2019 o relatório da Braskem passa a apontar a existência da ACP pelos eventos geológicos ocorridos em Maceió³⁷.

Acrescento que a empresa possuía sistema de responsabilidade social com ações sociais voltadas ao voluntariado, as quais, como é presumível, não possuem qualquer aptidão para enfrentar os impactos ambientais observados.

Evidencia-se assim que os sistemas utilizados deixam uma lacuna importante, não visualizando os riscos de danos significativos aos direitos humanos, repise-se que não se está falando de impactos de pequenas dimensões, mas de eventos com aptidão de se transformar em desastres sem precedentes.

A consequência final para desastres desta natureza, é que ao final pretende-se transferir ao Estado a responsabilidade pelos danos e o custo da ausência de cuidado e diligência durante toda a exploração econômica, atribuindo ao setor público a causa do problema, supostamente por ausência de fiscalização adequada, omitindo-se ou olvidando-se que a própria empresa poderia ser responsável pelo seu próprio monitoramento.

³⁷ https://www.braskem.com.br/portal/Principal/arquivos/relatorio-anual/2019/BRASKEM_2020_portugues.pdf

4 A DEVIDA DILIGÊNCIA OBRIGATÓRIA EM DIREITOS HUMANOS

A devida diligência obrigatória em direitos humanos é o cerne deste trabalho, especificamente se esta pode decorrer do ordenamento jurídico nacional a despeito de legislação específica sobre o tema, inclusive com aplicação dos princípios orientadores para empresas e direitos humanos, ou se sua exigência deve decorrer de lei em sentido formal.

Há inicialmente um problema quanto à escolha do termo, haja vista a utilização de diversas terminologias para conceituar o mesmo instituto. Ruggie (2008) utiliza o termo “*due diligence*”, sendo este encontrado em textos internacionais sem variações. Em documentos nacionais há certa variação, encontrando-se expressões como “dever de vigilância”, “diligência devida”, contudo verifica-se a utilização majoritária da expressão “devida diligência”, sendo esta utilizada também pela OCDE (2018).

Diante disto, opta-se pela utilização do termo devida diligência, porquanto esteja consagrado, a despeito da existência de expressões equivalentes.

4.1 Origem e conceito da devida diligência

A expressão devida diligência (*due diligence*) é emprestada da literatura da administração de empresas, especificamente do procedimento de fusões e aquisições empresariais. Para a administração de empresas, ela é conceituada como a análise minuciosa de informações para auxiliar a tomada de decisão importantes.

Ricardo R. Maciel e Isabela Seyer Maciel (2020) observam que esse processo envolve uma análise ampla e extensa das informações que sustentam o objeto da negociação, reunindo os fatos críticos e informações cruciais e descritivas acerca do que pode ser mais importante para a tomada de decisão.

Segundo os citados autores, a devida diligência situa-se no âmbito do julgamento, da cautela, da prudência e da análise documental, por meio de uma avaliação crítica das informações e não meramente descritivas.

Com isso é possível dizer que “um processo eficiente de *due diligence* pode evitar que as empresas cometam erros dispendiosos que podem ter profundas

consequências para as outras áreas operacionais da empresa, sua reputação corporativa, e sustentação a longo prazo" (Maciel, 2020, p. 18).

Trata-se de um processo que se individualiza e particulariza conforme a empresa analisada, diferenciando-se da auditoria e do processo de conformidade, porquanto estes limitem-se a analisar os fatos existentes em um recorte temporal, realizado de forma acrítica e sem oferecer lastro suficiente para a tomada de decisões.

Segundo Taylor (2009), a origem do conceito da devida diligência pode ser identificada no U.S. Securities Act of 1933, que sugeriu a defesa de uma devida diligência em situações de falência quando houvesse acusações de inadequada divulgação de informação aos investidores. O ato servia como proteção e responsabilidade legal àqueles que conseguissem demonstrar que embora a informação não houvesse sido apresentada, não era conhecida, apesar de ter a empresa realizado uma devida diligência e agido com boa-fé ao emitir as ações. Como destaca Taylor (2009), o cerne do método estava no princípio de que um processo investigativo deveria ser realizado para prevenir a ocorrência de danos.

No tema empresas e direitos humanos a devida diligência encontra espaço para responder as seguintes perguntas: como saber se as empresas respeitam os direitos humanos? Como a própria empresa pode ter certeza de que respeita os direitos humanos?

A devida diligência atende ao paradoxo do observador.

Aproveitando-se de paradoxo corrente na filosofia, é possível dizer que o observador não pode ver que não vê o que não vê.

A devida diligência serve de alteridade observadora, monitorando o ponto cego da violação em direitos humanos. Assim, ausente o instituto não é possível dizer que a sociedade empresarial efetivamente tenha atuado para evitar o risco ou mitigar os danos que eventualmente ocorram.

John F. Sherman III (2020) aponta que a devida diligência se situa no equilíbrio entre o que a empresa pode fazer e o que ela deveria fazer, entre o desejo de evitar envolvimento com os abusos aos direitos humanos na cadeia de suprimento e o desejo de se proteger da responsabilidade por estes abusos.

A devida diligência funciona como ferramenta que pretende permitir as sociedades empresárias conhecerem suas atividades e identificarem quais os riscos de violação aos direitos humanos elas estão envolvidas, desenvolvendo estratégias para evitar ou mitigar os danos. Por meio deste procedimento a empresa pode

demonstrar que conhece e que atua de forma consciente em relação à estes riscos, contrapondo-se a omissão ou à cegueira deliberada.

A devida diligência contrapõe-se a simples declaração da empresa de que respeita os direitos humanos. Sem um processo interno que comprove que esta conhece os riscos de envolvimento e impactos que aos direitos humanos que possa provocar e que considera estes riscos na tomada de decisão, prevenindo-os, evitando-os, ou comportando-se de forma proativa quando estes forem inevitáveis, as empresas não podem, conscientemente, fazer esta declaração.

A ferramenta não olha para os riscos de impactos aos direitos humanos sob a perspectiva dos negócios, meramente econômica, entretanto, no médio e longo prazo os riscos de impactos adversos aos direitos humanos e os ricos à própria empresa convergem (Sherman, III, 2020).

A ausência da devida diligência em direitos humanos serve para demonstrar o contrário. Ou seja, diante de uma violação aos direitos humanos, não pode a empresa dizer que tinha conhecimento e que todos os esforços foram envidados para evitá-lo. Não havendo prova de que isso ocorreu, ou seja, de que foi diligente no dever de cuidado, a afirmação também pode ser refutada sem prova.

Assim, a ferramenta pode ser compreendida como um processo pelo qual as empresas não apenas garantem a conformidade com as normas jurídicas, nacionais e internacionais, que tratam dos direitos humanos, mas também gerenciam o risco de danos aos direitos humanos com o objetivo de evitá-los.

Cuida-se de elemento chave para controle dos riscos.

Em hipóteses em que há baixa normatividade ou mesmo ausência de orientação legal, sobretudo em situações singulares ou novas, espera-se que as empresas priorizem o cuidado com os direitos humanos.

Analizando sob a ótica utilitarista, a devida diligência ainda teria o condão de proteger as empresas contra riscos de responsabilidade civis e criminais por eventuais danos, podendo demonstrar que a empresa não foi negligente, que diligenciou para evitar o resultado ou, apesar do processo adequado de devida diligência, ainda assim elas ocorreram, porquanto fossem imprevisíveis e inevitáveis.

O escopo da devida diligência relacionada a direitos humanos é determinado pelo contexto em que uma empresa está operando, suas atividades e os relacionamentos associados a essas atividades.

A OCDE (2011) conceitua a devida diligência como sendo o processo que deve ser realizado pelas empresas para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como lidam com impactos adversos, reais ou potenciais, em suas operações, na cadeia de fornecimento ou em outras relações comerciais.

A devida diligência, para Taylor (2009), pode ser identificada como um processo que analisa os eventos relacionados às operações empresariais e os relacionamentos desta, em um contexto social, político e econômico, por meio de um procedimento de avaliação à luz de padrões internacionais de direitos humanos, guiado por agentes com expertise e experiência no tema.

Ainda que o foco principal da devida diligência seja a identificação dos riscos de impactos aos direitos das pessoas, ela também permite a identificação pelas empresas dos riscos que surgem das ações humanas, ou seja, dos abusos cometidos por terceiros, como identifica Taylor (2009). Esses riscos podem decorrer tanto do envolvimento da própria empresa como da percepção dos stakeholders ou da comunidade.

Em virtude disto, Taylor (2009) defende que uma abordagem baseada nestes riscos permite à empresa identificar onde pode estar participando das violações que realmente estão ocorrendo ou que haja probabilidade de sua ocorrência, ou mesmo quando são percebidas como envolvidas nestas violações.

Assim, as violações podem ser potenciais, reais ou percebidas, servindo o procedimento da devida diligência para identificá-las e agir conforme a informação coletada, seja para evitar ou reparar estes danos, seja para demonstrar que não há envolvimento ou que há equívoco na percepção de sua contribuição.

Segundo Taylor (2009), a devida diligência, relativamente aos riscos para os direitos humanos, pode maximizar o respeito de uma empresa pelos direitos humanos, ou seja, ajudar a proteger os direitos das pessoas, ao tempo em que também minimiza a ameaça aos interesses da empresa.

A OCDE, por meio de suas Diretrizes, recomenda às empresas multinacionais a implementação de uma “devida diligência baseada em riscos para evitar e lidar com os impactos adversos associados às suas operações, cadeias de fornecimento e relações comerciais” (OCDE, 2018, p. 9)

A devida diligência ganha espaço no tema com as observações de John Ruggie (2008). O autor observou que para descartar a responsabilidade das empresas no respeito aos direitos humanos era necessária a existência da devida diligência, o qual

descreveria passos de como a empresa deveria agir diante da presença de riscos de violações e impactos sobre os direitos humanos, a fim de que possa prevenir ou tratar estes resultados adversos.

A aplicação do instituto para o tema dos direitos humanos relaciona-se com demandas sociais do início do milênio, notadamente diante dos diversos casos de violação, os quais reclamam um comportamento responsável das sociedades empresariais.

Diante da consciência dos defeitos do capitalismo, é preciso avançar para a valorização do resultado efetivo, em detrimento de símbolos de resultado (Fisher, 2020, p. 76), isso implica dizer que a devida diligência se comporta como passo seguinte na relação entre empresas e direitos humanos, na busca de atingir resultados efetivos em detrimento da mera declaração, preenchimento de formulários e certificações ineficazes.

Afirmar que uma empresa respeita os direitos humanos depende da própria análise da existência de mecanismos de devida diligência, isso implica dizer que o respeito aos direitos humanos exige a presença de mecanismos internos baseados na análise dos fatos decorrentes da atividade empresarial e do relacionamento da empresa com seus parceiros, além da forma como isto afeta as pessoas e os seus direitos. Todavia, não se pode ignorar que estes riscos de impactos adversos aos direitos humanos são dinâmicos, estando em constante mudança, o que exige, para enfrentar este ambiente mutável, de um mecanismo de devida diligência que permita a detecção destes riscos de forma contínua (Taylor, 2009).

4.2 Características da devida diligência

O relatório Proteger, Respeitar e Remendar (Ruggie, 2008) apresenta uma estrutura para negócios e direitos humanos fundada nos três pilares, merecendo destaque o dever de as empresas respeitarem os direitos humanos.

Desde o relatório, Ruggie (2008) propunha a utilização da devida diligência, sendo esta a forma por meio da qual se saberia que as empresas respeitam os direitos humanos, garantindo-se algum grau de confiança na avaliação, para além da simples

garantia de conformidade com a legislação, exigindo-se o gerenciamento dos riscos de lesão a direitos humanos.

Taylor *et al.* (2009) em igual sentido destacava que o passo fundamental para garantir uma boa performance no respeito aos direitos humanos pelas empresas é justamente por intermédio da forma como conduzem a devida diligência, o que indica que o instituto é o núcleo do tema e determinante de uma política pública preocupada com os resultados e não com a forma.

A devida diligência em direitos humanos opera como chave central para o enfrentamento dos riscos de violações em direitos humanos pelas empresas, sendo um mecanismo que permite monitoramente pela empresa das situações que possam ocasionar danos. Além disso, “o escopo da *due diligence* relacionada a direitos humanos é determinado pelo contexto em que uma empresa está operando, suas atividades e os relacionamentos associados a essas atividades” (Ruggie, 2008, p. 194).

É por meio da devida diligência que a empresa pode ver suas próprias responsabilidades de forma mais clara, possibilitando que possa avaliar os riscos de participação em operações ou relações comerciais para todo espectro de direitos humanos, compreendendo os limites de sua atuação e as possíveis responsabilidades pelo comportamento adotado (Taylor, 2009).

A devida diligência funde dois processos conceituais distintos, um relacionado a investigação dos fatos e outro relativo à avaliação dos fatos a partir de relevantes padrões de cuidado (Taylor, 2009). Ainda para o autor, importa destacar que conduzir a devida diligência não pode ser um processo mecânico, haja vista ser necessário o exercício de informação e ponderação no julgamento do investigador.

Os padrões de cuidado devem estar alinhados com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, bem como com os princípios e valores constitucionais.

Importa destacar que o espectro dos direitos humanos que deve ser alcançado pela devida diligência são aqueles internacionalmente reconhecidos, utilizando-se daquilo que se encontra estabelecido nos Princípios Orientadores, notadamente a Carta Internacional dos Direitos Humanos, constituída pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

Sem prejuízo disso, na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, bem como aqueles que podem ser compreendidos pela cláusula aberta do art. 5º, §2º, ou seja, “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

No âmbito internacional, sempre que a legislação for fraca ou de baixa conformação, encontrando-se aquém do padrão de direitos humanos internacionalmente reconhecidos, as empresas devem respeitar o nível mais elevado tanto quanto possível.

Os procedimentos internos de gestão de risco também podem ser utilizados para esta finalidade, como propõem Taylor et al. (2009), os quais apontam que a orientação para o risco pretende evitar responsabilizações cíveis e criminais em virtude da participação e violações de direitos humanos, devendo, contudo, a devida diligência em direitos humanos ser integrada ao sistema de controle de riscos já existente na empresa, a fim de evitar a materialização do risco.

A utilização deste mecanismo ultrapassa a gestão tradicional dos riscos técnicos e financeiros. Trata-se de instrumento que se concentra nas pessoas como sujeitos capazes de sofrer com a conduta empresarial, identificando-os como elemento importante da equação. A própria evitação do risco e do dano traz benefícios para a sociedade empresarial, sobretudo econômicos, fazendo com que lucro e a ética convergem neste ponto.

Outrossim, não se desconhece que no médio e longo prazo os riscos para as pessoas e para as empresas sejam convergentes, o que aponta para a importância da adoção da devida diligência em qualquer perspectiva.

A devida diligência também se extrema das ações de filantropia e voluntariado, não se identificando com a responsabilidade social corporativa, ESG ou *compliance*, conforme já demonstrado. Portanto, não há espaço para adoção de mecanismos compensatórios, substituindo-se os riscos por ações sociais e de voluntariado. Para o instituto há uma premente necessidade de uma conduta proativa para evitar os próprios danos causados pela empresa ou causados por seus parceiros comerciais ou fornecedores, quando, em alguma medida, tenha contribuído para o dano.

É possível apontar, também, que a devida diligência em direitos humanos se diferencia por carregar a definição de forma e conteúdo. Na forma há um procedimento

delineado, com um ciclo claro de ações, oportunamente apresentado, retroalimentado, contínuo, eficaz e orientado para resultados, enquanto no conteúdo, se particulariza do ponto de vista substantivo, porque as empresas devem olhar, no mínimo, para a declaração internacional de direitos humanos e as convenções fundamentais da OIT, em razão dos princípios que eles incorporam constituem as referências pelas quais outros atores sociais julgam os direitos humanos impactos das empresas.

Como destacado neste trabalho, as demais iniciativas não operam por esta lógica. Naquelas, o lucro funciona como força motriz, havendo uma desalocação de valores e um interesse preponderante pela reputação e vantagens financeiras. A devida diligência não opera com o lucro, mas com a ética e a responsabilidade, como decorrência lógica do ordenamento constitucional e do dever de respeitar os direitos humanos.

Para Ruggie (2008), o processo de devida diligência será inevitavelmente indutivo e fundamentado nos fatos. Para tanto, três conjuntos de fatores devem ser considerados. Um dos principais fatores a ser ponderados é o contexto do país em que as atividades empresariais são desenvolvidas, a fim de identificar quaisquer desafios específicos de direitos humanos que possam representar. Em segundo lugar deve-se identificar o impacto dos direitos humanos que suas próprias atividades podem ter dentro desse contexto. O terceiro fator é identificar se àqueles com quem se relaciona no processo produtivo, como com parceiros de negócios, fornecedores, agências estatais e outros atores não estatais, podem contribuir para o abuso por meio de relacionamentos ligados às suas atividades.

Conforme será apresentado quando da análise da metodologia, a devida diligência em direitos humanos é um processo contínuo que, para Shermann III (2020), opera em quatro etapas, por intermédio das quais as empresas devem identificarem os riscos de causar danos com sua atividade, integrando as descobertas com suas operações para responder a estes riscos, rastreando-os e prestando contas de suas atividades.

A OCDE (2018) destaca as seguintes características da devida diligência: preventiva; contínua; não sequencial; integrada; adaptabilidade; proporcional; prioridade baseada no risco e responsabilidade individual.

A sua natureza preventiva revela que o propósito precípuo é evitar causar ou contribuir para que impactos adversos sobre pessoas, meio ambiente e sociedade ocorram. Assim, a devida diligência busca prevenir estes impactos com os quais a

empresa esteja diretamente vinculada ou que haja envolvimento. No caso em que não for possível evitar, a devida diligência deverá permitir que as empresas, conhecendo dos riscos e impactos causados, mitiguem ou previnam sua recorrência e, quando necessário, repare-os.

A rápida identificação dos riscos potenciais, bem como a continuidade das investigações mesmo após o descobrimento dos riscos, notabiliza a devida diligência e a sua destacada característica que a extrema de outros procedimentos que é justamente a prevenção.

A proatividade também se relaciona com o aspecto preventivo. É imprescindível que a empresa seja proativa e se antecipe na tomada de decisões, quando vislumbrar riscos de impactos negativos. Espera-se que a empresa adote um papel proativo para identificar e avaliar estes abusos, antecipando-se aos eventos negativos.

A devida diligência também se caracteriza por consistir em um conjunto de processos que se interrelacionam no interior da empresa, a fim de identificar os impactos, preveni-los e mitigá-los, além de monitorar e implementação destes processos e dos resultados, permitindo ainda a comunicação de como estes impactos são tratados na própria empresa, na cadeia de fornecimento e nas demais relações negociais. Com isso, as informações permitem auxiliar na tomada de decisões e no gerenciamento do risco corporativo, elucidando a estratégia empresarial, capacitando a equipe e oferecendo disponibilidade de recursos e comunicação clara a partir da administração.

Desta forma, é possível dizer que ela deve ser integrada a todos os setores da empresa. Não apenas aqueles que atuam diretamente com o risco, mas também a gestão de pessoas, como forma de evitar novos riscos ou capacitar os colaboradores para o tratamento das violações. A comunicação da empresa, em igual medida, deve conhecer do conceito e do processo, a fim de dar transparência as ações e permitir que denúncias sejam adequadamente recebidas e tratadas. Por fim, apenas a título de ilustração, a devida diligência em direitos humanos também deve estar incorporada no nível mais alto de decisão, a ponto de ser considerada como um dos elementos da equação na tomada das decisões.

Espera-se que a devida diligência seja baseada no risco da atividade e proporcional a este. As medidas que devem ser adotadas pelas empresas devem ter correspondência com a gravidade e a probabilidade do impacto adverso ocorrer.

Quanto mais alta a probabilidade do risco e a gravidade dos danos que possam advir, mais ampla deve ser a devida diligência. Em igual medida, deve ela se adaptar a espécie do risco específico, devendo considerar os resultados negativos que possam afetar diferentes grupos.

Havendo mais de um risco ou probabilidade de ocasionar impactos adversos, e não for viável o enfrentamento de todos os riscos identificados, deverá a empresa priorizar a ordem de enfrentamento a partir da gravidade e da probabilidade. Tratados os riscos mais graves, deve a empresa atentar aos riscos de menor gravidade. Segundo a OCDE (2018, p.17) quando uma empresa está causando ou contribuindo para provocar o impacto adverso, deverá sempre interromper suas atividades que estão provocando o dano e prover ou cooperar para a remediação.

A devida diligência deve ser contínua a fim de que mesmo quando os impactos mais graves já foram tratados, deve perseguir buscando identificar se não há novos riscos mais prováveis e mais graves que possam surgir, de modo a evitar que respostas tardias possam tornar o impacto irremediável.

A dinamicidade é outra característica importante, estando relacionada com a própria necessidade de ser contínua, responsiva e mutável. A devida diligência deve incluir ciclos de respostas para que as empresas possam entender como funcionou ou a razão de não ter funcionado e aprender durante o processo. As empresas devem objetivar uma melhoria progressiva dos sistemas e processos para evitar e tratar os impactos provocados. A devida diligência deve permitir a empresa que ela possa responder adequadamente inclusive quando houver mudança em seu perfil de risco e enquanto as circunstâncias evoluem.

Segundo Taylor (2009), a condução depende da análise do contexto e da oportunidade, sendo uma atividade dinâmica que deve adaptar-se às mudanças temporais, normativas, de desenvolvimento e alteração dos fatos e circunstâncias.

Para o autor, há um benefício da adoção da devida diligência baseada no risco, porquanto os resultados, e o próprio processo, possam ser inseridos em sistemas de gestão de riscos existente na empresa, evitando-se a necessidade de adoção de outro modelo. Assim, a devida diligência é posicionada com um dos insumos para o gerenciamento de riscos de modo mais amplo, resultando, inclusive, na melhora da performance empresarial.

Isso, inclusive, traria um benefício importante para a empresa. Considerando que o sistema de gestão de risco encontra-se, em certa medida, inserido no contexto

empresarial, seria necessário apenas acrescentar a análise do risco com atenção aos direitos humanos, o que fortaleceria o sistema de gestão e de entrada e saída de informação. Com isso, seria possível melhor avaliação das decisões, o que poderia alcançar maior eficácia da operação geral, repercutindo na gestão e sendo absorvido pelas práticas empresariais.

A devida diligência também se caracteriza por não se tratar de uma ferramenta que visa a transferência de responsabilidade. Cada causador de danos e impactos adversos continua responsável pelos atos provocados, entretanto, a existência da devida diligência contribui para definição do nível de responsabilidade dos envolvidos. Havendo o processo de devida diligência e tendo a empresa empreendido todos os esforços necessários para sua evitação, é possível dizer que o dano poderia ser inevitável ou que o grau de culpa da empresa é reduzido. Diferentemente, inexistindo processo de devida diligência, pode-se reconhecer a própria culpa empresarial, diante da negligência em conhecer os impactos e riscos envolvidos em sua atividade e reconhecer eventual maior contribuição para a produção do resultado lesivo, com isso, agravar sua responsabilidade.

O engajamento das partes interessadas também caracteriza a devida diligência. Deve haver uma comunicação entre empresa e *stakeholders* de forma bidirecional, compartilhando as informações relevantes e necessárias para a tomada de decisão dos grupos e da empresa, baseando-se na boa-fé dos envolvidos. A comunicação com as partes interessadas deve ocorrer quando se pretende evitar os impactos adversos, mas também quando estes já tiverem ocorrido, notadamente para acompanhamento de eventuais resultados do enfrentamento dos danos, desenvolvimento de medidas de mitigação dos riscos e monitoramento contínuo, assim como o estabelecimento de mecanismos de denúncia.

A comunicação deve ser contínua em relação aos processos, conclusões e planos da devida diligência, permitindo que a empresa construa confiança em suas ações e na tomada de decisão, prestando contas de como identifica e lida com estes impactos adversos, reais ou potenciais (OCDE, 2018). As informações devem ser acessíveis ao público-alvo e devem ser suficientes para demonstrar que as empresas estão enfrentando os riscos ou os impactos adequadamente.

Outra característica importante da devida diligência relaciona-se a responsabilidade, notadamente a corresponsabilidade quando a empresa tenha contribuído ou for percebida como quem contribuiu para os impactos adversos em

direitos humanos. Porquanto possa a empresa ser percebida como corresponsável e, portanto, cúmplice, a devida diligência tem o condão de demonstrar que a empresa agiu para evitar o dano ou que o dano não foi percebido por razões que lhe escaparam. Ou seja, embora tenha sido devidamente diligente junto à cadeia de fornecimento, ainda assim, não obteve a informação necessária para seu conhecimento, sendo possível identificar as razões da ocorrência, como ausência de transparência ou omissão dolosa do fornecedor.

A devida diligência pode auxiliar a dar transparência e identificar os riscos de impactos adversos, procurando soluções, ainda que não decorram diretamente da atividade empresarial, mas porque há relação direta com esta atividade.

Verifica-se que a devida diligência tem aptidão de atuar diretamente no campo da responsabilidade civil, servindo como elemento da equação ao definir o grau de responsabilidade. Logo, o instituto conforme apresenta Ruggie (ONU, 2021), tem o condão de ajudar as empresas a reduzir o risco de ações judiciais, demonstrando que todas as medidas razoáveis foram tomadas para evitar a violação aos direitos humanos, o que não implica dizer que isso isentará a responsabilidade civil, embora possa ser utilizada em eventual dosimetria da reparação.

Segundo Taylor (2009), é possível destacar benefícios importantes decorrentes da adoção da devida diligência. Destaca que os abusos e violações aos direitos humanos potenciais, ou seja, que podem eventualmente ocorrer, são percebidos e ponderados.

Outra importante vantagem é demonstrar a inexistência de ambiguidade sobre o envolvimento da empresa. Ao não adotar o procedimento de devida diligência não é possível verificar se efetivamente a empresa tinha ou não consciência dos danos e se, apesar deles, insistiu no comportamento, dito de outro modo, é possível que o comportamento empresarial seja ambíguo, o que pode ser ruim para a própria empresa do ponto de vista reputacional, mas também quanto à avaliação de sua responsabilidade pelo resultado.

Taylor (2009) aponta outra vantagem importante, notadamente quanto a priorização das questões que merecem ser enfrentadas e que deve haver maior empenho, podendo alcançar melhores resultados e maiores chances de mitigar eventuais danos provocados. Consoante o autor, a devida diligência identifica maneiras de fazer contribuições concretas para a sociedade além do objetivo puramente econômico.

A devida diligência, como já defendido, tem o condão de expor como a empresa está relacionada com os impactos aos direitos humanos e qual o grau de envolvimento, embora não seja uma garantia contra o não envolvimento, serve de avaliação acerca do comportamento empresarial e possibilidade de gerir o risco da atividade para as pessoas.

Os Princípios Orientadores da ONU para empresas e direitos humanos também descrevem a devida diligência, dedicando alguns princípios especificamente para o tema, os quais passa-se a analisar.

4.3 A devida diligência nos Princípios Orientadores da ONU para empresas e direitos humanos

A primeira referência indireta que os princípios orientadores fazem a devida diligência é no princípio n. 3 ao apontar que no cumprimento do dever de proteger os Estados devem “incentivar e, quando necessário, exigir que as empresas informem como lidam com seus impactos nos direitos humanos” (ONU, 2011).

Como estabelecido neste trabalho, as empresas não possuem capacidade de informar adequadamente como lidam com os impactos de sua atividade empresarial perante os direitos humanos se não tiver um procedimento interno que lhe permita compreender de forma consciente como estes impactos e riscos se comportam.

A devida diligência em direitos humanos é a ferramenta essencial para cumprimento deste objetivo, sem a qual não é possível responder a pergunta de forma eficiente, ou seja não seria possível excluir a possibilidade de existência de um ponto cego.

Sendo assim, quando se imputa ao Estado o dever de proteger os direitos humanos por meio do incentivo e da exigência para que as empresas informem adequadamente como se relacionam com os direitos humanos, isso deve ocorrer por meio do processo de devida diligência.

Em comentário ao referido princípio, John Ruggie (ONU, 2011) esclarece que estas diretrizes servem para indicar os resultados esperados e ajudar as empresas a divulgar e compartilhar as melhores práticas, devendo divulgar os métodos

adequados, incluindo a devida diligência, reconhecendo os desafios específicos que a empresa possa estar envolvida.

Além disso, é possível dizer que um dos princípios operacionais destinados ao Estado pretende fazer com que estes orientem as empresas sobre como respeitar os direitos humanos em todas as suas atividades e operações, isso implica dizer que a própria devida diligência pode ser o conteúdo desta orientação.

O princípio n. 4 possui referência expressa a devida diligência, apontando como dever do Estado a possibilidade de exigir daqueles com quem se relaciona a devida diligência em direitos humanos, quando adequado (ONU, 2011).

Com efeito, os Estados porquanto tenham maior controle e possibilidade de exigir comportamento positivos daqueles que pretendem com ela contratar, devendo exigir destes não apenas o respeito aos direitos humanos, mas inclusive a existência de procedimento de devida diligência como requisito para a contratação.

Consoante destacado por Ruggie (ONU, 2011), caso estes órgãos não considerem explicitamente os impactos adversos, reais ou potenciais, de suas beneficiárias sobre os direitos humanos, podem colocar-se em risco por contribuir com os danos, agravá-los ou dificultar a reparação, sem prejuízo da possibilidade de transferência de responsabilidade pelos danos em desfavor do Estado.

Nas relações em que o contexto demonstre maior risco de violação, com maior razão o Estado deve exigir das empresas a adoção da devida diligência, o que pode ocorrer e ser fomentado inclusive pelas instituições de crédito e financiamento estatais.

Neste sentido Borges e Nabuco (2018) defendem o dever das instituições financeiras atuarativamente no sentido de inserir o problema dos direitos humanos na concessão de empréstimos por meio da exigência da devida diligência no ciclo do projeto a ser financiado.

Por meio da devida diligência seria possível aos financiadores (e também ao Estado) evitar de forma concreta que sua participação tenha aptidão de causar, contribuir ou relacionar-se diretamente com as violações. Ademais, a maior probabilidade de risco de violações pode justificar maior exigência ou mesmo a não concessão do financiamento quando se verificar que em outras oportunidades a empresa não atuou corretamente no enfrentamento do tema.

Borges e Nabuco (2018) apontam que nas hipóteses em que não é possível à instituição financeira influenciar no comportamento do contratante, deverá

considerar encerrar o financiamento. Para tanto, mostra-se recomendável que os contratos possuam previsão da possibilidade de encerramento ou suspensão devido a violações de direitos humanos.

Neste cenário, a devida diligência não funciona como mera formalidade, mas componente da tomada da decisão das instituições financeiras, e, portanto, do próprio Estado quando se tratar de financiamento estatal.

A devida diligência encontra previsão dedicada no Princípio 17 dos Princípios Orientadores sobre empresas e direitos humanos, o qual aponta que “para identificar, prevenir, mitigar e responder aos impactos adversos nos direitos humanos, as empresas devem realizar um processo de devida diligência em direitos humanos” (ONU, 2011).

Além disso, ainda conforme o mesmo princípio, o processo de devida diligência deve “incluir a avaliação dos impactos reais e potenciais de suas atividades e operações nos direitos humanos”; devendo os impactos serem considerados nas suas políticas, em seus programas, na sua gestão; sugere-se a “adoção de medidas de prevenção e mitigação; o monitoramento das ações adotadas; e a comunicação sobre como esses impactos são enfrentados” (ONU, 2021).

O mesmo princípio dispõe como deve ser a devida diligência em direitos humanos, apontando que:

- (a) Deve abranger os impactos adversos nos direitos humanos que a empresa pode causar ou para os quais possa contribuir, por meio de suas próprias atividades, ou que estejam diretamente relacionados às suas atividades e operações, produtos ou serviços por meio de suas relações comerciais;
- (b) Variará em complexidade de acordo com o tamanho da empresa, o risco de impactos severos nos direitos humanos e a natureza e o contexto de suas atividades e operações;
- (c) Deve ser contínua, reconhecendo que os riscos nos direitos humanos podem mudar com o passar do tempo, conforme evoluem suas atividades e operações e o contexto operacional da empresa.

Assim, observa-se que as empresas podem estar envolvidas em impactos adversos por intermédio de três comportamentos, quando elas causam, contribuem ou estão diretamente relacionadas com estes impactos. Por causar, compreende-se quando o impacto decorre diretamente da própria atividade da empresa observada. A contribuição pode ocorrer em conjunto ou em paralelo com outras entidades, ou ainda por meio de empresa com a qual mantém relação comercial. Por fim, o impacto poderá

estar diretamente relacionado com as operações ou serviços por meio de uma relação comercial (Davis, 2018).

Na visão de Taylor (2009) o risco aos direitos humanos ocorre quando uma prática, relacionamento empresarial ou situação existente, coloca a empresa em risco de envolvimento em abusos e violações aos direitos humanos, direta ou indiretamente, por meio de ações de parceiros, agências governamentais ou outros associados.

Ainda para o autor, mesmo que a empresa não esteja envolvida diretamente na prática de abuso ou eventos de violação, as partes interessadas podem ter a percepção de que de alguma forma a empresa está associada à violação aos direitos humanos. Assim, mesmo que a empresa não possua responsabilidade pelas violações, do ponto de vista comercial e na relação com a comunidade e consumidores, o evento pode representar potencial risco.

Sherman III (2020) identifica que diversas empresas líderes globais possuem pouca transparência na cadeia de fornecimento, e em muitos casos estes fornecedores não têm capacidade de resolver problemas ou não têm incentivos para melhorar seu desempenho social.

Ademais, muitas empresas não reconhecem o seu papel de causador ou de ter contribuído para impactos adversos, por vezes há comunicação de cumprimento da legislação e de relatórios de conformidade (*compliance*), todavia, as suas próprias práticas, notadamente junto aos fornecedores, prejudicam que estes assumam compromissos de melhor desempenho social e de respeito aos direitos humanos (Sherman III, 2020). Em muitos casos, como aponta o autor, projetos, volume e cronograma de produção sem ajuste de preços ou prazos, bem como a ausência de compreensão clara destas alterações para as práticas dos próprios fornecedores, implica em agravamento do risco de impactos adversos aos direitos humanos.

Ao comentar o Princípio 17, John Ruggie aponta que os impactos potenciais devem ser abordados por meio de prevenção ou mitigação, e os impactos reais, ou seja, aqueles que já ocorreram, devem ser reparados. Para tanto, mostra-se imprescindível a existência de um processo de devida diligência incluída em um sistema de gestão de risco, não se limitando a simples identificação, mas que seja possível ir além, seja para reparar, prevenir ou mitigar.

Nos casos em que as empresas tiverem extensa cadeia de valor, em que pese maior dificuldade para implementar a devida diligência em relação a todas elas, deve

as empresas identificar quais as áreas devem ser priorizadas, ou seja, quais estão envolvidas com os maiores riscos, analisada a partir dos critérios de gravidade e probabilidade. A própria priorização e identificação dos riscos depende de prévia devida diligência. É mensurar a gravidade do impacto a partir da escala de alcance, número de pessoas afetadas, e na irremediabilidade, incapacidade das pessoas se recuperarem (Sherman, III, 2020).

A devida diligência comporta-se como importante ferramenta para apuração de questões de corresponsabilidade, a fim de identificar se a empresa contribuiu ou foi percebida como contribuinte para os impactos adversos. Esta corresponsabilidade pode ser encarada por aspectos jurídicos e não jurídicos. Do ponto de vista extrajurídico as empresas podem ser percebidas como cúmplices, quando são beneficiadas pela violação, ou quando estão envolvidas em alguma medida. Juridicamente, pode-se discutir a responsabilização pelo envolvimento.

Nesta toada, a devida diligência auxilia as empresas a reduzir os riscos e demonstrar o grau de sua responsabilidade, notadamente a ausência de negligência quanto aos danos causados, apontando concretamente que tomaram medidas razoáveis para evitar o envolvimento nos casos de violação.

Não implica dizer, como destaca Ruggie (ONU, 2011) que a devida diligência sirva para isentar as empresas automaticamente de sua responsabilidade, mas apenas para demonstrar, concretamente, qual sua relação com os danos e riscos, bem como, ciente das circunstâncias, como passou a se comportar e se buscou evitar que o dano se concretizasse ou se empreendeu medidas para diminuir os riscos da ocorrência.

O Princípio 18 aponta que a aferição dos riscos para os direitos humanos, demanda que as empresas identifiquem e avaliem quaisquer impactos adversos nos direitos humanos, reais ou potenciais, estejam envolvidas por meio suas próprias atividades ou como resultado de suas operações comerciais. O cumprimento deste princípio exige a presença de um especialista em direitos humanos no processo, interno ou externo, mas desde que seja independente. Além disso, a existência de consultas com indivíduos e grupos potencialmente impactados também é importante. Ouvir as partes envolvidas e impactadas dentro do processo de devida diligência permite uma identificação dos riscos e violações com maior qualidade, a partir da ótica daqueles que podem sofrer com as ações.

A dinamicidade da atividade empresarial e eventuais consequências para os direitos humanos é dinâmica, o que exige uma regularidade na avaliação, seja quando um novo empreendimento, política ou produto for lançado, seja em intervalos regulares.

O Princípio 19 leciona que a prevenção e mitigação das adversidades exige a integração do resultado da avaliação em todas as funções e processos internos relevantes, o que é identificado como integração horizontal, devendo as medidas adotadas variarem conforme a empresa cause³⁸ ou contribua³⁹ para causar o impacto adverso, ou esteja envolvida em razão de o impacto estar diretamente relacionado⁴⁰ à suas atividades e operações, bem como conforme sua capacidade de influência⁴¹ para prevenir os impactos adversos.

O Princípio 20 trata da necessidade de monitoramento, a partir de indicadores qualitativos e quantitativos adequados, fundamentando-se em informações de fontes internas e externas, além dos indivíduos e grupos impactados.

O Princípio 21 aponta que a comunicação dos resultados, com a divulgação oficial dos dados coletados e das medidas adotadas devem compor o processo de devida diligência.

Ponto importante de atuação da devida diligência diz respeito aos casos de danos na esfera de influência da empresa e cumplicidade nas violações.

Por esfera de influência deve-se compreender tanto as atividades e relacionamentos que causam danos aos direitos pelas ações diretas das empresas, como também aqueles causados por terceiros com quem a empresa se relaciona. Contudo, como destaca John Ruggie (2008, p. 203), “não é proximidade que determina se um impacto nos direitos humanos se enquadra ou não na responsabilidade de respeitar, mas sim a teia de atividades e relacionamentos da empresa”. Quanto à cumplicidade, considerada como violações indiretas, comprehende-se a omissão qualificada, quando sabia ou podia saber que de alguma

³⁸ Compreende-se que uma empresa causa um determinado impacto quando suas atividades, ações e omissões, sozinhas forem suficientes para causar o resultado danoso.

³⁹ A sociedade empresarial contribui para o impacto nos direitos humanos quando há um nexo de causalidade entre a conduta empresarial e o impacto negativo causado por terceiro.

⁴⁰ A empresa está diretamente relacionada quando não causou ou contribuiu para o impacto, contudo terceiro com quem desenvolve atividades econômicas (clientes, fornecedores, ocupantes da cadeia de valor) causou o impacto negativo, não sendo suficiente sua conduta isolada para causar o impacto.

⁴¹ Considera-se que a sociedade empresarial possui capacidade de influência quando ela pode alterar as práticas prejudiciais de uma entidade que cause um dano.

forma sua atividade contribuiu com as violações, dentro de um juízo daquilo que razoavelmente era esperado que a empresa fizesse. Por intermédio da devida diligência é possível identificar em que medida as ações das empresas podem estar diretamente relacionadas aos danos ou riscos de violação, bem como quais destes fenômenos podem ser identificados na sua esfera de influência ou junto aos seus parceiros, evitando-se a responsabilização ou acusação de cumplicidade.

Havendo uma extensa cadeia de fornecedores ou clientes, a empresa pode identificar as áreas nas quais os riscos são mais significativos, a fim de destinar a sua atividade para as questões mais urgentes.

A devida diligência tem a pretensão de auxiliar na redução do risco de demandas judiciais contra a empresa, demonstrando que todas as medidas razoáveis para evitar o envolvimento na violação dos direitos humanos foram tomadas. É possível discutir, inclusive, se há responsabilidade e o grau do envolvimento, a partir da análise do processo de devida diligência empregado, ou sua ausência, o que pode revelar uma conduta negligente.

O Princípio 29 também apresenta ferramenta que pode ser incluída no processo de devida diligência, ao apontar a utilidade de canais e mecanismos de denúncia no nível operacional que sejam eficazes. Com isso, pode-se atender rapidamente e reparar os danos causados. Os canais devem estar à disposição de indivíduos e grupos que possam potencialmente sofrer os impactos adversos.

Estes canais contribuem para rápida comunicação, permitindo, ao analisar eventuais padrões de denúncias, ou tendências, identificar problemas sistêmicos e com isso adaptar suas práticas. Com isso, é possível o tratamento das denúncias, dos eventos que a originaram, evitando que as denúncias escalem, ou mesmo que os danos se consolidem, resultando em uma situação de conflito ou violação de direitos humanos.

Os canais de denúncia, como esclarece RUGGIE (2011), não substitui processos mais amplos de participação dos atores e de negociação coletiva, deve ser um complemento, não servindo para inviabilizar ou embaraçar a participação de grupos e o acesso a mecanismos de denúncia judiciais.

4.4 Metodologia: como fazer a devida diligência

Cumprir o dever de respeitar os direitos humanos requer devida diligência.

A metodologia da devida diligência, com o detalhamento de processos, é apresentada por Taylor et al (2009), Sherman III (2020) e pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2018).

Alguns autores apontam que a devida diligência possui ao menos quatro etapas, a avaliação a fim de identificar possíveis impactos; a integração, o que implica na adoção de medidas de prevenção e controle dos impactos; o monitoramento e a prestação de contas (Borges e Nabuco, 2018). Estas etapas devem ser contínuas e ocorrer simultaneamente.

Para Ruggie (2008), o processo básico da devida diligência deve incluir questões relacionadas a política empresarial, avaliação de impactos, integração e monitoramento. Segundo o autor, deve a empresa adotar uma política interna alinhada aos direitos humanos, com uma linguagem assertiva sobre o dever de respeitar e orientações detalhadas para áreas específicas. Ao avaliar os impactos de suas atividades, as empresas devem ser proativas na identificação e nas medidas que devem ser tomadas para reconhecer os riscos de dano aos direitos humanos, ou os danos já ocasionados, e para evitar os impactos negativos, em um processo contínuo de aperfeiçoamento. Integrar os direitos humanos a todos os setores da empresa é outro ponto importante, principalmente para evitar inconsistências ou contradições dentro da empresa, assegurando a coerência e a capacidade de reagir apropriadamente às situações que surgirem. Através do monitoramento é possível atualizar com frequência as situações de impactos e o desempenho da empresa em relação aos direitos humanos. O rastreamento permite a criação de incentivos e desincentivos para a melhoria contínua.

O processo de devida diligência apresentado pela OCDE (2018) destaca em sua metodologia, como etapa final, após o processo de identificação, avaliação, ação e monitoramento, a fase de divulgação e comunicação dos impactos e a forma como eles são tratados. As ações práticas sugeridas vão desde a divulgação das informações relevantes sobre o processo de devida diligência (áreas de risco identificadas, medidas implementadas, critérios de priorização, resultados) até a comunicação direta às pessoas envolvidas, impactadas ou potencialmente

impactadas, de maneira oportuna, sensível e acessível. Sherman III (2020) também destaca a importância da comunicação após as fases de avaliar, integrar, agir e rastrear.

Verifica-se verdadeira preocupação com a retroalimentação do sistema. As informações obtidas durante o processo de devida diligência, independentemente da etapa em que estas surgem, devem ser transmitidas a fim de que possam aperfeiçoar todo o sistema.

No modelo apresentado pela OCDE (2018) é possível visualizar a natureza contínua do processo de devida diligência, o qual é alimentado pelas próprias informações coletadas, dando origem a novas ações de forma ininterrupta.

Sherman III (2020) identifica o procedimento da devida diligência como sendo um processo contínuo com quatro estágios, por meio dos quais a empresa identifica os riscos de danos que pode causar às pessoas, devendo integrar esses achados com as operações da empresa e responder adequadamente a estes riscos. Além disso, deve a empresa rastrear suas ações e sua performance frente aos direitos humanos eventualmente afetados, bem como estar preparado para comunicar sua atuação de forma clara e adequada, sobretudo para aqueles que estão expostos aos riscos.

O método de condução da devida diligência envolve, para Taylor (2009) procedimento similar a outros campos, sendo caracterizada pelo processo de avaliar, monitorar e descobrir. O procedimento, para o autor, deve ser construído a partir da identificação de fatos relevantes e avaliação destes fatos a luz dos padrões de cuidado. Há, ainda segundo Taylor (2009), uma aproximação com o método de análise jurídica conhecido como IRAC (*issue, rule, analysis, conclusion*⁴²). Consoante se extraí, a identificação e a análise compõem a base principal da devida diligência, sendo as principais ferramentas de gestão de risco e do processo de devida diligência.

Em complemento, aponta o autor que os atributos do sistema devem ser a atribuição de autoridade e responsabilidade a uma pessoa com conhecimento e experiência na área investigada. Além disso, é necessário o exercício de controle interno sobre os riscos identificados e fiscalização da implementação de medidas mitigadoras. Por fim, a estrutura organizacional e os processos de comunicação

⁴² Questão, regra, análise e conclusão

devem facilitar o fluxo de informações críticas, sem qualquer impedimento. Por fim, deve haver processo próprio para monitorar a continuidade e eficácia do sistema.

Segundo o modelo citado, o primeiro componente da estrutura da devida diligência é a incorporação da conduta empresarial responsável nas políticas e sistemas de gestão. É possível acrescentar dentro do conteúdo da conduta empresarial responsável a consciência dos direitos humanos a serem respeitados e, notadamente, o dever constitucional de cuidado, decorrência da dignidade da pessoa humana, sobre o qual tratado adiante.

Para Ruggie (ONU, 2021) o processo de devida diligência pode ser inserido nos sistemas de gestão de riscos da empresa, destacando-se para que este sistema não se limite a simples identificação e gestão dos riscos para a própria empresa, mas que parte de uma análise mais ampla, notadamente que inclua os riscos aos detentores de direitos.

Cabe às empresas criar, adotar e divulgar políticas sobre questões de responsabilidade empresarial, notadamente orientada para os direitos humanos, articulando os compromissos das empresas com estes direitos. Além disso, também convém a divulgação dos planos para implementação da devida diligência, não apenas para a própria empresa, mas a sua cadeia de fornecimento e relações comerciais.

É relevante que haja alinhamento na própria empresa entre equipes e unidades, principalmente diante dos riscos específicos que podem ser enfrentados por cada, além da capacidade de causar maior impacto. Sugere-se a inclusão de unidades com atribuição para tomada de decisões de alto nível, como conselhos; responsáveis pela garantia do cumprimento de leis e parâmetros, como unidades jurídicas, de *compliance*, recursos humanos; responsáveis pela tomada de decisão em novos relacionamentos comerciais, desenvolvimento ou supervisão de produtos e operações, vendas e marketing (OCDE, 2018).

As ações práticas sugeridas pelo órgão envolvem a revisão e atualização das políticas da empresa sobre questões de responsabilidade empresarial, acrescenta-se, também em relação aos direitos humanos. Além disso, é conveniente a elaboração de políticas específicas sobre os riscos mais significativos para a empresa, as quais devem ser atualizadas conforme haja atualização dos riscos nas operações e relações comerciais, incluindo sua cadeia de fornecimento. Estas políticas devem ser divulgadas externa e internamente.

Ainda na primeira etapa (incorporação) sugere-se que as políticas de conduta empresarial responsável e direitos humanos sejam incorporadas aos órgãos de supervisão, integrando os processos rotineiros da empresa. Para tanto, ações práticas possíveis podem abranger a atribuição desta supervisão e responsabilidade pela devida diligência à alta direção da empresa. Em igual medida, a responsabilidade pela implementação das políticas de direitos humanos pode ser atribuída aos empregados cujas ações e decisões tenham maior capacidade de impactar os riscos, aumentando-os ou diminuindo-os. Entre estes polos deve haver comunicação direta para compartilhamento de informações sobre riscos e tomada de decisões.

Os fornecedores e outros atores com quem a empresa possua relação comercial também devem ser incentivados a engajar-se e incorporar as perspectivas e políticas relacionadas aos direitos humanos. Para tanto, ações práticas podem abranger a comunicação destas políticas aos parceiros, a inclusão de condições e expectativas em contratos, desenvolvimento e implementação de processos de pré-qualificação sobre devida diligência, fornecer recursos e treinamento aos fornecedores e outros parceiros e, por fim, procurar conhecer e superar barreiras que possam impedir os parceiros a implementarem a política.

Merece destaque que a empresa, considerando sua posição como contratante ou contratada, ou sua maior aptidão de influenciar os parceiros, deve utilizar-se de sua capacidade para fazer com que os demais também respeitem os direitos humanos. Isso é possível por meio do exercício de pressão ou influência na contratação ou estabelecimento condições para a contratação que envolvam o necessário respeito aos direitos humanos ou mesmo a existência da devida diligência empregada pela empresa contratada ou fornecedora.

A segunda etapa consiste em identificar e analisar os impactos adversos reais e potenciais que estejam associados às operações, produtos ou serviços da empresa. Merece destacar que embora sejam abordados de forma sucessiva, a segunda etapa não exclui ou supera o primeiro, devendo coexistir e serem concomitantes.

Nesta fase deve a empresa definir a área de risco de violação de direitos humanos, identificando em todas as áreas de atuação, inclusive cadeias de fornecimento e relacionamentos comerciais. Os elementos relevantes levam em conta os riscos de violação aos direitos humanos, em todos os espectros. Isso inclui observar e identificar os riscos setoriais, geográficos, bem como aqueles que já foram enfrentados pela empresa ou que provavelmente enfrentará brevemente. Ou seja,

cuida-se de identificar primacialmente aqueles mais evidentes. Isso permitirá que a empresa priorize as áreas de riscos mais significativos para avaliação posterior.

Na hipótese em que esta cadeia de valor for composta por um grande número de entidades, afigura-se desproporcional a realização da devida diligência dos impactos adversos em toda a cadeia. Assim, cabe as empresas identificar áreas em que o risco seja mais significativo, devido ao contexto operacional dos fornecedores ou clientes, atividades ou operações, a fim de que possa priorizar a devida diligência onde o risco for mais premente ou nocivo (ONU, 2021).

A área de identificação do escopo requer a definição de um quadro das áreas de atuação da empresa e dos tipos de relações comerciais, a fim de permitir identificar quais informações serão necessárias levantar. Empresas pequenas podem não necessitar desta definição prévia e partir para a análise inicial dos riscos e priorização dos impactos específicos.

Ainda como ação prática sugerida, identifica-se a necessidade de coleta de informações para compreender os principais riscos do setor. Devem servir de fontes relatórios governamentais, da sociedade civil, de representantes dos trabalhadores e sindicatos, bem como da mídia e de instituições nacionais de direitos humanos. As lacunas devem ser preenchidas mediante consulta às partes interessadas e especialistas. Mostra-se relevante também considerar as informações obtidas por meio de sistemas de alerta precoce e mecanismos de reclamação (OCDE, 2018).

Ao menos quatro objetos precisam ser observados para identificação dos riscos de violação aos direitos humanos, como aponta Taylor (2009), sendo as operações empresariais, o contexto, o envolvimento e a associação.

Os impactos adversos podem ser compreendidos em campos como transparência, direitos humanos, emprego e relações laborais, meio ambiente, corrupção, direitos do consumidor, dentre outros.

Importa destacar que no processo de identificação dos impactos a empresa não deve analisar apenas para o espectro interno, ao contrário, deve ampliar o campo de visão e buscar informações relevantes de outros atores sociais, sendo relevante observar eventuais notícias relacionadas, denúncias, ações judiciais, pretendendo incorporar estas informações da comunidade para compor o processo de identificação (Borges e Nabuco, 2018).

A OCDE (2018) identifica algumas espécies relevantes de impactos nestes campos. Segundo a organização, constitui impacto adverso a ausência de divulgação

de informações relevantes sobre resultados financeiros e operacionais da empresa, seus objetivos, participação acionária, remuneração de membros do conselho e executivos-chave, estrutura e política de governança, além de não fornecer informação ao público e trabalhadores, que sejam mensuráveis, adequadas e verificáveis, acerca dos potenciais impactos da empresa sobre saúde, segurança e meio ambiente.

Em relação aos direitos humanos, pode-se exemplificar como impactos adversos, a existência de trabalho forçado, discriminação salarial não justificada, violação de gênero, ausência de consideração sobre interesses de povos indígenas e tradicionais afetados ou potencialmente impactados pela atividade empresarial, envolvimento com represália contra sociedade civil e defensores de direitos humanos que estejam relacionados com os impactos da atividade, restrição ao acesso à água potável (OCDE, 2011).

Quanto aos impactos relacionados a emprego e relações laborais, é possível apontar como impactos adversos, a ausência de respeito ao direito dos trabalhadores criar ou aderir a sindicatos ou organizações representativas de sua própria escolha; não se engajar em negociações construtivas para alcançar acordos sobre condições de trabalho e emprego; trabalho infantil; discriminação dos trabalhadores por motivos de raça, cor, sexo, religião ou qualquer outra condição; ausência de adaptação de máquinas, equipamentos, organização e tempo de trabalho às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores; não substituir substâncias perigosas por substâncias inofensivas ou com menor potencial de prejudicialidade, sempre que possível; realizar o pagamento de salários que não satisfazem as necessidades básicas dos trabalhadores e suas famílias; ameaçar transferir unidades operacionais para impedir trabalhadores de aderirem a greves ou sindicatos (OCDE, 2018).

A degradação da terra, esgotamento de recursos naturais, hídricos, florestas e destruição da biodiversidade é apontada como um dos exemplos de impactos ao meio ambiente, acompanhada da ausência de adoção de níveis seguros em relação a perigos biológicos, químicos ou físicos nos produtos e serviços, bem como a poluição da água e desconsideração de infraestrutura adequada para tratamento (OCDE, 2018).

Em relação à corrupção, verifica-se que todas as espécies de suborno e oferecimento de presentes, ou o recebimento destes, sem controle e registro adequados, são considerados exemplos de impactos adversos. Quanto ao tema

interesse do consumidor, a ausência de adoção de padrões acordados ou estabelecidos legalmente sobre saúde e segurança, ou mesmo a ausência de informação a respeito, implica em impactos adversos segundo a OCDE (2018).

Após a identificação das áreas de risco mais significativas, esta deve servir para priorização do ponto de partida e permitir uma avaliação mais profunda dos impactos reais. Estas conclusões devem ser revistas periodicamente a partir das conclusões obtidas.

A partir das áreas de risco significativas que forem identificadas, deve a empresa realizar avaliações iterativas, aprofundando-as, tanto em relação às suas operações, como também aos fornecedores e parceiros comerciais. Identificando e avaliando os impactos adversos específicos em direitos humanos, tanto reais como potenciais.

As ações práticas sugeridas pela OCDE (2018) envolvem o mapeamento das operações relevantes para o risco priorizado, o que deve incluir os fornecedores e parceiros. Deve-se catalogar os direitos humanos específicos relacionados ao risco identificado. Quando for apropriado e viável, deve a empresa obter informações relevantes acerca das relações comerciais além das relações contratuais, podendo colaborarem para avaliar o perfil de risco. Sugere-se, ainda, estabelecer pontos de controle na cadeia de fornecimento para avaliar as práticas de devida diligência em relação a cadeia de fornecimento.

Deve-se também avaliar a natureza e extensão dos impactos reais e potenciais ligados às operações, fornecedores e relações comerciais priorizados, podendo fazer uso das informações coletadas por meio de estudos de impacto ambiental e social, bem como estudos de impactos de direitos humanos, sistemas de conformidade relativos à corrupção, inspeções de saúde e segurança, ou outros documentos e relatórios que possam auxiliar na identificação.

Os riscos de impactos aos direitos humanos devem ser considerados antes de uma atividade comercial nova, entrada em um novo mercado, desenvolvimento de novos produtos ou operações, ou novas relações comerciais.

Estes impactos devem ser revisados e reavaliados regularmente, notadamente antes de decisões importantes, mudança de atividade, ou quando houver de relação ou atividade empresarial duradoura. Este processo deve ser utilizado como ação única, quando houver desenvolvimento ou implementação de projetos, mas também como parte permanente de procedimentos internos, como para

acompanhar contratos padrões e procedimentos de gerenciamento de cadeia de suprimento (Taylor, 2009; Sherman III, 2020).

Em se tratando de direitos humanos os titulares impactados e potencialmente sujeitos aos impactos, devem ser consultados e envolvidos, verificando-se eventuais barreiras e engajando os envolvidos a participarem das avaliações. Neste ponto, importante observar que os impactos adversos sobre indivíduos e grupos podem ser diferentes, inclusive podem ser acrescidos por situações de vulnerabilidade ou marginalização, ou em virtude do enfretamento dos riscos em níveis diferentes, como nos casos em que envolvam questões de gênero.

Outro passo da segunda etapa consiste em avaliar o envolvimento da empresa com os impactos adversos identificados, tanto os reais como os potenciais, a fim de que possam esclarecer e apresentar respostas para indagações da etapa seguinte. Deve-se, especificamente, como sugere a OCDE (2018), avaliar se a empresa causou os impactos ou se seria capaz de causá-los, assim como se sua conduta contribuiu ou teria aptidão para contribuir e se o resultado lesivo está diretamente ligado às operações, produtos ou serviços.

Para tanto, o órgão sugere ações práticas que envolvem consultas ao envolvidos e partes interessadas pertinentes, bem como aos titulares dos direitos impactados, sem prejuízo da consulta a especialistas. Para Ruggie (ONU, 2021), as empresas devem prestar atenção nas pessoas, grupos ou população com maior risco de vulnerabilidade ou marginalização, devendo ainda considerar que homens e mulheres estão expostos a diferentes riscos.

Outro método que pode auxiliar na identificação dos riscos é proposto por Taylor (2009), consistindo em três etapas, a pesquisa de mesa, a visita de campo e o relatório. Ao final, propõe a fase de implementação destas informações, ou seja, como os dados colhidos devem ser tratados.

A pesquisa de mesa permite estabelecer um contexto de informações sobre direitos humanos e a relação da empresa quanto à estes, notadamente como eles podem ser impactados pelas operações da companhia e quais devem ser as prioridades para aprofundar as investigações (Taylor, 2009). A pesquisa envolve entrevistas telefônicas com envolvidos, stakeholders, peritos, pessoas da comunidade, ampliando as perspectivas sobre o contexto.

O autor propõe seis passos a serem observados nesta fase de pesquisa de mesa. O primeiro passo consistiria na leitura de relatórios internacionais de direitos

humanos sobre o local da operação, bem como as questões sobre direitos humanos mais importantes. Em seguida, deve haver o levantamento do mapa ou lista de operações da companhia em andamento ou em planejamento, buscando informações acerca de questões de direitos humanos relacionadas ao tipo de operação ou ao setor industrial correspondente. Ou seja, como aquela espécie de operação de modo geral impacta aos direitos humanos. O terceiro passo consiste no cruzamento das informações, isso implica dizer que aquilo que foi identificado como questões importantes de direitos humanos para o local da operação e os relatórios de direitos humanos correspondentes deve ser ponderado a partir da ótica empresarial, ou seja, quais destes danos podem ser reflexos da operação empresarial. O quarto passo indicado por Taylor (2009) implica na elaboração de uma lista de riscos provisórios, espécies de danos ou violações, pessoas afetadas e possíveis conexões com a empresa. Com os dados obtidos, deverá haver o engajamento dos setores da empresa, mediante a exposição dos objetivos da investigação. Por fim, o autor sugere ouvir especialistas externos confiáveis.

A segunda etapa da avaliação consiste na pesquisa de campo (Taylor, 2009), o que é essencial para companhias com operações fora do país ou uma complexa cadeia de suprimento. A proposta apresentada pelo autor consiste em ter contato direto com as operações e o contexto, podendo priorizar os riscos previamente identificados na etapa anterior. A visita de campo envolve observação e entrevistas com diversos *stakeholders*. Taylor (2009) sugere que, em se tratando de operações em outro país, seria interessante haver visitas na capital, no local das operações e junto à comunidade próxima às operações. Nesta etapa, ao menos três passos deveriam ser seguidos. Inicialmente o corpo da companhia local deveria ser preparado para a visita, a fim de que possam se adaptar à ideia de serem avaliados sobre aspectos relacionados aos direitos humanos. O segundo passo consistiria na conversa com representantes de diversos departamentos da empresa. O terceiro passo da pesquisa de campo consiste em entrevistas com *stakeholders* externos, o objetivo é criar vinculações entre as respostas obtidas e os padrões de cuidado com os direitos humanos.

A terceira etapa do modelo de Taylor (2009) envolve a análise dos dados coletados e a elaboração de relatório. Nesta etapa, o primeiro passo deve consistir na análise dos dados obtidos com as observações e pesquisa, elaborando uma lista de impactos adversos atuais, potenciais e percebidos, sendo o mais específico possível.

Caso haja violação, deverá haver uma correlação com eventual norma de direito humano violada, relatando o grau de probabilidade de que o risco ocorra, caso seja potencial, bem como as consequências possíveis dessa ocorrência para a empresa e à comunidade. O relatório, segundo o autor, pode ser construído com um resumo dos riscos, identificando a categoria ou ranqueando os impactos pelo grau de evidência ou impacto; isto pode vir acompanhado de uma explicação sobre as ações recomendadas, incluindo recomendações de eventual aprofundamento das investigações; uma lista dos próximos passos; além de um resumo das conclusões relacionadas às violações mais óbvias e graves.

A partir das informações obtidas, os riscos mais significativos devem ser priorizados, a partir da avaliação da gravidade e probabilidade, como sugerem inclusive o princípio 24 dos princípios orientadores para empresas e direitos humanos (ONU, 2021). Ao comentar o princípio, John Ruggie aponta que inexistindo diretrizes legais específicas para a ordem de enfrentamento dos impactos, sendo necessário estabelecer prioridades, as empresas devem abordar os impactos nos direitos humanos por ordem de severidade, sobretudo considerando as consequências de uma resposta tardia em relação a probabilidade de reparação.

A identificação destes riscos, diante da natureza dinâmica das situações avaliadas, deve ocorrer em intervalos regulares. John Ruggie (ONU, 2021) sugere que as novas avaliações ocorram previamente a novas atividades ou relações comerciais, grandes decisões ou mudanças operacionais (ingresso em novos mercados, lançamento de novos produtos, alteração significativa na política de negócios), mudanças no ambiente operacional e periodicamente durante toda a atividade ou operação.

A priorização do enfrentamento é importante quando não for possível tratar imediatamente todos os riscos e impactos. Após o tratamento dos eventos mais significativos, os demais devem ser enfrentados seguindo a escala de impactos estabelecida.

Sendo assim, quaisquer atividades que estejam causando ou contribuindo para impactos negativos aos direitos humanos devem ser priorizadas. Havendo impactos nas relações comerciais, deve-se avaliar se eventuais riscos identificados nestas relações merecem ser prevenidos ou mitigados.

A terceira etapa da devida diligência em direitos humanos, a partir do modelo proposto pela OCDE (2018) devem abranger ações para cessar, prevenir e mitigar os impactos adversos.

Sendo assim, deve-se interromper atividades que estejam provocando estes impactos ou contribuindo para que eles aconteçam. A partir das avaliações realizadas na etapa anterior, a empresa deve desenvolver e implementar planos adequados para prevenir e mitigar potenciais impactos aos direitos humanos.

Espera-se, ainda, que a empresa atribua responsabilidade aos quadros superiores para assegurar que atividades lesivas, ou que possam contribuir, sejam interrompidas, bem como que sejam preventidas de causar novos impactos.

Em se tratando de ações complexas ou de difícil interrupção, deve-se desenvolver um plano de ação sobre como interromper estas atividades, envolvendo todas as partes interessadas e os titulares dos direitos humanos diretamente ou potencialmente afetados.

Com as informações obtida na etapa anterior, a empresa deve atualizar as políticas internas, a fim de fornecer orientações sobre como evitar e enfrentar estes impactos, sem prejuízo do treinamento necessário aos empregados relevantes e direção.

John Ruggie (ONU, 2021) destaca que os impactos potenciais identificados devem ser prevenidos ou mitigados por meio de uma integração horizontal dos resultados da avaliação junto a todos os campos da empresa, enquanto os impactos reais, os que já ocorreram, deverão ser objeto de mecanismos reparatórios.

Outra ação prática sugerida pela OCDE (2018) que se mostra de significativa relevância, consiste em atualizar e reforçar, ou implementar, sistemas de gestão e monitoramento de riscos e informações, com sistema de sinalização destes riscos antes que os impactos adversos ocorram.

O desenvolvimento de ações e a implementação dos planos de ação deve envolver as partes interessadas e os titulares dos direitos envolvidos. Em se tratando de empresas parceiras, deve engajá-las a observar ou adotar medidas propostas no plano, sem prejuízo de exercer sua influência e, sendo possível, interromper as relações comerciais.

A partir da priorização dos impactos, a empresa deve desenvolver e implementar planos para prevenir ou mitigar os impactos adversos aos direitos humanos, tanto os reais como os potenciais. As respostas adequadas aos riscos

podem envolver desde a continuidade da relação comercial durante os esforços para mitigação, como a suspensão temporária do relacionamento ou mesmo seu encerramento após tentativas fracassadas de mitigação. O encerramento das atividades deve observar os potenciais impactos sociais e econômicos adversos. Logo, os planos devem detalhar que ações serão tomadas pelas empresas e suas expectativas em relação aos fornecedores, compradores e demais partes relacionadas (OCDE, 2018).

Assim, sugere-se que a empresa apoie e colabora para as empresas com quem tem relação comercial desenvolvam seus próprios planos e implementem medidas de prevenção e mitigação.

Nos casos em que não há poder de influência suficiente, deve a empresa construir influência adicional, inclusive por meio de contatos entre direções e incentivos comerciais, cooperando com outros atores e realizando abordagens colaborativas para engajamento com associações e poder público.

Sherman III (2020) aponta que há medidas a serem adotadas pelas empresas, podendo estas exigir a demonstração pelos fornecedores de que dispõe de capacidade financeira e gerencial para cumprir requisitos de desempenho em temas como direitos humanos; exigir que estes relatem os problemas que possam existir, assim como os potenciais; colaborar com os fornecedores para solução dos problemas em detrimento da adoção de abordagem retaliatória e punitiva; adotar medidas para que as vítimas de eventuais abusos de direitos humanos sejam reparadas; por fim, ajustar a responsabilidade para o caso do seu comportamento contribuir com os impactos adversos aos direitos humanos.

A influência também pode ser exercida por meio de políticas ou códigos de conduta, contratos, acordos escritos ou uso de poder de mercado. O apoio aos parceiros também pode se manifestar por meio de treinamentos e reforços nos sistemas de gestão, inclusive com compartilhamento das informações e procedimento de devida diligência. Sendo assim, o nível de influência que a empresa possui em face dos parceiros é importante, o que implica dizer que deve ser um ativo perseguido, podendo ser potencializada com o oferecimento de capacitação ou incentivos.

Sem embargo, assim como apontado por Borges e Nabuco (2018), a posição ocupada pela empresa em relação aos seus parceiros deve ser utilizada, em certa medida, para influenciar a tomada de decisão destes quanto aos possíveis riscos relacionados aos direitos humanos. Mostra-se possível e recomendável a previsão

contratual da possibilidade de encerramento ou suspensão da relação contratual devido aos riscos de impactos ou violação aos direitos humanos, mormente quando a empresa não adota medidas para conter ou remediar.

Em se tratando de instituições financeiras, como propõem os autores, é possível que a própria decisão de financiamento leve em consideração a existência do processo de devida diligência, não podendo se tratar de mera formalidade. Acrescenta-se que em relação ao financiamento público, porquanto os Estados tenham dever de proteger os direitos humanos, há verdadeira obrigatoriedade nesta exigência, do contrário, haverá omissão culposa do agente financiador, sendo possível, inclusive, discutir sua responsabilidade civil em decorrência dos eventuais impactos adversos aos direitos humanos praticados pelo tomador do empréstimo.

Igual entendimento é defendido por Ruggie (ONU, 2021), ao apontar que em certas ocasiões mesmo que a empresa não tenha contribuído para o impacto adverso, eventualmente este poderá estar diretamente associada às suas atividades e operações, ou produtos e serviços, em decorrência de sua relação comercial com outra entidade. Nestes casos, a capacidade de influência da empresa sobre a entidade em questão deve ser utilizada, podendo, conforme a severidade da violação, resultar no término da relação contratual.

A desvinculação de fornecedores e o término de relações comerciais deve ser o último recurso após tentativas fracassadas de prevenção ou mitigação dos impactos graves, quando os riscos forem irremediáveis ou quando à empresa parceira, após identificado o impacto ou risco, não adota medidas imediatas para prevenir ou mitigar os eventos lesivos.

Ruggie (ONU, 2021) destaca que em algumas circunstâncias a relação comercial é crucial para a empresa, de modo que o encerramento desta pode não ser uma opção ou constituir significativo desafio, notadamente quando não há alternativas razoáveis. Nestas hipóteses, a severidade do impacto adverso aos direitos humanos deve ser considerada, logo, quanto mais severa for a violação, com maior urgência deve a empresa decidir se irá encerrar a relação. No caso de permanecer com a relação comercial, a empresa deve demonstrar seus próprios esforços para mitigar os impactos causados pelo parceiro, permanecendo preparada para aceitar as consequências reputacionais, financeiras e jurídicas decorrentes da opção de manter a parceria comercial.

Há uma importante preocupação quanto à estes riscos relacionados a cadeia de fornecimento. Sherman III (2020) identifica que é possível que o contratante ou adquirente de insumos possa contribuir para impactos adversos, sendo esperado que ele interrompa as ações e a relação comercial, utilizando sua influência para interromper o parceiro de causar impactos adversos, ou aumente sua influência para alcançar este objetivo, e, por fim, contribua para remediar o dano na medida de sua contribuição. Quando se tratar de circunstância em que não tenha causado ou contribuído, mas esteja relacionado, embora não se espere que o dano seja reparado pela empresa, segundo Sherman III (2020), é desejado que o faça, tanto quanto possível.

O ato de influenciar é chamado por Sherman III (2020) de alavancagem, conceituando como o ato de influenciar outros a mudarem o seu comportamento, o que estaria no centro daquilo que se pode razoavelmente esperar que as empresas façam na prática quando confrontadas com desafios de direitos humanos nas suas relações comerciais.

Ao destacar que modelos de conformidade (*compliance*) de cima para baixo, ou seja, dos compradores para os fornecedores na cadeia de fornecimento, possuem reduzida probabilidade de alcançar resultados importantes nos impactos negativos aos direitos humanos, Sherman III (2020) aponta que o que se espera é uma abordagem colaborativa a ser adotada pelas empresas líderes. Isso implica dizer há um só tempo que a transferência de responsabilidade para o fornecedor não é adequada, assim como espera-se que a empresa exerça sua influência de forma colaborativa, auxiliando na resolução do problema.

Ainda sobre a fase de implementação, Taylor (2009) destaca que a implementação do plano de ação ou mitigação depende da urgência das questões identificadas, assim como a importância dada aos riscos em relação à outras prioridades que competem pela atenção da gestão da empresa. O autor ainda propõe a importância da existência de funcionário com atribuição específica para o tema, o que depende da dimensão da empresa e da natureza do potencial risco aos direitos humanos.

Para a implementação as principais funções podem incluir, segundo Taylor (2009), conduzir a devida diligência ou orientar a implementação da devida diligência em direitos humanos por outras unidades operacionais de uma empresa, o que pode auxiliar a evitar a ingerência de agentes que possam estar envolvidos com os danos

ou ser diretamente responsabilizados; o desenvolvimento de um mecanismo de monitoramento de direitos humanos que acompanhe os indicadores relacionados aos direitos humanos em relação a atividades específicas; a garantia de que as medidas de mitigação em relação ao risco de direitos humanos sejam implementadas bem como que as oportunidades identificadas para melhorar o impacto da empresa nos direitos humanos sejam identificadas; a garantia de coordenação entre os vários departamentos sobre planos, políticas e abordagens que afetam os direitos humanos. Ainda segundo Taylor (2009), as funções podem incluir trabalhar para garantir a implementação de contratos que promovam o respeito pelos direitos humanos, podendo incluir cláusulas que autorizem as empresas de realizar verificações pontuais junto aos parceiros, podendo ter acesso a instalações e documentos, a fim de detectar comportamentos nocivos e com potencial de produzir impactos adversos aos direitos humanos.

A quarta etapa descreve o monitoramento, implementação e os resultados do processo de devida diligência.

Na quarta etapa deve a empresa monitorar a implementação e eficácia das atividades de devida diligência, sobretudo se as medidas foram aptas a identificar, prevenir e mitigar, bem como a remediar os impactos, inclusive dos parceiros comerciais. Além disso, as lições devem ser aprendidas para melhoria dos processos futuros.

Como ações práticas, a OCDE (2018) sugere que haja monitoramento e acompanhamento das medidas adotadas e se os compromissos foram eficazes para atingir os objetivos referentes à devida diligência em direitos humanos, o que pode ocorrer por meio de realização periódica das análises e autorias internas ou externas dos resultados, assim como comunicação dos resultados aos níveis pertinentes da empresa.

Deve-se analisar periodicamente se as medidas de mitigação estão sendo implementadas e se são aptas para enfrentamento dos riscos de violação em direitos humanos. Os titulares dos direitos humanos impactados devem ser consultados e participar das revisões.

Além disso, deve-se buscar a identificação das lacunas, observando se alguns riscos foram negligenciados e inclui-los no futuro. As lições aprendidas na devida diligência devem ser utilizadas para melhoria do processo de devida diligência.

Segundo o modelo proposto pela OCDE (2018), a quinta etapa envolve a comunicação acerca de como os impactos estão sendo enfrentados.

A comunicação deve ocorrer de forma externa e interna, apresentando informações relevantes sobre as políticas adotadas, os processos e as atividades de devida diligência que foram conduzidas para identificar e enfrentar os impactos reais e potenciais aos direitos humanos, incluindo-se as conclusões e os resultados alcançados. A divulgação deve considerar aspectos de sigilo comercial e aspectos concorrenenciais ou de segurança.

É importante que as informações possam ser acessadas facilmente. Devem ser suficientemente comunicados aos titulares dos direitos humanos impactados, de forma oportuna e culturalmente sensível.

A etapa seguinte cuida da promoção ou cooperação para remediar os impactos quando necessários.

No curso do procedimento de devida diligência, observando-se que a empresa causou ou contribuiu para violação de direitos humanos, ou para criação de riscos potenciais, deverá promover a remediação ou cooperar para que eles sejam remediados.

A OCDE (2018) sugere a adoção de práticas como a reconstrução da situação original, restabelecendo o status quo ante, além de uma reparação proporcional ao impacto adverso. A espécie de reparação depende da natureza e extensão do impacto adverso, podendo incluir pedidos de desculpa, restituição ou reabilitação, sanções punitivas e adoção de medidas para impedir a ocorrência de impactos futuros. Os titulares dos direitos humanos violados devem ser consultados e o nível de satisfação deve ser avaliado.

Também se mostra importante a cooperação com mecanismos judiciais e extrajudiciais, assim como o estabelecimento de mecanismos de reclamação e acompanhamento destas, cotejando-as com os resultados.

Segundo Ruggie (ONU, 2021), a existência de mecanismos judiciais eficazes é essencial para garantir o acesso à reparação, esperando-se destes sistemas imparcialidade, integridade e capacidade de orientar-se por um devido processo legal que seja adequado para fazer frente as violações de direitos humanos relacionadas a atividade empresarial. Ainda que não se trate de algo que esteja ao alcance das empresas, é suficiente que estas não utilizem o processo indevidamente, sobretudo

que não posterguem propositadamente o processo com o único intuito de atrasar o pagamento de eventuais indenizações.

Como apontado pelo CETIM (2016), são comuns os casos em que o mecanismo judicial é utilizado indevidamente pelas empresas, por vezes como forma de resistência à reparação ou como meio de retaliação àqueles que buscam a satisfação dos danos experimentados.

Assim como as empresas, os Estados não podem impor barreiras que impeçam a propositura de demandas legítimas, sobretudo quando a via judicial é essencial para obter à reparação e não há vias alternativas adequadas para tanto (ONU, 2021).

Neste ponto, a fim de que o sistema de justiça seja eficaz, não devem as empresas interferir, seja por meio de obstrução ou corrupção, não criando pressões econômicas ou políticas aos agentes estatais, tampouco criando obstáculo para que atividades legítimas e pacíficas dos defensores de direitos humanos. Outrossim, eventuais assimetrias entre as partes não podem ser agravadas pela empresa.

Sendo assim, uma ação prática adequada consiste na colaboração da empresa no curso do processo judicial, agindo de forma colaborativa, respeitando a boa-fé processual e comportando-se forma leal, a fim de que a solução judicial satisfatória possa ser construída conjuntamente com os envolvidos. É justamente em virtude disto que o processo judicial tradicional parece não satisfazer grandes violações aos direitos humanos, porquanto exija-se um processo estruturado que dê conta de atender aos diversos interesses envolvidos e que alcance um grau mínimo de satisfação e reparação sem, contudo, inviabilizar a atividade empresarial.

A criação de canais de denúncia internos a fim de que possa atender rapidamente as reclamações e eventualmente reparar diretamente os danos, também deve compor a devida diligência. Ao mesmo tempo, o canal de denúncia serve de mecanismo de identificação dos impactos adversos o qual será acionado pelos indivíduos diretamente interessados e afetados, o que permitirá identificar tendências e padrões de denúncias, a fim de identificar problemas sistêmicos e adaptar as práticas adequadamente (ONU, 2021). E, como apontado, servem para reparar antecipadamente os danos, impedindo que estes, e as denúncias, escalem, evitando que se tornem um grande conflito ou situação de significativa violação aos direitos humanos.

Sobre os canais de denúncia, Taylor (2009) acrescenta que reuniões públicas regulares na comunidade ou através de um conselho consultivo com líderes locais e reuniões mensais com representantes da comunidade, são mecanismos que proporcionam às pessoas afetadas pelas operações da empresa uma oportunidade de expressar preocupação sobre questões relacionadas com os direitos humanos, o que pode auxiliar na identificação de formas de garantir que a presença corporativa tenha um impacto positivo, e não negativo, sobre a população local.

Os mecanismos de reclamação devem ser transparentes, acessíveis e com recursos adequados e eficazes para comunicar e encontrar soluções, o que permite detectar os problemas de forma precoce e identificar as oportunidades de mitigação rapidamente, o que faz com que se constitua em um mecanismo de prevenção, como propõe Taylor (2009).

A escolha do investigador, seja um indivíduo ou o grupo, também é importante para a adequada condução da devida diligência. A condução da devida diligência exige do investigador que ele saiba qual informação deve ser buscada e como deve avaliar os fatos identificados. Portanto, destaca Taylor (2009), a identificação e investigação dos riscos de impactos adversos aos direitos humanos exige do investigador um sólido conhecimento da matéria ou uma forte compreensão sobre como a atividade empresarial impacta as pessoas.

Em muitas empresas, pode ser relevante que o investigador ou parte do grupo de investigação e condução da devida diligência sejam independentes, notadamente para não sofrer pressões internas ou de eventuais membros com poder de decisão que possam ser pessoalmente afetados com a condução da devida diligência.

Segundo propõe Taylor (2009), na hipótese de se entender que a devida diligência é obrigatória, eventual falha do investigador em exercer a avaliação e julgamento razoável das informações colhidas poderá levar a sua própria responsabilização. De igual forma, aquele que nomeia o investigador incompetente, caso haja elementos para perceber a ausência de capacidade para condução da devida diligência, também pode ser responsabilizado pela negligência. Em resumo, como aponta Taylor (2009), a condução exige que a pessoa escolhida tenha competência no assunto, notadamente, que tenha conhecimento sobre assuntos relacionados a direitos humanos e os impactos que as empresas podem causar nesta esfera.

A primeira década dos princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos serviu para apresentar a devida diligência em direito humanos, embora não tenha obtido êxito massivo com sua implantação.

Em virtude disso, a Organização das Nações Unidas, por meio do grupo de trabalho sobre negócios e direitos humanos, ao avaliar os avanços da última década estabeleceu um plano de trabalho para a próxima década, nominando-o de “UNGPs 10+: a roadmap for the next decade of business and human rights.”

Dentre os objetivos para a próxima década, destaca-se o item 1.1, compreendido como a necessidade de fazer os empreendimentos empresariais respeitarem os direitos humanos como elemento principal de uma estratégia de transição justa e desenvolvimento sustentável, respeitando as pessoas e o planeta, prevenindo e avaliando os impactos adversos decorrentes das atividades empresariais e da cadeia de valor, com a devida diligência como ferramenta deste processo (UN Working Group, 2021).

O objetivo 1.4 aponta que a principal contribuição dos Princípios Orientadores é o conceito de devida diligência em direitos humanos, sendo necessária a construção de um alinhamento entre os diversos parâmetros internacionais como as Orientações da OCDE e os princípios orientadores, garantindo uma coerência e alinhamento nos padrões de desenvolvimento (UN Working Group, 2021).

Por fim, para o escopo deste trabalho, destaca-se o objetivo 3.2, o qual aponta para a necessidade de incorporar a devida diligência em direitos humanos na governança corporativa e nos modelos de negócios, indicando a necessidade da incorporação do respeito aos direitos humanos no DNA das empresas, reclamando para uma mudança da cultura, com integração da devida diligência nas estruturas do empreendimento e no centro do modelo de negócio (UN Working Group, 2021).

O cenário dos objetivos para a próxima década é sobretudo fundado na ausência de respeito profundo das sociedades empresariais pelos direitos humanos. Não se observa que o respeito esteja incorporado em todos as estruturas empresariais, principalmente no nível da tomada de decisão.

4.5 A devida diligência obrigatória em direitos humanos e a superação do princípio da legalidade estrita

O presente trabalho pretende ir além e demonstrar que há um dever atribuível às empresas implementarem a devida diligência em direitos humanos, não se trata de uma opção empresarial, mas de uma obrigação constitucional.

A dificuldade da proposição perpassa a análise do princípio da legalidade.

Quando se analisa a matéria apenas a partir da ótica do direito ambiental, espécie de direito humano, observa-se maior amadurecimento no debate, de modo que a responsabilização dos agentes envolvidos com o dano ambiental possui certo grau de maturidade na doutrina e na jurisprudência. Embora haja posições conflitantes, mas a responsabilidade objetiva em decorrência dos danos ambientais é a posição majoritária, aplicada não apenas àquele que diretamente causou o dano, mas também aos que contribuíram para o resultado lesivo. Nestas situações, basta a prova do dano, da ação ou omissão e do nexo de causalidade, porquanto utilize-se a teoria do risco integral. A natureza da reparação é deambulatória.

A responsabilidade objetiva e, portanto, o dever de cuidado ambiental, encontra previsão específica na legislação, a teor do art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81. Contudo, é preciso ir além e extraír não apenas aspectos relacionados à responsabilidade civil em virtude de violação aos direitos humanos, mas o próprio dever de cuidado e a necessidade de adoção da devida diligência como consectário deste, o que deve ser feito de forma obrigatória.

Não há dúvida de que o direito ao meio ambiente saudável é um direito humano da presente e das futuras gerações, porém, é preciso avançar e entender que em relação aos direitos humanos, como gênero, deve-se alcançar igual grau de proteção (os princípios da proteção e da precaução são exemplos), superando-se a sua análise apenas quando da violação para atuar preventivamente, evitando-se que os danos ocorram, muitas vezes de graves consequências.

O entendimento corrente, sendo este o estado da arte, a partir da ótica dos princípios orientadores, é de que a sua observância, por conseguinte, da devida diligência, decorre de um comportamento voluntário.

Com isso surge um paradoxo, aparentemente insuperável. Como obrigar as empresas a respeitarem os direitos humanos diante de um contexto normativo de voluntariedade?

Os princípios orientadores da ONU para empresas e direitos humanos são objeto de crítica justamente por seu caráter voluntário.

Adoración Guamán (2018) destaca que os princípios constituem pura tautologia em relação a documentos de responsabilidade social corporativa e o Pacto Global, os quais, diante de sua natureza voluntária, perpetua os problemas de violação dos direitos humanos e gera dificuldade de reparação para às vítimas, não enfrentando, *verbi gratia*, o problema da doutrina do fórum não conveniente e da separação jurídica das personalidades das empresas inseridas na cadeia de fornecimento.

Há, portanto, a construção de um ambiente de dualidade entre aqueles que defendem a existência de normas obrigatórias e aqueles que entendem que as normas voluntárias teriam maior aptidão de alcançar o respeito aos direitos humanos pelas empresas.

Analizando o princípio n. 3 dos princípios orientadores citados, observa-se que não há uma exigência direta de adoção da devida diligência, mas pode haver determinação do Estado para que as empresas informem de forma obrigatória como lidam com os impactos de suas atividades. Por conseguinte, acaso entendido que apenas a devida diligência é apta o suficiente para oferecer uma resposta adequada, pode-se concluir pela possibilidade da obrigação de adotar a devida diligência de forma transversa. Todavia, ainda assim, parece ser necessária a existência de documento legal do Estado exigindo as empresas a prestar os informes destacados.

A devida diligência ocupa o núcleo do processo de demonstração do respeito aos Direitos Humanos pela empresa. A obrigação de cumprir os direitos humanos, cujo dever jurídico foi previamente demonstrado, inclui um compromisso político de observância destes direitos, um processo de devida diligência em direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas, além de processos que possibilitem reparar os impactos adversos causados por elas ou que tenha contribuído.

A análise do problema demanda pesquisa a fim de definir como a obrigatoriedade da devida diligência em direitos humanos pode se fundamentar na ordem jurídica. Assim, é preciso aprofundar a pesquisa em aspectos como normas em rede, fragmentação jurídica e governança policêntrica, como propõe Gunther Teubner (2020). O problema do princípio da legalidade também precisa ser

enfrentado, notadamente para verificar sua aplicação e comportamento nos arranjos jurídicos atuais.

Um fundamento possível para a obrigatoriedade da devida diligência em direitos humanos parece se iniciar na análise da eficácia horizontal em direitos humanos. Outro fundamento válido parece ser a dignidade da pessoa humana.

Taylor (2009), aponta que evitar danos é uma obrigação normativa que decorre do próprio regime de direitos humanos, criando uma responsabilidade para as empresas respeitarem os direitos e liberdades destas pessoas.

Neste sentido, a análise do tema, notadamente a identificação quanto à possibilidade de exigência da devida diligência demanda analisar como as normas de observância voluntária se comportam e como o princípio da legalidade deve ser interpretado no atual contexto jurídico.

4.5.1 Normas de observância voluntária: *soft law*

Os arranjos normativos nas relações entre diversos atores internacionais demandam a construção de modelos adaptáveis, o que implica em uma grande variedade de estruturas normativas. Sobretudo no direito internacional, estes modelos flexíveis aparecem com maior frequência. Muito se deve a necessidade de solução de questões substantivas específicas e problemas políticos singulares. A escolha do modelo se deve muito ao custo da transação e a circunstâncias específicas que fazem com que a escolha destes modelos flexíveis ocorra (Abbot, 2000).

Este modelo flexível tem sido identificado como *soft law*, termo que identifica um gênero em que diversas espécies de normativos com características semelhantes são agrupados.

Embora o termo seja utilizado com regularidade, ele representa um paradoxo em si mesmo. Considerando a utilização do termo lei, o qual remete ao sentido de obrigatoriedade observância, carrega também na sua definição o adjetivo soft, o qual sugere uma flexibilidade, voluntariedade, contrapondo-se ao termo *hard law*, que poderia ser compreendido como lei em sentido estrito. Isso implica dizer que o termo é escolhido para apontar que há instrumentos normativos não obrigatórios e que o próprio direito contempla estes modelos.

Tradicionalmente o direito é compreendido como um fenômeno organizador, composto por regras de conduta que formam um sistema jurídico, por normas obrigatórias e coercitivas, a partir de critérios formais de validade, resultando na compreensão de que a própria obrigatoriedade da norma jurídica equivale a obrigatoriedade do direito (Bobbio, 1999). A função do direito consiste na regulação das relações entre os indivíduos e na garantia da paz social, atribuindo-se ao Estado o poder coercitivo para assegurar o cumprimento destas normas. A essência do direito consiste em permitir, proibir ou obrigar (Bobbio, 1999).

A despeito disso, alguns autores questionam este modelo sustentado apenas no caráter coercitivo, compreendendo que o direito também abrange costumes, práticas, jurisprudência, não podendo subordinar-se exclusivamente a sanção (Carbonnier, 1969).

É justamente neste espaço de intelecção, a partir da compreensão de que o direito, mormente a juridicidade do direito, não depende da sanção, ou mesmo da imposição coercitiva estatal, que a ideia de *soft law* é construída.

A origem do termo é atribuída a Pierre-Marie Dupuy (1991), compreendido como um fenômeno social que cria um modelo contemporâneo de normatividade. Pode ainda ser compreendido como um conjunto de princípios, diretrizes ou recomendações, marcadas pela ausência de obrigatoriedade, sem força vinculante direta (Shaw, 2017).

Para Nasser (2005), é possível compreender *soft law*, como normas, jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga, ou de noções com conteúdo variável ou aberto, ou que apresentam caráter de generalidade ou principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras. Acrescenta, ainda, que estas normas preveem, para os casos de descumprimento, ou para resolução de litígios delas resultantes, mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, à exceção da adjudicação. Destaca ainda a característica da voluntariedade presente desde a origem.

A *soft law*, portanto, se caracteriza pela não obrigatoriedade, notadamente pela ausência de forma vinculante imediata, servindo apenas como força de influência e ameaça de eventual consequência sem prévia identificação. Destaca-se também sua natureza flexível e adaptativa, o que permite uma abordagem mais ágil, e dinâmica na solução de problemas. Autores como Ruggie (2014) apontam que a escolha do modelo deve-se a dificuldade em se construir consensos para utilização

de ferramentas rígidas e obrigatórias. Considerando sua flexibilidade, a *soft law* pode ser utilizada como um primeiro passo na construção de um normativo mais rígido.

Outra característica marcante é a voluntariedade, o que permite maior adesão e utilização como instrumento de cooperação entre atores na busca da promoção de coordenação de esforços e construção de consensos. Nesta toada, a própria construção normativa acaba optando pela adoção de disposições genéricas, criando princípios e não obrigações jurídicas. Este elemento também desencadeia outra característica, a ausência de responsabilização direta e mecanismos de coercibilidade, impedido a aplicação compulsória e a utilização de instrumentos repressores para as hipóteses de descumprimento.

O modelo abrange variedade de instrumentos, incluindo declarações, princípios, diretrizes, protocolos, resoluções, podendo ser adotados por Estados, organizações internacionais, empresas e atores estatais, que, embora não seja juridicamente vinculante, possuem impacto moral e político com aptidão para influenciar o comportamento de atores internacionais.

Abbot (2000) identifica que a regulamentação por meio de *soft law* apresenta vantagens, sobretudo quando em perspectiva com o modelo *hard law*. O autor destaca que dentre estas, merecem destaque os custos de contratação e o papel das regras e instituições na construção do aprendizado e elaboração de processos normativos.

Em relação aos custos da contratação, embora a legislação tradicional envolva menor custo pós-acordo e durante a fase de cumprimento dos compromissos, a faze de contratação envolve custos significativos, sobretudo considerando que em caso de descumprimento estes custos, notadamente em virtude de penalidades e reparação, podem ser especialmente maiores.

Abbot (2000) aponta que a própria Organização Internacional do Trabalho – OIT, em virtude da diminuição do número de adesões as convenções, acabou por sugerir a utilização de recomendações e códigos de conduta, em detrimento de tratados vinculativos, a fim diminuir os custos de ratificação. A construção do consenso em torno da legislação a ser criada (de caráter vinculativo) envolve custos importantes, que podem inclusive servir de obstrução estratégica por algum dos envolvidos.

O citado autor também destaca que a legislação vinculante, porquanto carrega o aspecto de que se origina de um órgão externo, impacta na compreensão dos países acerca de sua soberania, resultando em preocupações acerca da

segurança, acompanhamento e fiscalização dos compromissos. Em contrapartida, o modelo flexível da *soft law*, permite amortecer questões relacionadas a segurança e soberania, por meio de cláusulas de escape, compromissos imprecisos, delegação de atribuições com a possibilidade da retomada de controle caso circunstâncias adversas surjam.

Sobre outro aspecto, o modelo de *soft law* também permite que os Estados aprendam sobre o tema enfrentado antes de iniciar um processo de custo maior, notadamente tratados ou legislação no modelo *hard law*. Desta forma, embora possua inicialmente baixa densidade, permite que normas mais concretas sejam elaboradas no futuro. Ademais, o modelo permite que os Estados adaptem seus compromissos às situações particulares, acomodando as circunstâncias divergentes ao padrão nacional. Isto permite flexibilizar a implementação, ajudando os Estados a lidar com as consequências políticas e econômicas internas do acordo. Com isso, aponta Abbot (2000), quanto maior a divergência entre os atores, maior a preferência pelo modelo flexível.

Em certas circunstâncias, quando há estágios diferentes de legalização interna, os países podem adotar disposições exortativas ou imprecisas para iniciar a discussão dos temas mais sensíveis, sem atrasar o prosseguimento de eventuais acordos. Com isso, caso os compromissos adotados com o modelo *soft law* sejam bem sucedidos, os países podem iniciar a adoção de legislação adotando o modelo *hard law* (ABBOT, 2000)

Ainda segundo o autor, em se tratando da construção de acordos e da sua dificuldade inerente, sobretudo em matérias sensíveis, o modelo de *soft law* permite alcançar compromissos mais leves, considerando o custo e a demora existente em um modelo mais rígido, principalmente quando envolvem atores heterogêneos.

Destaque-se que a *soft law* atua em vazios normativos, sobretudo em temas sensíveis, atuando como um complemento a legislação existente, orientando decisões judiciais, e com isso transferindo o custo político envolvido.

De outra banda, a o modelo oferece limitações importantes que vão além da falta de obrigatoriedade. A ausência de mecanismos formais para garantir a conformidade, a inconsistência, a ausência de responsabilidade e a falta de transparência e participação na elaboração (déficit democrático), são alguns destes. Além disso, a própria desigualdade de poder entre os agentes que influenciam a

construção da norma pode ser importante, podendo resultar no favorecimento destes atores.

Embora não se possa dizer que o processo de legislação mais rígida (*hard law*) inevitavelmente deva ter como origem a *soft law*, é muito mais provável, como propõe Abbot (2000), que haja esta evolução do que a adoção desde o princípio de normatividade totalmente desenvolvida (*hard law*). Ademais, o próprio autor aponta que nem sempre há necessidade de seguir este caminho, sendo possível que em certos temas a utilização de normatividade não vinculante é preferível.

Em perspectiva, o modelo *hard law* pode ser compreendido como normas jurídicas formalmente vinculativas e obrigatórias, exigíveis coercitivamente, através de mecanismos de execução. A distinção é interessante sobretudo no âmbito do direito internacional. Assim, enquanto o modelo *soft law* careca de obrigatoriedade, o modelo *hard law* embora provenha do direito externo, estabelece regras vinculativas no direito interno, mormente por meio de tratados e acordos, possibilitando a aplicação de sanções jurídicas por meio de tribunais internacionais ou órgãos judiciais internos.

Para Trindade (2013), o direito internacional se estrutura, fundamentalmente, em normas jurídicas internacionais positivadas, isto é, em normas estabelecidas por meio de tratados ou acordos internacionais, que quando dotadas de força jurídica obrigatória para os Estados Partes, são compreendidos como instrumentos de *hard law*.

Como era de se esperar, em virtude da natureza vinculante, o processo de construção de instrumentos que se utilizem do modelo de *hard law* são mais rígidos e demorados. Demandando maior ajuste e consenso, como especificado, há um custo econômico e político envolvido, o que pode resultar em maior demora na elaboração, na obstrução, ou mesmo em conflitos insolúveis. Nada obstante, uma vez adotado o modelo, é possível exigir dos signatários e dos atores envolvidos, sobretudo os agentes internos, a sua observância. Assim, internamente a normatividade pode ser exigível, havendo sanções previstas para o descumprimento. Este atributo garante eficácia ou mecanismos adequados de reparação em caso de inobservância.

É possível concluir que o modelo não vinculante ocupa papel relevante em ambiente internacional, principalmente quando há diversos atores envolvidos com assimetria de interesses e poderes. Não tem aptidão, e talvez pretensão, de solucionar o problema, mas apenas de expor as circunstâncias envolvidas e suscitar o debate.

Como se observa, o modelo *soft law*, porquanto carregue como característica principal a voluntariedade da observância, serve como recomendação e modelo de conduta, não sendo apto a enfrentar diretamente problemas relacionados a violação de direitos. A escolha serve sobretudo para evitar o comprometimento dos Estados com temas sensíveis, como os Direitos Humanos, diluindo os compromissos, reconhecendo o padrão de conduta sem apontar sua observância ou se comprometer a exigir internamente seu cumprimento.

Fisher (2020) demonstrava preocupação quando alguns problemas do modelo econômico eram imputados a agentes abstratos, como o mercado, diluindo assim a responsabilidade desses. O modelo de *soft law*, como ferramenta para o enfrentamento de violação aos direitos humanos, implica na reprodução desta estrutura de diluição da responsabilidade. Define-se a exigência de um padrão de conduta de forma geral e abstrata, imputando a necessidade das empresas, sem apontar efetivamente quais, cumpram as recomendações, sem qualquer consequência pelo descumprimento.

Destaque-se ainda a capacidade do modelo diluir o custo político das decisões. Não há compromisso interno ou internacional com a resolução do problema, mas o próprio Poder Judiciário pode ser exortado a utilizar deste padrão de conduta como fundamento jurídico das decisões, evitando o desgaste que o campo político poderia sofrer caso firmasse compromissos vinculantes.

Sem prejuízo disso, o modelo de *soft law* cumpre um papel importante quando apresenta instrumentos e padrão de conduta, expondo uma situação conflituosa, sem normatividade suficiente. Ao tempo que evidencia, apresenta proposições, estas, contudo sem capacidade de serem exigidas diretamente por estes instrumentos voluntários. Nada obstante, o modelo, porquanto atue em vazios normativos, se acopla ao modelo existente, servindo como vetor interpretativo. Assim, como conteúdo normativo vinculante, pode ser inserida em um contexto de obrigatoriedade, a partir de estruturas jurídicas existentes.

Neste sentido, o padrão de conduta relacionado aos direitos humanos, assim como o instrumento da devida diligência, encontra no ordenamento jurídico e na ordem constitucional espaço de conformação, de onde pode ser extraída a obrigatoriedade de observância. Em virtude disso, a análise inicial do problema depende da compreensão a partir do ordenamento jurídico interno.

4.5.2 A força normativa dos princípios Ruggie

Os princípios orientadores da ONU para empresas e direitos humanos adotam o modelo soft law. A sua observância é voluntária, funcionando como normas de conduta e orientação.

Como defendido por Ruggie (2014), a discussão entre o modelo obrigatório e voluntário levaria a estagnação do tema e não seria possível dizer que qualquer dos modelos teria a eficácia suficiente necessária. Ambos os modelos possuem lacunas. Sendo assim, a opção foi pelo modelo de observância voluntária (soft law), o qual, para Ruggie (2014) permitiria que os envolvidos, no plano interno, pudessem atribuir valor, compensar deficiências e fortalecer as escolhas, no que chamou de governança policêntrica.

Apesar disso, consciente da insuficiência, o que já era manifestado por Ruggie (2014), na 26ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, foi aprovada, por maioria de votos, a Resolução A/HRC/26/L.22/Rev. 1, com o fim de criar um tratado internacional que efetivamente vinculasse Estados e empresas (CARDIAL, 2015, p. 174).

Não há dúvida que o caminho é complementar, o modelo de voluntariedade tem algumas vantagens, como apontadas. Nos planos internos, por exemplo, eles se transformaram em lei em muitos casos, e influenciará grandemente a forma como o direito público e comercial será aplicado e interpretado no campo dos negócios e dos direitos humanos (Sherman III, 2020).

Apesar disso, há certa dificuldade no modelo. Como indica Cardial (et al. 2016), sobretudo quando se observa a experiência local, verifica-se problemas na efetividade das normas que adotam o modelo soft law. Há uma percepção de que este modelo adotaria compromissos políticos que em um futuro eventual poderão servir de base para legislações do modelo hard law e, em virtude disso, não há necessidade de seu cumprimento. Esta compreensão resulta na percepção de que faltaria juridicidade as normas, desestimulando o seu cumprimento. Além disso, Cardial (et al. 2016) também aponta que esta discussão encaminha para uma compreensão restritiva do sistema jurídico, de modo que todo comportamento só possa ser exigido se houver uma consequência (behaviorismo) positiva ou negativa.

Os autores defendem que a despeito do modelo de observância voluntária, os Princípios Ruggies continuam a dirigir primordial, originária e primariamente os Estados, todavia, é abrangente ao ponto de obrigar, em certa medida, os atores internos. A defesa desta interpretação exige que haja mediação Estatal. Com isso, ao fim e ao cabo, não há resultados práticos do modelo Soft Law sem que o Estado, internamente, exija sua observância, ou atue para que ela seja obrigatoriamente cumprida.

Com isso, os Princípios Ruggie dependem da adoção de Planos Nacionais de Ação, atos concertados com as empresas, campanhas informativas, órgãos internos capazes de implementar o modelo político, entre outras ações. Ou ainda, como se observa nas ondas legislativas recentes na Europa, legislações sobre direitos humanos na cadeia de fornecimento global.

Recentemente, Reino Unido, França, Países Baixos e Alemanha editaram legislações que visão dar transparência na cadeia de abastecimento e exigindo a devida diligência em direitos humanos.

A Lei Alemã do Dever de Cuidado das Cadeias de Fornecimento, como é conhecida, é aplicada, a partir de 2023, nas empresas com mais de 1000 funcionários, exigindo-se que estas observem o cumprimento dos direitos humanos em toda a cadeia de fornecimento, desde a matéria-prima até o produto final, havendo divisão das exigências conforme a capacidade de cada empresa. De todo modo, determinase as empresas que realizem uma análise de risco e elabore um plano de gestão destes riscos, a fim de permitir que haja uma reação imediata para interromper, impedir ou minimizar eventuais danos. Importa destacar que mesmo que os danos ocorram em outros países os afetados podem propor ações visando a reparação na Jurisdição Alemã, desde que estejam inseridos na cadeia de fornecimento de uma das empresas Alemãs sujeitas a norma.

A existência de novas legislações sobre o tema, indica que o modelo de *soft law* é incompleto e insuficiente. Cardial (et al. 2016) aponta que seria necessário superar limitações teóricas e pensar na aplicação a partir de novos arranjos e instituições capazes de superar o “tudo ou nada” do binômio *soft law/hard law*, principalmente para ampliar a força normativa dos princípios orientadores.

Há certa relutância em adotar normas de direito não vinculativo, que podem considerar demasiado ambíguas. No entanto, os UNGP são tão omnipresentes e integrados no domínio dos negócios e dos direitos humanos que os atores deveriam

fazer mais do que apenas confiar em estatutos e regulamentos relacionados com a violação dos direitos humanos nas cadeias de abastecimento (Sherman III, 2020).

Nesta senda, interessa ao presente trabalho justamente dar concretude aos princípios orientadores a partir do ordenamento jurídico interno, ampliando sua força normativa, notadamente para que passem a ser obrigatoriamente cumpridos, ou pelo menos compreender de que forma podem ser implementados a partir deste viés de obrigatoriedade.

Luis Roberto Barroso (1987) ao escrever sobre a efetividade das normas constitucionais, apresentou a seguinte indagação, “por que não uma Constituição para valer?. Esta reflexão pode ser emprestada para realizar outra pergunta, em se tratando de empresas e direitos humanos, "por que não um conjunto de princípios para valer?".

Barroso (1987) manifestava a época frustração com o modelo constitucional, muito em face do descompasso entre a realidade e a aplicação prática do texto, recordando-se de disposições constitucionais que não eram aplicáveis e seriam mesmo contraditórias, como a previsão de que o poder emana do povo erigidas em países governados por regimes autoritários. Em resumo, a inquietação derivada da existência de normas preciosamente inócuas, não tornadas eficazes nem aplicadas concretamente.

Igual inquietação pode surgir quando se verifica o modelo adotado para empresas e direitos humanos, como exaustivamente exposto. Trata-se de um modelo de observância voluntária que não tem atingido a finalidade pretendida. Embora possa ter funções importantes e provocar mudanças, são de baixa observância e não tem obtido êxito em evitar, sobretudo, impactos significativos aos direitos humanos, como exposto no início deste trabalho.

Assim, busca-se encontrar espaço de conformação no ordenamento jurídico interno, capaz de atribuir obrigatoriedade na observância, ainda que não a todo o espectro de princípios orientadores, mas ao menos a devida diligência, instituto essencial para o respeito aos direitos humanos.

Portanto, importa construir um modelo interpretativo que dê obrigatoriedade a este instituto, o que conduz a uma segunda reflexão, “por que não uma devida diligência obrigatória em direitos humanos?”.

4.5.3 O princípio da legalidade

A construção da ideia de uma devida diligência obrigatória em direitos humanos deve partir da leitura do art. 5º, II, da Constituição Federal, ou seja, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A finalidade precípua do princípio da legalidade é limitar o poder do Estado. A própria origem do princípio, ainda durante o Iluminismo e consolidado durante a revolução francesa, deixam claro esta intenção. Pretendia-se impedir que o Estado utilizasse sua força de forma arbitrária. Assim, o princípio se apresenta como garantia ao indivíduo contra atos arbitrários do Estado, notadamente do Poder Executivo e Poder Judiciário e serve de base ao Estado de Direito, visando conformar os comportamentos dos indivíduos às normas jurídicas por meio da lei (Bastos, 2010).

Para José Afonso da Silva (2016), o princípio exige a presença de lei em sentido estrito para sua plena realização. Nada obstante, é possível observar que Lei em sentido amplo também preenche o conteúdo normativo do art. 5º, II, da Constituição Federal, como observado no art. 59 do mesmo diploma. Assim, observando-se os limites formais e materiais previstos na Constituição, é possível que não apenas direitos, mas também deveres, possam ser criados.

Não há que se confundir o princípio da legalidade com a reserva legal, como esclarece José Afonso da Silva (2016), para quem a legalidade significa submissão e respeito à lei, implica dizer que a atuação deve se dar dentro da esfera estabelecida pelo legislador. A reserva legal, por sua vez, consiste estatuir que determinadas matérias estão sujeitas exclusivamente à lei formal, como se observa no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Desse modo, é possível apontar que determinadas matérias, ainda que impliquem na criação de obrigações, não demanda lei formal em sentido estrito. A criação de deveres não demanda necessariamente e impreterivelmente a existência de lei formal, mormente quando é possível extrair da própria Constituição e de seus princípios a observância de padrões de condutas que possam resultar em deveres e obrigações.

O próprio §2º do art. 5º da Constituição Federal vem nesse sentido, ao dispor que direitos e garantias, ainda que não expressos na Constituição, podem ser protegidos e assegurados, notadamente quando decorrem do regime e dos princípios adotados na Constituição, sem prejuízo de tratados internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil, como será observado adiante.

Ademais, a própria ideia de um positivismo e uma legalidade estrita e absoluta vem cedendo espaço para a construção de um ordenamento jurídico sustentado não apenas por regras, mas também por princípios.

Os princípios devem ser compreendidos, como propunha Bonavides (2004), como normas jurídicas dotadas de vigência, validez e obrigatoriedade. Ou ainda, como também recorda o autor, citando a Corte Constitucional Italiana, os princípios devem ser compreendidos como orientações e diretivas de caráter geral e fundamental, que possam ser deduzidas do sistema, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar o tecido do ordenamento jurídico em um dado momento histórico.

Como se observa, os princípios não só carregam carga jurídica e normatividade, capazes de resultar no cumprimento de obrigações, como ainda devem ser interpretados a partir do conjunto normativo sem perder de vista a historicidade, notadamente as necessidades sociais do momento em que são aplicados.

Neste diapasão, como aponta o autor, princípio é norma jurídica com alto grau de generalidade e indeterminação, demandando concretização pela via interpretativa.

Os princípios, com o pós-positivismo, são compreendidos como aptos e idôneos a resolverem controvérsias, superando o ideário do positivismo ortodoxo. Como apontado por Dworkin (2007), os princípios, assim como as regras, podem impor obrigações legais,

(a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos o direito inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.

(b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs e Henningsen*, o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do direito),

lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar. (Dworkin, 2007, p. 46-47),

Para o autor, a escolha entre as proposições não é uma questão verbal, o que importa é saber qual das duas presta contas de um modo mais preciso da situação social.

Ao presente trabalho importa indicar que é possível se extrair uma obrigação legal também a partir de um princípio. Além disso, também não parece haver dúvida que a existência de um direito implique, em certa medida, no dever de outrem respeitar este direito. Sendo assim, conclui-se que um dever jurídico, uma obrigação legal, pode derivar do conjunto de princípios do ordenamento jurídico.

Não há dúvida que os direitos humanos estão incorporados no ordenamento jurídico interno, sobretudo através das disposições constitucionais contidas no art. 5º, §§ 2º e 3º. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, §3º, dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Não fosse o suficiente, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, §2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Neste sentido, de forma explícita, a Constituição aponta que os direitos não se esgotam na Carta, apontando para a existência de um catálogo de outros direitos que precisam ser observados.

Flávia Piovesan (2021) aponta que ao efetuar a incorporação de outros direitos através do citado §2º do art. 5º, a Constituição atribui uma natureza especial e diferenciada a estes direitos, possuindo verdadeiro *status* de norma constitucional. A conclusão, ainda segundo a autora, pode ser obtida a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, sobretudo pela “força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetro axiológico a orientar a compreensão do fenômeno constitucional” (Piovesan, 2021, p. 134).

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p.18)

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (‘estratégias internacionais’,

‘pressões concertadas’) e de normas oriundas de outros ‘centros’ transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (‘associações internacionais’, ‘programas internacionais’). A globalização internacional dos problemas (‘direitos humanos’, ‘proteção de recursos’, ‘ambiente’) aí está a demonstrar que, se a ‘Constituição Jurídica do centro estadual’ territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*) ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas ‘unidades políticas’ (‘cidade mundo’, ‘europa comunitária’, ‘casa europeia’, ‘unidade africana’).

A partir deste ponto de vista, não seria possível falar em redução do programa normativo-constitucional apenas ao que se encontra expresso no texto, como também defendido por Piovesan (2021). Ao contrário, deve-se buscar uma densificação em profundidade, conjugando diversas normas e princípios, acrescentando direitos e princípios previstos internacionalmente, construindo um “bloco de constitucionalidade, composto, inclusive, de princípios não escritos.

Isso implica dizer que não apenas os direitos estão limitados pelo texto expresso, mas também que há outros que decorrem do sistema e do conjunto normativo, capazes de derivar do princípio da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico, valor constitucional, com força expansiva suficiente para criação de direitos e, por conseguinte, de deveres, sobretudo de observância e respeito.

Piovesan (2021, p. 141), alinhada com a doutrina constitucionalista tradicional, recorda que se deve extrair da Constituição sua máxima efetividade, dando ótima concretização a norma, em virtude disso, importa compreender que “enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma constitucional”.

Não se desconhece a existência de posições distintas a da autora, importando para o presente trabalho a doutrina da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, adotada pelo Supremo Tribunal Federal por sua Jurisprudência mais recente. Todavia, este modelo normativo não é apto a desconstituir a tese defendida, notadamente a existência de direitos e, por conseguinte, deveres, capazes de serem extraídos da Constituição, ainda que sem norma expressa que o preveja, mas decorrente do contexto valorativo e normativo.

A decisão paradigmática proferida no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Cézar Peluso, a respeito da temática da prisão civil do depositário infiel, apontou que, a despeito da existência de previsão da prisão civil na Constituição Federal⁴³, a adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, resultou na paralisação da eficácia jurídica das normas infralegais que com ela fossem conflitantes. A construção teórica parte da premissa de que os tratados e convenções de direitos humanos possuem natureza supralegal, não possuem *status* de norma constitucional, contudo, possuem hierarquia superior às normas infranconstitucionais.

Analizando o tema, Piovesan (2021) aponta que os tratados tradicionais teriam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, o que se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional com reflexo no art. 27 da Convenção de Viena, o qual prevê que não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno para justificar o não cumprimento de tratado.

Assim, é possível indicar que a devida diligência, enquanto um dever jurídico de cuidado, deriva do próprio conjunto normativo e dos princípios constitucionais. A própria força expansiva da dignidade da pessoa humana justifica a conclusão, porquanto atue como parâmetro axiológico.

Parece seguro imputar ao Estado o dever de observância e cumprimento destes direitos, notadamente decorrentes desta força expansiva, todavia, esse dever jurídico de cuidado também pode ser imputado a terceiros, como pode se observar a partir da ideia da eficácia horizontal dos direitos (e princípios) fundamentais.

4.5.3 A eficácia horizontal como fundamento da devida diligência obrigatória em direitos humanos

A tese perfilhada consiste em apontar que a devida diligência se insere em um dever geral de cuidado, dever este derivado da dignidade da pessoa humana, como apresentado no próximo item.

⁴³ Art. 5º, LXVII, CF, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Importa no momento analisar a eficácia horizontal como métrica capaz de impor entre particulares a observância do dever geral de cuidado, especificamente em relação a devida diligência em direitos humanos, agora compreendida como uma obrigação.

A eficácia horizontal é apta a exigir das empresas a observância e o respeito aos direitos humanos e, portanto, considerando a devida diligência como único mecanismo apto a comprovar este respeito, esta também se tornaria obrigatória.

O ponto de partida da análise é a proposição apresentada por Canaris (2016), para quem há uma sugestão de impossibilidade intelectual a pretensão de querer controlar normas de direitos fundamentais, o que também pode ser extensível aos direitos humanos, através da utilização de normas de direito privado (ou autorregulação). Destaca, ainda, que é imprescindível situar as normas dentro de uma hierarquia cujo vértice necessariamente é a Constituição Federal.

Convém destacar que as normas de direitos fundamentais e de direitos humanos, incorporados no ordenamento jurídico, devem servir tanto como imperativo de tutela, em sua dimensão objetiva (dever de proteção) como devem se prestar ao sentido de proibição de intervenção, consagrando a dimensão subjetiva (dever de abstenção), não apenas direcionadas ao Estado, mas também às relações entre particulares (Canaris, 2016).

Interessa ao presente trabalho, particularmente, a imposição da observância destes direitos pelos particulares, em relações horizontais, ainda que sempre o Estado deva atuar como ator capaz de exigir a observância do comportamento.

Consigne-se que a partir da proposição de Canaris (2016), é possível, e preferível, a aplicação direta dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, pura e simplesmente, na sua função de proibição de intervenção e direitos de defesa, em detrimento do conceito de eficácia de irradiação, a qual seria apenas formulação metafórica.

Embora, ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros (*Drittirkung*), rejeite a eficácia imediata, Canaris (2016) reconhece a vigência e vinculação imediata, entretanto, indica que o destinatário das normas de direitos fundamentais, a princípio, é apenas o Estado e seus órgãos, pois caberia a este a função de proteger os direitos.

A despeito desta proposição, o autor comprehende que os direitos fundamentais produzem por via indireta efeitos em relação aos cidadãos, porquanto caiba ao Estado

proteger um cidadão perante o outro. Entre os particulares, aponta Canaris (2016), não há imposições ou proibições, contudo, não há uma concessão de autorização para ofensa na esfera de bens do outro, não pode o Estado abster-se a ponto de ficar abaixo de um grau mínimo de proteção, porquanto seja-lhe vedado o exercício de uma proteção deficiente.

Em que pese a natureza substancial mais fraca da eficácia da função de imperativo de tutela em combinação com a proibição de insuficiência em confronto com a função de proibição de intervenção conjugada com a proibição de excesso (Canaris, 2016), certo é que não pode o Estado omitir-se na proteção, do contrário, ao não intervir, notadamente sobre a suposta proteção da autonomia privada ou a não intervenção no domínio econômico, pode, com sua omissão, criar vácuos de proteção aos direitos fundamentais, protegendo de forma insuficiente os direitos de uma das partes envolvidas.

Nesta toada, é preciso verificar se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados.

A partir da construção teórica do autor, é possível concluir que as normas que consagram direitos fundamentais e humanos podem ser aplicadas às relações entre particulares. Como vem sendo apontado, estes direitos resultam na criação de deveres, por conseguinte, eventual direito de não ser lesado (ou de ter uma existência digna como explicitamente consagra o art. 170 da Constituição Federal) implica na existência de um dever jurídico, uma obrigação legal imposta àqueles que em alguma medida possam causar lesão ou ameaça a direitos. Este dever jurídico não é imposto ao Estado apenas como dever de abstenção, mas também de intervenção, podendo limitar ou mitigar a atividade do particular. Além disso, ao particular também pode ser exigida a conformação do comportamento, de modo a respeitar o direito reconhecido.

Portanto, em se tratando de sociedades empresariais, o dever de respeito aos direitos humanos incide em suas relações com os eventuais titulares. A licitude na conduta da sociedade empresarial não é elemento capaz de afastar a observância direitos, ainda que haja apenas ameaça de lesão. Logo, havendo desrespeito, faz-se possível a intervenção estatal, através do legislador ou do Poder Judiciário, para equacionar o problema, garantindo uma proteção eficiente dos direitos atingidos.

Uma vez demonstrado que as normas de proteção dos direitos humanos e fundamentais são passíveis de aplicação nas relações entre particulares, implicando

no dever de observância destes direitos pelas sociedades empresariais, não parece ser possível falar em voluntariedade no cumprimento, ao contrário, há um dever de observá-los, podendo haver intervenção estatal para assegurar o respeito, do contrário, conforme destacado, poderá estar diante de uma proteção insuficiente pelo Estado.

Neste sentido, supera-se a ideia de que deveres jurídicos decorrem apenas da legislação estrita, ao contrário, o ordenamento jurídico constitucional também pode autorizar que direitos sejam reconhecidos, ainda que não expressamente previstos e, portanto, podem ser exigidos dos particulares.

Este fenômeno acontece com a devida diligência em direitos humanos, a qual deve ser compreendida como manifestação do dever de cuidado, o qual, por seu turno, deriva da força expansiva da dignidade da pessoa humana.

Assim, uma vez compreendendo-se que apenas a devida diligência em direitos humanos é apta a demonstrar o cumprimento e respeito a estes direitos, notadamente a inexistência de ameaça, risco ou lesão, pode-se dizer que esta deve obrigatoriamente ser observada pelas empresas. Dito de outro modo, há um dever das empresas cumprirem a devida diligência, porquanto esta decorra diretamente da dignidade da pessoa humana, não havendo que se falar em voluntariedade no seu cumprimento.

A fim de sedimentar a compreensão, urge observar como o princípio da dignidade da pessoa possui aptidão para gerar direitos e obrigações, e como a devida diligência em direitos humanos dela deriva.

4.5.4 A dignidade da pessoa humana e o dever de cuidado como fundamento da devida diligência obrigatória em direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana figura no ordenamento constitucional desde 1937, muito em virtude das influências da Constituição de Weimar de 1919, embora prevista não como direito fundamental ou fundamento da República, mas como princípio da ordem econômica e social.

Dispunha o art. 115 da época que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que

possibilitar a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica". Da disposição se observa que o constituinte da época não só atribuiu à dignidade à função de fundamento, mas também de limite da liberdade econômica (Sarlet, 2021).

Isso implica dizer que a dignidade é vista, há quase um século, como ferramenta apta a limitar os comportamentos, exigindo-se dos particulares sua observância. Não é possível, desde aquela época, o exercício da atividade empresarial dissociada do respeito à dignidade.

No pós-guerra, tornou-se tendência enfatizar que a dignidade da pessoa humana implicava no reconhecimento de uma íntima e indissociável ligação entre esta e os direitos humanos e fundamentais, notadamente diante do reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana era um valor constitucional (Sarlet, 2021).

Por se tratar de valor, importa recordar as lições de Miguel Reale (2002), notadamente quanto à teoria tridimensional do direito e a posição do valor nesta teoria.

Segundo o autor, os valores fazem parte dos objetos ideais do conhecimento, embora existam, são a-espaciais e atemporais, não podendo ser medidos e quantificados, a despeito das coisas valiosas. Para o autor, há uma impossibilidade de definir valor segundo uma exigência lógico-formal, preferindo-se apontar que os valores são enquanto valem.

Reale (2002) explica que o ser do Valor é valer, a exemplo de ser (ou se é ou não-é), porquanto também seja uma categoria primordial, ou se vê algo enquanto é ou enquanto vale, e porque valem devem-ser. Assim, um Valor é sempre bipolar porque a ele se contrapõe um desvalor. Indivíduos dedicados a um valor desejam compartilhá-lo, característica nominada pelo autor de implicação. Por referibilidade, entende o autor, enquanto característica, que os valores são enquanto devem ser, ou sejam, possuem um sentido de orientação e, desta forma, fazem com que os homens tomem posição e orientam seu modo de agir e suas condutas com relação aos fatos do mundo com base nos valores que possuem.

Ainda apontando as características do Valor, Reale (2002) destaca que por preferibilidade, deve-se entender que toda sociedade, num determinado tempo, possui uma tábua de valores onde os gradua e ordena conforme as preferências.

A interpretação dos valores, ainda segundo o autor, não é possível se dissociada da história e do conjunto cultural, sendo assim, não se mostra possível

compreender os valores fora da história, devendo-se procurar a universalidade do dever ético com base na experiência histórica e não como abstração desta.

Reale (2002) dirá que os valores obrigam porque representam o homem mesmo, como autoconsciência espiritual, obrigam porque exercem pressão e coação sobre as consciências individuais.

Assim para o autor, a dignidade humana é o valor que funda a ordem jurídica, e mesmo admitindo a historicidade do valor e sua mutabilidade pelo decurso do tempo, sempre decorrerão dessa autoconsciência relativa a dignidade do ser humano.

Assim, a Dignidade da Pessoa Humana, valor constitucional, decorrente de fatos históricos, é alçada a condição de norma jurídica expressa na Constituição Federal, apta, portanto, a criação de deveres, na própria dicção de Reale (2002).

É seguro dizer que a dignidade da pessoa humana é um dos eixos estruturantes do Estado Constitucional, como aponta Sarlet (2021), para quem, também pode-se dizer que o Estado Constitucional Democrático é radicado no referido princípio. Ainda aponta o autor que na ordem Constitucional Brasileira, a dignidade ocupa simultaneamente a condição de valor, princípio e regra.

Importa ao presente trabalho destacar a posição de Sarlet (2021), ao apontar que a dignidade da pessoa humana

se traduz na ideia, amplamente difundida, de que do princípio da dignidade da pessoa humana podem e até mesmo devem ser deduzidas posições subjetivas fundamentais e deveres, ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, que existe um direito fundamental à dignidade (Sarlet, 2021, p. 264-265).

Ao tratar da função da dignidade da pessoa humana, Miranda (2000) aponta que a Constituição, ao proteger e reconhecer a dignidade da pessoa humana, confere a esta uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática, não só ao sistema de direitos fundamentais, mas ao próprio sistema constitucional, o que resulta no dever de utilizar esta chave interpretativa para toda a ordem jurídica.

Para Sarlet (2021), a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa não apenas dos poderes Estatais, mas também da comunidade em geral, o que resulta em uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Com isso,

Verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade (Sarlet, 2021, p. 266).

Isso implica dizer, ainda segundo o próprio autor, que o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana resulta em deveres concretos de tutela, atribuíveis ao Estado e aos particulares. Além disso, a dignidade funciona como limite e limite dos limites. Como limite, diante da necessidade de proteção, mostra-se necessário impor restrições a outros direitos fundamentais; enquanto limite dos limites, uma restrição de direito fundamental não pode esvaziar a própria dignidade daquele que sofre a restrição.

Sarlet (2001), conceitua a dignidade da pessoa humana como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60)

Neste sentido, compreender a dignidade humana exige perceber que se trata também de uma norma de proibição, consoante a filosofia Kantiana, impedindo-se que os homens sejam utilizados como objetos. Trata-se da impossibilidade de desnaturar a qualidade de sujeito, protegendo-se a natureza de indivíduo e sua vinculação comunitária (Härbele, 2013), supera-se assim uma visão utilitarista, construindo-se um eixo estruturante jurídico-social de que o homem, em sua dignidade, deve ser a medida das coisas, de modo que qualquer arranjo social, Estado, comunidade ou mercado, servem ao homem, e não o contrário.

Ao presente trabalho, o que importa é fixar que a dignidade humana permite, por si só, a construção de deveres dela derivados. Sendo assim, é possível apontar que dela decorre um dever jurídico de cuidado, o qual se observa da própria dimensão

comunitária da dignidade humana, conduzindo-se a construção de deveres e obrigações constitucionais que se comportam como um verdadeiro dever geral de defesa e proteção intersubjetivo (Härbele, 2013).

Ainda sobre a dignidade como fundamento da criação de deveres,

em sentido amplo, resulta do dever de proteção estatal segundo o qual todo o poder estatal está obrigado a assegurar a garantia da dignidade humana também na relação com os demais atores jurídicos, aquilo que se tem designado como constituindo uma eficácia em relação a terceiros. Quanto à este dever de proteção jurídica co-objetivo corresponder um direito subjetivo do indivíduo à proteção de sua dignidade também perante terceiros, ele pode reivindicar a proteção estatal de sua dignidade pelos caminhos legais e por meio da reclamação constitucional (STARCK, 2013, p. 219)

Não há dúvida, portanto, da possibilidade de que a dignidade da pessoa humana seja fundamento jurídico para a criação de deveres, contudo, não se trata apenas de respeitar, mas de proteger, assegurando a todos uma existência digna, conforme previsão do art. 170 da Constituição Federal.

O dever de cuidado, extraído da dignidade da pessoa humana, é atribuível a todos aqueles que atuam na sociedade, mormente na ordem econômica, logo, a dignidade humana, mais precisamente o dever de cuidado, possui eficácia em relação aos terceiros, atores econômicos privados, contra os quais é possível exigir comportamentos não violadores justamente desta dignidade.

Nos casos Lubbe v Cape Industries plc [2000] 1 WRL1545 e Chandler v Cape plc [2012] EWCA Civ 525, decididos pelo Tribunal de Apelação do Reino Unido, considerando as violações praticadas contra os direitos humanos, a ideia de dever de cuidado foi evidenciada. No segundo caso, o Tribunal de Recurso (após o Supremo Tribunal) considerou que a Cape Plc assumiu o dever de cuidar dos funcionários da subsidiária, porquanto o dano sofrido pelos funcionários era previsível e havia proximidade suficiente de relacionamento entre elas, sendo razoável exigir o cuidado.

Estabelecida esta premissa, de que o dever jurídico de cuidado é uma obrigação jurídica extraível da dignidade da pessoa humana, a partir da interpretação conjunta dos arts. 1º, III, 3º, I, 5º, §2º, e 170, *caput*, todos da Constituição Federal, e decorrente dos valores, princípios e sistema constitucional, é possível concluir que a devida diligência em direitos humanos também é manifestação deste dever jurídico de cuidado.

Consoante ficou definido neste trabalho, a única forma possível da empresa demonstrar que respeita efetivamente os direitos humanos, não produzindo ameaças, riscos ou impactos negativos, é por meio da existência de um processo de devida diligência, o qual tem aptidão de cobrir os pontos cegos e apontar, de forma eficiente, que não há risco ou que estes são mitigados ou evitados, do contrário, a empresa não pode dizer que não está vendendo aquilo que não está vendendo.

Sendo assim, porquanto tenha ficado definido que o respeito aos direitos humanos, manifesta-se a partir do dever de cautela, o qual por sua vez é extraído da dignidade da pessoa humana, considerando-se este um dever jurídico oponível às empresas, é possível afirmar que este é um comportamento obrigatório e não voluntário.

Logo, eventuais disposições, decretos, normas internacionais, ainda que incorporadas como princípios ou orientações, devem ser conformadas para compreender que se trata de uma exigência, notadamente em relação a devida diligência, escopo da análise.

A devida diligência, neste sentido, única ferramenta apta a garantir a eficácia do comportamento empresarial e sua relação com os direitos humanos, deve ser compreendida, portanto, como um comportamento obrigatório, fundamentado diretamente na ordem constitucional.

A ausência da devida diligência, pode resultar em maior rigor do Poder Estatal quanto aos comportamentos desidiosos da empresa, seja por meio de punições rigorosas, reparação indenizatória proporcional a violação do dever de cuidado ou ainda determinação expressa para que seja adotada a devida diligência em procedimentos de financiamento ou licenciamento, por exemplo.

Entender de forma diferente, concluindo-se que a devida diligência é apenas uma faculdade, implicaria em beneficiar o comportamento omissivo e desidioso, que prefere manter-se na ignorância e justificar suas falhas e impactos negativos no desconhecimento.

Em arremate, considerando que a própria dignidade da pessoa humana é um valor histórico, que atende as mudanças sociais e evolui conforme o grau de exigência coletiva e o senso de comunidade, a escolha pela devida diligência obrigatória mostra-se o único caminho possível para evitar (ou minimizar quando inevitáveis) que impactos negativos aos direitos humanos ocorram, notadamente quando se trata de eventos com significativos prejuízos ao homem e ao meio ambiente.

CONCLUSÕES

A complexidade do mundo, diante da necessidade de que as relações sejam aceleradas, com resultados rápidos e repercussão imediata, exige um novo arranjo para as relações econômicas, sobretudo as de exploração.

Não há dúvida que o modelo econômico, embora não seja o ideal, trouxe avanços significativos para o modo de vida atual. As empresas, sobretudo, exercem espaço de destaque na produção de riqueza e geração de bens, sendo atores sociais importantes. A despeito disso, também não há dúvida que a exploração econômica também produz externalidades negativas e anomalias sociais.

Ao longo do presente trabalho, destacamos diversas destas externalidades, ilustrando com casos sensíveis e impactantes, com repercussões negativas significativas. Apontamos casos históricos e consolidados, como o modelo exploratório de petróleo na Amazônia Equatoriana, a exploração da mão de obra infantil em minas de ouro na África, o descarte incorreto de material químico de nocividade extrema por países desenvolvidos. Recordamos casos clássicos de impactos adversos como a morte em massa de pessoas após vazamento de gás tóxico em Bhopal e o desabamento de uma fábrica de roupas na Etiópia com centenas de mortes. Seria possível apontar outros casos, como o gigante depósito de roupas usadas no deserto do Atacama, diversos casos de vazamento de petróleo no oceano, mas seria desnecessário.

No Brasil, também há casos de destaque que servem para apreciar as repercussões negativas que a exploração econômica pode provocar. Seria possível iniciar a análise a partir da escravização de pessoas, todavia, a última década apresentou três importantes desastres que são suficientes para ilustrar o problema. O rompimento de barragens de rejeitos como ocorreu em Mariana-MG e menos de cinco anos depois em Brumadinho, demonstram que não há cuidado suficiente com o tema. Não houve aprendizado com o desastre e pouco se evoluiu na proteção dos direitos impactados. São dois dos maiores desastres ambientais do mundo, com centenas de mortos, cujo nexo causal aponta diretamente para a exploração mineral e ausência de observância de um dever jurídico de cuidado.

Mais recentemente, embora a origem do problema seja mais remota, em que pese os impactos serem percebidos apenas nos últimos anos, analisou-se o

afundamento da cidade de Maceió, capital do Estado de Alagoas, cuja origem também está relacionada com a exploração mineral, resultando em milhares de pessoas deslocadas, com prejuízos sociais, culturais e econômicos.

Desta forma, não é necessário se estender demasiadamente para demonstrar que há repercussões negativas importantes na exploração econômica, provocadas pelas empresas, o que não deve ser ignorado. É imprescindível analisar e construir modelos que sejam aptos a impedir os resultados lesivos ou que tenham aptidão de exigir um comportamento proativo eficiente para evitar os impactos negativos ou promover a mitigação dos danos de forma rápida e adequada.

Como se observou ao longo do trabalho e, notadamente, na análise dos casos apontados, as externalidades negativas impactam diretamente os direitos humanos, principalmente aqueles relacionados à esfera de direitos ambientais, do trabalho e a própria dignidade humana.

No contexto brasileiro, as empresas possuem o dever de respeitar os direitos humanos. Não é possível pensar no exercício da atividade econômica de forma dissociada. Como apontando no capítulo primeiro, é em virtude da força normativa da Constituição e do princípio da unidade que se exige a interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais que preveem os fundamentos e objetivos da República, assim como os princípios e fundamentos da Ordem Econômica. Desse modo, a livre iniciativa e a liberdade empresarial não podem existir de forma dissociada da Justiça Social, da Solidariedade e da Dignidade Humana.

Como ficou esclarecido, embora não haja dúvida de que o fim precípuo da empresa seja efetivamente o lucro, ela não pode olvidar do seu dever social, manifestado pela função social da empresa, que se orienta tanto pela exigência de um dever de não lesar, mas também da adoção de comportamentos positivos que impeçam danos irreparáveis ou significativos durante a exploração empresarial.

O que se observou é que se mostra possível exigir atenção a um comportamento ético pelas empresas. Em que pese a busca pelo lucro, esta não pode ser a única premissa, afinal, há coisas que o dinheiro não compra, tampouco pode reparar. Assim, a ética e a economia devem coexistir, servindo a primeira de elemento conformador da segunda, corrigindo seu percurso. É possível pensar em uma ética da responsabilidade e evitar uma deslocação de valores, impedindo anomalias como a transferência de responsabilidade para entes que não existem juridicamente, como

o mercado, bem como impedindo que a unidade de valor para análise dos impactos decorrente da atividade empresarial seja apenas o monetário.

Assim, considerando que os impactos negativos ocorrem e que há dificuldades em obter a reparação e a responsabilidade dos causadores, principalmente em cadeias de fornecimento diluídas no sul global, mostrou-se necessário identificar as ferramentas utilizadas atualmente e indicar aquela que melhor aponta para adequação e eficiência no enfrentamento dos impactos negativos da atividade empresarial sobre os direitos humanos.

Ao longo do trabalho observou-se a ineficiência ou pouca eficiência das ferramentas mais utilizadas pelas empresas. Algumas comportam-se como incentivo inicial ou apresentação do problema para discussão, como o Pacto Global e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, propostas pela ONU, que apesar de possuir pouca aplicação prática, serviu para expor o problema. Posteriormente a Agenda 2030, embora utilize-se do mesmo modelo voluntário, também funciona como um norte, principalmente por meio dos objetivos de desenvolvimento sustentável. No fim, o que se verifica é que estas ferramentas compõem um sistema, mas não possuem eficiência para, por si só, alcançarem os resultados esperados.

Também se observou que há instrumentos utilizados que implicam em verdadeira desalocação de valores, como é o caso do ESG, sigla em inglês para ambiental, social e governança. O ESG serve como métrica para empresas que operam em bolsa, a fim de que os acionistas verifiquem se estes aspectos, que no limite atendem a demandas dos direitos humanos, estão sendo observadas. Todavia, a sigla funciona apenas como componente reputacional com viés apenas econômico. As empresas não se preocupam em respeitar os direitos humanos porque seja isso um fim em si mesmo, mas porque isso pode ou não gerar lucro. Assim, não importa se os direitos humanos são efetivamente respeitados, o que é relevante é que pareçam ser respeitados para os acionistas. O mesmo pode ser dito da responsabilidade social corporativa, cujo componente principal é o reputacional, não havendo preocupação com as consequências dos impactos negativos, atuando mais na esteira do voluntariado e da filantropia.

A despeito disso, ferramentas como o *Compliance* e as Diretrizes da OCDE caminham favoravelmente no enfrentamento dos impactos negativos provocados pelas empresas aos direitos humanos, todavia, ainda se apresentam como insuficientes.

As diretrizes da OCDE apontam em uma direção importante. Indicam que efetivamente há de se exigir um comportamento diferente das empresas, notadamente em relação aos direitos humanos, porquanto passe a dispor expressamente sobre esta ótica. Nas Diretrizes, os direitos humanos passam a ganhar destaque, servindo de parâmetro de conformação dos comportamentos, muito devido ao influxo dos princípios da ONU para empresas e direitos humanos.

Importa destacar, contudo, que a partir das Diretrizes, a OCDE propõe a adoção da devida diligência para uma conduta empresarial responsável, o que é interessante para o estudo. Cuida-se de uma das primeiras oportunidades em que o instituto ganha notoriedade e passa a ser encarado como ferramenta útil para a conformação da atividade empresarial.

Em relação ao *compliance*, o que se observou é que ele funciona como ferramenta de conformação. Não se evidenciou no instituto característica de proatividade e eficiência no enfrentamento dos riscos aos direitos humanos oferecido pelas empresas. A crítica, a qual se reproduz, é sua natureza de conformação, de modo que em países cuja proteção jurídica é reduzida, o *compliance* indicará apenas que as normas são cumpridas, ainda que os impactos negativos aos direitos humanos estejam presentes. Assim, concluiu-se que o *compliance* é uma ferramenta importante, todavia não é eficiente e adequada para o problema analisado.

Os princípios orientadores da ONU para empresas e direitos humanos é um sintoma da ineficiência dos outros instrumentos. Criados na lacuna do tema, funcionam como orientação aos Estados e empresas, característica que resulta em críticas importantes. Os princípios foram edificados sobre três pilares principais, conhecidos como normas de referência, a saber: proteger, respeitar e reparar. A ideia manifestada nos princípios é que eles indiquem ao Estado que este tem o dever de proteger os direitos humanos, devendo as empresas respeitá-los e, quando os impactos negativos foram inevitáveis, todos possuem o dever de reparar.

Para o presente estudo, o documento é de significativa importância, justamente quanto à devida diligência em direitos humanos, a qual demonstrou ter aptidão e eficiência necessária o tema.

A devida diligência apresenta-se desta forma, porquanto atue no ponto cego das empresas, de modo que apenas a sua existência garante algum grau de confiança no comportamento empresarial, notadamente se a empresa sabe dos riscos que oferece e como eles são enfrentados. Ela funciona por meio do dilema do observador,

que não pode dizer que não está vendo aquilo que não está vendo. Por conseguinte, a devida diligência atua no sentido oposto de uma cegueira deliberada ou omissão dolosa, por meio da qual as empresas preferem não tomar conhecimento prévio, ao menos publicamente, para justificar os impactos negativos no futuro pelo desconhecimento.

A devida diligência funciona como um processo dinâmico, onde os padrões de cuidado estão alinhados com os direitos humanos, podendo funcionar em sistemas de risco existentes nas empresas. O instituto converge o cuidado da empresa com a ética e as pessoas. Ela se caracteriza por ser um sistema retroalimentado, contínuo, orientado para os fatos e resultados, além de ser indutivo. Destaca-se como principais características a sua natureza preventiva, contínua, não sequencial, integrada, adaptável, proporcional, baseada no risco e na responsabilidade.

Por meio desta, busca-se alcançar não apenas as consequências derivadas da empresa que a implementa, mas também da cadeia de fornecimento, atuando de forma diligente e pro-ativa para evitar a ocorrência do dano. Com isso, é possível demonstrar que não há ambiguidade no comportamento empresarial, de modo que esta conhece os riscos que oferece e os trata de forma adequada e, quando estes danos inevitavelmente acontecerem, pode a empresa demonstrar que foi diligente o suficiente e, mesmo assim, o dano ocorreu, o que pode repercutir na mitigação de sua responsabilidade.

Apesar da importância, há vozes defendendo a voluntariedade deste comportamento, contra as quais se insurge o presente trabalho. O ponto principal da presente tese, o que justificou este trabalho, é entender que a devida diligência é um comportamento obrigatório e não voluntário, cuja obrigatoriedade tem como fundamento a Constituição.

O principal problema enfrentado é justamente superar a barreira da legalidade estrita. Aqueles que são contrários à ideia de uma devida diligência obrigatória apontam que não é possível exigir um comportamento empresarial sem previsão legal. A despeito disso, o que se observou é que toda a Constituição é construída para justificar a ideia de uma devida diligência obrigatória em direitos humanos.

Como apontado, as empresas possuem um dever constitucional de cuidado, de respeitar os indivíduos e de assegurar uma existência digna, trata-se de manifestação dos princípios da solidariedade e do supraprincípio da dignidade da pessoa humana. É por meio desse que se verificou a existência de um dever geral de

cuidado, logo, não se faz possível entender que a empresa possa atuar, notadamente no território brasileiro, sem atenção ao dever de cuidado ou dever de cautela.

As teorias constitucionais consolidadas caminham no mesmo sentido, podendo-se extrair esse dever de cuidado da própria eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que justifica a possibilidade de exigir esse comportamento das empresas.

Dessa forma, uma vez que foi verificado que a empresa tem o dever de respeitar os direitos humanos, dever este constitucional e, considerando que o único meio que dispõe a empresa atualmente para demonstrar que respeita os direitos humanos é por intermédio da devida diligência, esta, por conseguinte, passa a ser uma obrigatoriedade, do contrário, a empresa não estará agindo conforme os princípios constitucionais.

Isso implica dizer que a devida diligência é uma ferramenta de conformação constitucional, orientada para os direitos humanos, extraída da dignidade da pessoa humana, notadamente do dever geral de cuidado.

Portanto, a devida diligência, demonstrou ser a única ferramenta apta a ser utilizada pelas empresas em sua relação com os direitos humanos, haja vista ter eficiência para demonstrar, publicamente, que as empresas respeitam os direitos humanos e que conhecem os impactos negativos gerados, assim como indicando a forma como estes danos são tratados.

Por conseguinte, uma vez que a devida diligência pode ser extraída do próprio ordenamento constitucional, ela passa a ser exigida como um comportamento obrigatório. A inexistência da devida diligência serve para dizer que a empresa não pode dizer que respeita os direitos humanos, logo, não está cumprindo o seu dever constitucional de cuidado. De outra banda, sua existência, permite dizer que a empresa cumpre seu dever de cuidado, manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, e, portanto, atua de forma ética, proba e eficiente em relação aos direitos humanos.

Esta conclusão permite abrir novas oportunidades de pesquisa, principalmente no campo da responsabilidade civil. A existência da devida diligência serve como vetor no arbitramento da indenização. A ausência do instituto pela empresa demonstra sua omissão e negligência, autorizando maior exasperação da indenização, como manifestação da função punitiva e pedagógica. Por outro lado, a

presença da devida diligência e como a empresa se valeu dos dados colhidos pode encaminhar para uma redução de sua responsabilidade ou do valor da reparação.

O desenvolvimento da metodologia da devida diligência também se mostra como um campo importante para o aprofundamento da pesquisa, permitindo trazer maiores delineamentos sobre como a ferramenta pode ser desenvolvida e implementada.

A análise e aprofundamento dos casos atuais, por meio da ótica da devida diligência, também pode auxiliar na observação de como os danos ocorreram e como a devida diligência poderia evitar ou reduzir os danos experimentados.

Outrossim, o trabalho também pode contribuir para o debate sobre a criação de leis de devida diligência no Brasil, a exemplo de outras legislações estrangeiras que tratam o tema, sobretudo na Europa.

Importa destacar também que o trabalho não é isento de críticas. Não se desconhece que haverá vozes contrárias, justamente fundamentadas na dificuldade de se exigir um comportamento empresarial sem previsão legal e que os princípios, por si sós, não possuem força suficiente para tanto. Além disso, também pode-se verificar certa dificuldade na pesquisa em relação ao comportamento empresarial e a tentativa de se exigir desta um comportamento ético e responsável, o que seria contraintuitivo.

O presente trabalho contribui para o amadurecimento do debate, especificamente para o desenvolvimento do instituto da devida diligência e sua observância obrigatória, derivada do ordenamento constitucional. Suas lacunas ou fragilidades podem ser utilizadas justamente para o aprofundamento do tema e a discussão sobre como os direitos humanos devem ser tratados pelas empresas e quais comportamentos podem ser exigidos destas.

Conclui-se, portanto, que a devida diligência é uma ferramenta dinâmica e eficiente, devendo ser adotada obrigatoriamente pelas empresas, a fim de que estas possam não apenas perceber os riscos que oferecem às pessoas, mas que a relação com os direitos humanos possa a ser encarada de forma consciente, atenta aos riscos que oferece e buscando evitá-los e, quando forem inevitáveis, serem reparados da melhor forma possível.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT KW, SNIDAL D. Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*. 2000; 54(3):421-456.
- ACUÑA, J. A., DANTAS, M. L., & COSTA, M. C. (2010). **Groundwater level changes induced by salt mining in Maceió, Brazil.** Geophysical Journal International, 183(2), 705-714.
- ACUÑA, J. A., DANTAS, M. L., COSTA, M. C., & Ferreira, M. C. (2011). **Potential for subsidence induced by salt mining in Maceió, Brazil.** Engineering Geology, 122(1-4), 121-128.
- ALEMANHA, Bundestag. Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz. Disponível em <https://www.bgb.de/xaver/bgb/start.xav?start=/*%5B@attr_id=%27bgb121s2959.pdf%27%5D#_bgb1__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb121s2959.pdf%27%5D_1713964665414>. Acesso em 24 de jan de 2024.
- ALEMANHA. **Constituição de Weimar.** 1919.
- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República da Alemanha.** Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> acesso em 01 de out. de 2022.
- ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco.** São Paulo: Atlas, 2009.
- ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa.** Trad. Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, v. 35, n.104, p-109-126, out./dez. 1996.
- ASSI, Marcos. **Gestão de Compliance e Seus Desafios.** São Paulo: Saint Paul, 2013.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 16001: Responsabilidade social – Sistema da gestão.** Rio de Janeiro. 2004.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 16001: Responsabilidade social – Sistema da gestão.** Rio de Janeiro. 2012.
- BACELLAR M J. E.; KNORICH, P. **Manual Indicadores Ethos de Responsabilidade Social.** Instituto Ethos de Responsabilidade Social. São Paulo: Ethos, 2013.
- BARNES, Susan B. **A privacy paradox: social networking in the United States.** First Monday, Copenhagen, v. 11, n. 9, Sept. 2006. Disponível em: . Acesso em: 7 maio 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 226: 187-212. Out/dez. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Efetividade das Normas Constitucionais (Por que não uma Constituição para valer?) in Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 2010

BENACCHIO, Marcelo. **A ordem jurídica do mercado na economia globalizada**. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, J. M. L. (Org.) ; DEZEM, R. M. M. (Org.). Direito Empresarial: Estrutura e Regulação. 1ed.São Paulo: Uninove,2018, v. 1, p. 27-46.

BENEDICTO, Samuel Carvalho de. **A responsabilidade social nas empresas: uma relação estreita com a educação**. Universidade Federal de Lavras. Lavras, 2002.

BENEDICTO, Samuel Carvalho de. **Surgimento e evolução da responsabilidade social: uma reflexão teórica-analítica**. Revista Symposium. Lavras, v. 5. N. 1. P. 14-22. 2007.

BENEDICTO, Samuel Carvalho de; RODRIGUES, Ângelo Constâncio; PENIDO, Aline Micheli da Silva; DIAS, Wellington Pereira. **Surgimento e Evolução da Responsabilidade Social Empresarial: uma reflexão teórica analítica** in Ética, responsabilidade social e governança corporativa. Organizadores Cândido Ferreira da Silva Filho, Gideon Carvalho de Benedicto, José Francisco Calil. Campinas, SP: Editora Alínea. 3 ed. 2014a.

BENEDICTO, Samuel Carvalho de; STIEG, Carlos Maciel; BENEDICTO, Élide Pallos de; SILVA FILHO, Cândido Ferreira da; LAMES, Edilei Rodrigues de. **Ações de Responsabilidade Social versus Estratégias Empresariais: estudo em instituições financeiras públicas e privadas à luz do discurso ético** in Ética, responsabilidade social e governança corporativa. Organizadores Cândido Ferreira da Silva Filho, Gideon Carvalho de Benedicto, José Francisco Calil. Campinas, SP: Editora Alínea. 3 ed. 2014b.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. 2. Ed. São Paulo: Almedina. 2022.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Noberto. **L'illusion du fondement absolu** in Le fondement des droits de l'homme, actas del convenio del institut international de philosophie, Áquila, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília : UNB, 1999

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. Malheiros 2004.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988.

BRASIL. Agência Nacional de Mineração. **III Relatório Anual de Segurança de Barragens de Mineração.** 2021. Disponível em <<https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/barragens/relatorios-anuais-de-seguranca-da-barragens-de-mineracao-2/relatorioanual2021v31.pdf>> Acesso em 12 de agosto de 2022.

BRASIL. Assessoria Especial de Assuntos Internacionais. **Relatório do Estado Brasileiro para a Avaliação do IV Ciclo da Revisão Periódica Universal – RPU. 2022.** Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/relatorios-internacionais-1/RPU_IV_Ciclo_Versao_Final_Portugues_DE> Acesso em 14 de jun de 2022

BRASIL. DECRETO Nº 8.420 de 18 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm> Acesso em 14 de jun de 2022

BRASIL. DECRETO Nº 9.571, de 21 de novembro de 2018. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9571.htm>. Acesso em 22.mar.22

BRASIL. Lei 6.404/76, de 15 de dezembro de 1976. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

BRASIL. Lei Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. Subsecretaria de inspeção do trabalho. **Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo.** Disponível em <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspeciao/areas-de-atuacao/cadastro_de_empregadores.pdf> Acesso em 23 de dez de 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Samarco.** Disponível em <<https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>> Acesso em 01 de jul de 2022

BUGARELLI, Waldirio. **A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresalidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

BURCKHARDT, Walter. **Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung,** 3a. ed., 1931.

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Big Issues.** Disponível em <<https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/>> Acesso em 22 de dezembro de 2021

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **EU agreement on law banning imports of commodities associated with deforestation excludes the**

Cerrado, half of which has already been cleared for soy cultivation for exportation. Disponível em < <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/brazil-eu-agreement-on-law-banning-imports-of-commodities-associated-with-deforestation-excludes-the-cerrado-half-of-which-has-already-been-cleared-for-soy-cultivation-for-exportation/>> Acesso em 22 de dez. de 2022.

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. **Sugar contracts and their impact on land and workers' rights**"; disponível em <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/images/BHRRCC_Sugar_Paper_2018.pdf>; acesso em 22 de dez de 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Apoio Técnico Para a Implementação do Observatório Parlamentar da Revisão Periódica Universal no âmbito do Observatório Parlamentar da RPU**. 2021.

CANDELORO, Ana Paula; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra, Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Livraria Almedina, 1993.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris
CARDIAL, Ana Cláudia Ruy. Empresas, direitos humanos e gênero. Porto Alegre: Buqui, 2015.

CARDIAL, Ana Cláudia Ruy; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O ESTADO DE DIREITO INTERNACIONAL NA CONDIÇÃO PÓS-MODERNA: a força normativa dos princípios de Ruggie sob a perspectiva de uma Radicalização Institucional in *a sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos* - Marcelo Benacchio (coordenador), Diogo Basílio Vailatti e Eliete Doretto Dominiquini (organizadores) – Curitiba: CRV, 2016.

CAVALCANTI, Breno; NOVELLI, Breno. **Implementação de programa de compliance e seus impactos na área trabalhista**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/compliance-e-seus-impactos-na-area-trabalhista/>. Acesso em 27 set. 2019

CETIM. Centro Europa-Tecer Mundo. **Impunidad de empresas transnacionales**. Genebra. 2016.

CLAYTON, Mona. **Entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente**. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al. Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149-166.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. RT. Ano. 85, v. 732, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção** in Revista de Direito Mercantil. n. 63, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. In: *Cultura dos direitos humanos*, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico** in Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Forense. Rio de Janeiro. P. 453-472. 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988**. Cadernos de Direito Econômico e Empresarial. Revista de Direito Público. N. 93, ano 23, Janeiro-Março de 1990.

CONFERENCE REPORT Who Care Win: Investing for Long-Term Value Integrating environmental, social and governance value drivers in asset management and financial research — A state-of-the-art assessment — The Global Compact. Zurique, 2005.

CUSTÓDIO, Ana Lúcia de Melo; MOYA, Renato. **Indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial**. São Paulo: Instituto Ethos. 2007.

DAHL, Robert. A. **Polarquia: Participação e oposição**. 1. Ed. 3. Reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional económico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

DAVIS, Rachel. **A responsabilidade dos bancos de respeitar os direitos humanos segundo os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos das Nações Unidas**. In: GOMES, Rafael de Araújo et al. A responsabilidade social das instituições financeiras e a garantia dos direitos humanos. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DUARTE, G. D.; DIAS, J. M. A. M. **Responsabilidade social: a empresa hoje**. Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora. 1986.

DUPUY, Pierre-Marie. Soft law and the international law of the environment. *Michigan Journal of international law*. n. 12. 1991. P. 420-435.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: ECKERMAN, Ingrid. **The Bhopal Saga – Causes and Consequences of the World's Largest Industrial Disaster**. Manuscript August 2004. Published by Universities Press (India) Private Limited 2005. Disponível em https://docs.google.com/file/d/0B0FqO8XKy9NRZDNzTkZQeVJQbE0/edit?pli=1&resourcekey=0-AQV8IQqhWZocx_FV5bq11w acesso em 03.06.2022

EL-HINNAWI, Essam. **Environmental refugees**. Nairobi: United Nations Environment

ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições.** São Paulo: Editora Unesp. 2009.

ESPAÑA. **Constituição Espanhola.** Disponível em <https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/abrir_pdf.php?fich=387_Constitucion_Espanola> Acesso em 01 de out. de 2022.

Estados Unidos da América. **Departamento de Justiça.** Disponível em <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2007/April/07_crm_296.html>. Acesso em 20 de jul. de 2022.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: Direito fundamental de sexta dimensão.** Campinas, SP: Brazil Millennium, 2011.

FARIA, A.; SAUERBRONN, F. F. **A responsabilidade social é uma questão de estratégia? Uma abordagem crítica.** Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 42, n. a. p 07-33, 2008.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão.** Estudos Avançados, 11(30), 43-53. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8994>, 1997.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Congelamento de preços – tabelamento oficiais** in Revista de Direito Público. n. 91, 1989.

FERREL, O. C.; FRAEDRICH, J. FERREL, L. **Ética empresarial: dilemas, tomada de decisões e casos.** 4 ed. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso editores. 2000. FESO.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2023.

FISHER, Mark. **Realismo capitalista: é mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo?** 1. Ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. **Responsabilidade social empresarial in Constituição, empresa e mercado.** Org. Ana Frazão. Brasília. Faculdade de Direito-UNB, 2017.

FREEMAN, R. Edward. **Strategic management: a stakeholder approach.** Boston: Pitman, 1984.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 2nd. Ed. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Libertad de elegir,** Barcelona, Grijalbo, 1980. GIOVANINI, Wagner. **Compliance – A Excelência na Prática –** São Paulo: Compliance Total, 2014.

GOUVÊA , C. P. B. P.; GÄRNER, B. M. ; GUERRA, J. P. B. **Governança corporativa e direitos humanos: uma análise empírica no novo mercado.** Homa Publica - Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas, Juiz de Fora, Brasil, v. 3, n. 2, p. e:052, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30587>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

GRAJEW, O. **O que é a responsabilidade social.** Mercado Global, São Paulo. V. 28. N. 105. 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 5 ed. Malheiros. São Paulo. 2003

HABERMAS, Jürgen. **Factualidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia.** São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HÄRBELE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal** in Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional/Béatrice Maurer...[et al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Constituição e ordem econômica e financeira.** Revista de Informação Legislativa, Brasília. Ano 28, n. 111. p. 5-20, jul/set. 1991.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Relatório Mundial 2022.** Disponível em <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2022/country-chapters/380707>>. Acesso em 17.mar.22;

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história.** Tradução Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INFAMOUS CONNECTIONS. The relationship between the French financial system and deforestation in Brazil. Monitor nº 19. REPÓRTER BRASIL. 2022

International Organization Standardization. Disponível em: <<https://www.iso.org/about-us.html>>. Acesso em 01 de mai de 2022.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da violência.** Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/27/atlas-da-violencia-2020-principais-resultados>> acesso em 20 de out de 2022.

IRTI, Natalino. **A ordem jurídica do mercado** in Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. n 145. Editora Malheiros. Ano XLVI. Janeiro-março de 2007.

ISO 26000 and the SDGs. 2018 Disponível em: <<https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100401.pdf>>; Acesso em 02 de novembro de 2022.

ITÁLIA. Constituição da República Italiana. Disponível em https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 01 de out. de 2022

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** Editora Objetiva. Rio de janeiro. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Lisboa: Edições 70 Ltda., 1997.

LARA, Caio Augusto Souza; Anastasia, Vittoria Alvares. **O Escândalo Cambridge Analytica: A Manipulação de Dados na Era Digital** in *Percurso – Anais do IV CONLUBRADEC*. Vol. 04, nº 31, Curitiba, 2019. pp. 164-167.

LUCCA, Newton de. **Da Ética Geral à Ética Empresarial.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MACHADO, C. P.; LAGE, A. C. **Responsabilidade Social: uma abordagem para o social.** In *Encontro Nacional de Pós-graduação e pesquisa em Administração*. Salvador. ANPAD. 2002.

MACIEL, Ricardo R; MACIEL, Isabela Seyr. **Due Diligence e M&A: fusões e aquisições.** Curitiba: Juruá, 2020.

MENDONÇA, P. M. **O marketing e sua relação com o social: dimensões conceituais e estratégicas.** Salvador: UFBA, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Vol. IV, 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Maria Cristina Pavan de; MONOBE, Teruo; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; SILVA, Lucas Frazão. **Evolução Histórica dos Estudos sobre a Ética** in *Ética, Responsabilidade Social e Governança Corporativa*, organizado por Cândido Ferreira da Silva Filho, Gideon Carvalho de Benedicto e José Francisco Calil. Campinas, SP: Editora Alínea, 3 Ed. 2014.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica.** Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

NACONESKI, Celina. VILLATORE, Marco Antônio César; IZUTA, Thierry Gihachi. **A globalização e a “uberização” do trabalho: reflexões sobre os trabalhadores de entregas de alimentos por aplicativos.** Revista Humanidades e Inovação. V. 8. N. 48: Inovação, Novas Tecnologias e o Futuro do Direito II. Palmas. 2021.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional:** um estudo sobre a soft law. São Paulo: Atlas, 2005.

NEGRÃO, Célia Lima; e PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas.** Brasília: Editora Senac, 2017

NETTO JUNIOR, E. A. D.; WEICHERT, M. A.; NUNES, R. P. **A desconstrução do caráter vinculante das normas sobre Empresas e Direitos Humanos: da natureza voluntária dos Princípios Ruggie à voluntariedade das diretrizes nacionais.** Homa Publica - Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas, Juiz de Fora, Brasil, v. 3, n. 2, p. e:046, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30581>. Acesso em: 12 ene. 2022.

NIEUWSBLAD. **Allereerste veroordeling voor handel in bloeddiamant.** Disponível em<https://www-nieuwsblad-be.translate.goog/cnt/ggqaq3c5?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=wapp> Acesso em 22 de jan. de 21.

NUNES, A. J. Avelãs. **Os sistemas econômicos.** Separata do Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra. 1973.

OCDE. **Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais.** 2011

OCDE. **Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável.** 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos.** Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. PAMPLONA, Daniela Anne. **Violações a Direitos Humanos por Empresas Transnacionais na América Latina: Perspectivas de Responsabilização.** Revista de Direitos Humanos e Democracia nº 13. Editora Unijuí. Páginas 129-151. Jan./Jun. 2019.

ONU. **Direitos Humanos e Empresas no Brasil: Relatório do Grupo de Trabalho da ONU.** Disponível em <https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2018/01/Relat%C3%B3rio-GT-Empresas-e-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em 05 de ago. de 2022.

ONU. **Objetivos de desenvolvimento do milênio.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/66851-os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>. Acesso em 20 de junho de 2022.

ONU. **Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos:** Implementando os Parâmetros “Proteger, Respeitar e Reparar” das Nações Unidas. <Disponível em

https://www.gov.br/mdh/ptbr/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf, acesso . Acesso em 20 de ago. de 2021.

ONU. Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando os Parâmetros “Proteger, Respeitar e Reparar” das Nações Unidas. <Disponível em https://www.gov.br/mdh/ptbr/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf>, acesso . Acesso em 20 de ago. de 2021.

ONU. Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://www.undp.org>. Acesso em 05 nov. 2021.

ORCHIS, Marcelo .A.; Yung Maurício.; Morales, Santiago C. Impactos da responsabilidade social nos objetivos e estratégias empresariais. São Paulo: FAAP, 2000. Disponível em <<https://xdocs.com.br/download/impactos-da-responsabilidade-social-nos-objetivos-e-estrategias-empresariais>>. Acesso em: 27 Jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conjunto de princípios atualizado para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade. 2005. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/129/18/PDF/G9712918.pdf?OpenElement>. Acesso em 26 de nov. de 2022

PACTO GLOBAL. 10 princípios. Disponível em <<https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>> acesso em 10 de set. de 2021.

PACTO GLOBAL. A iniciativa. Disponível em <<https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>>, acesso em 10 de set. de 2021.

PACTO GLOBAL. ESG. <Disponível em <https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>>, acesso em 10 de set. de 2021.

PACTO GLOBAL. ODS. Disponível em <<https://www.pactoglobal.org.br/ods>> acesso em 10 de set. de 2021.

PENA, R. P. M. Responsabilidade social empresarial e estratégia. Organizações & Sociedade. Salvador. v. 14, n. 40, p. 81-98. Edição Especial. 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Direitos Humanos, Estado de Direito e Constituição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021.

PINTO, Lígia Pires; TERRERI, André. BIANQUINI, Heloísa. As companhias brasileiras são socialmente sustentáveis? Uma análise das iniciativas nos relatórios de sustabilidade de companhias brasileiras. Grupo de pesquisa em Direito, Gênero e Identidade (FGV-GPDG), São Paulo. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PLATÃO. **Apologia a Sócrates**. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

PORUTGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis. Acesso em 01 de out. 2022

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSENBLUM, David. **What anyone can know: the privacy risks of social networking sites**. IEEE Security & Privacy, New York, v. 5, n. 3, p. 40-49, May/June 2007.

RUGGIE, Jhon Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

RUGGIE, Jhon. **Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights**, UN Doc A/HRC/8/5. 2008

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SALVATORE, Dominick. **Microeconomia**. São Paulo: MacGraw-Hill, 1984.

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

SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível in Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional/Béatrice Maurer...[et al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARLET, Ingo. **Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões (“gerações”) dos direitos humanos e fundamentais: breves notas**. In R Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, 2016.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARTORI, Giovani. **La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros.** Madri: Taurus, 2001.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia.** Tradução Laura Teixeira Motta. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1999.

SHAW, M. N. **International law** (8th ed.). Cambridge University Press, 2017.

SHERMAN III, John F. **The Contractual Balance Between ‘Can I’ And ‘Should I?’.** Corporate Social Responsibility Initiative, Harvard Kennedy School.working paper n 73. 2020.

SILVA FILHO, Cândido Ferreira; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; CALIL, José Francisco; SOFFNER, Renato Kraide. **Ações de Responsabilidade Social na Prática Empresarial** in Ética, responsabilidade social e governança corporativa. Organizadores Cândido Ferreira da Silva Filho, Gideon Carvalho de Benedicto, José Francisco Calil. Campinas, SP: Editora Alínea. 3 ed. 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 29^a ed. 2016.

SILVA, R. M. da; MOREIRA, F. O. G. **Compliance para proteção dos direitos humanos em empresas.** Homa Publica - Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas, Juiz de Fora, Brasil, v. 4, n. 1, p. e:057, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30500>. Acesso em: 4 jun. 2022

SILVA, Yuri. **Boletim de Direitos Humanos e Empresas do IREE.** Janeiro a Julho de 2021.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments.** Ed Raphael, D. D. & Macfie, A. L. Oxford, Claredon Press, 1975.

SROUR, R. G. **Poder, cultura e ética nas organizações: o desafio das formas de gestão.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2005.

STARCK, Christian. **Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã** in Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional/Béatrice Maurer...[et al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 17^a Ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: Ed. Método, 2003.

TAYLOR, Mark B., ZANDVLIET, Luc; FOROUHAR, Mitra. “**Due Diligence for Human Rights: A Risk-Based Approach.**” Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 53. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. 2009.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização.** 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

The Red Flags. Disponível em <<https://redflags.info/>> acesso em 22 de jan de 2021

TOLDO, M. **Responsabilidade Social Empresarial.** Santa Catarina, UNESC. 2000.
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito Internacional Contemporâneo. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TURETA, C; LIMA, J. B. **Estratégia como prática social: o estrategizar em uma rede interorganizacional.** Revista de Administração Mackenzie. São Paulo. v.12, n. 6, p. 76-108, 2011.

TUSHNET, Mark. **Notes on Some Aspects of Taxonomy of Generation of Rights** in Revista de Estudos Institucionais. Vol. 2. 2, 2016.

UN Working Group on Business and Human Rights. **UNGPs 10+: a roadmap for the next decade of business and human rights.** Genebra. 2021.

VALE. **Relatório de Sustentabilidade,** 2017. Disponível em https://www.vale.com/documents/d/guest/v_vale_relatoriosustentabilidade_2017_v. Acesso em 28 de dez. de 2022.

VASCONCELOS. Enderson Danilo Santos de. **Breve análise crítica sobre os fatores ESG e sua relação com os direitos humanos** in Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves; Gina Vidal Marcilio Pompeu; Liton Lanes Pilau Sobrinho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

VASSILEVA, M., AL-HALBOUNI, D., MOTAGH, M. et al. **A decade-long silent ground subsidence hazard culminating in a metropolitan disaster in Maceió, Brazil.** *Sci Rep* 11, 7704 (2021). Disponível em <<https://doi.org/10.1038/s41598-021-87033-0>>, acesso em 21 de jan de 2024

WAGNER, Markus. **The Role of Corporate Sustainability Performance for Economic Performance: A Firm-Level Analysis of Moderation Effects.** *Ecological Economics*, n. 69, p. 1553-1560, 2010.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**, 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos.** In: Antônio Carlos Wolkmer & José Rubens Morato Leite (Orgs.). Os “Novos” Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2^a ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2003.